



**OECD GLOBAL FORUM ON GOVERNANCE
SHARING LESSONS ON PROMOTING GOOD GOVERNANCE AND INTEGRITY
IN PUBLIC PROCUREMENT**

**FORUM MONDIAL DE L'OCDE SUR LA GOUVERNANCE
PARTAGER LES ENSEIGNEMENTS DE LA PROMOTION DE LA BONNE GOUVERNANCE
ET DE L'INTÉGRITÉ DANS LES MARCHÉS PUBLICS**

30 November (afternoon) – 1 December 2006

**LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET LA CORRUPTION
DANS LES MARCHÉS PUBLICS**

**Jean-Pierre BUEB
Conseiller, Service Central de Prévention de la Corruption, France**

LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE ET LA CORRUPTION DANS LES MARCHES PUBLICS

Jean-Pierre BUEB

Conseiller, Service Central de Prévention de la Corruption, -FRANCE -

Remarque liminaire

Le simple fait de décrire les violations de la réglementation concernant les marchés publics ne signifie pas que les détournements sont devenus la règle. De même, la mise en cause d'entreprises ou de décideurs malhonnêtes ne signifie pas que tous et toutes agissent de la même manière.

Il n'existe, encore aujourd'hui, aucune statistique qui permette de mesurer l'ampleur réelle des phénomènes décrits. Cela ne veut dire, ni que les dérives sont marginales, ni que tous les marchés sont l'objet de détournements. Cela signifie simplement que l'on ne dispose pas d'indicateurs fiables permettant de quantifier les malversations.

Même si elles ne sont pas chiffrables, les fraudes et la corruption ont fait de la commande publique un secteur que l'on pourrait qualifier de privilégié. Aussi, n'est-il pas anormal de s'intéresser aux moyens de lutte et de prévention utilisables pour tenter de réduire les risques de « dérives ». Tous les Etats, qu'ils soient dits développés ou en cours de développement, sont confrontés au même problème et ils ont, chacun de leur côté, envisagés des mesures pour y faire face. Cet article indique des « pistes » qui, dans certains cas, ont donné des résultats encourageants aussi bien au niveau de la lutte que de la prévention de la corruption. Ces deux aspects seront donc mentionnés. Toutefois, avant de s'attaquer au mal, tout bon praticien doit le connaître et l'étudier. Une première partie sera donc consacrée aux moyens utilisables par les fraudeurs pour détourner des fonds et une seconde aux divers types de fraude observés afin de sensibiliser les acteurs (praticiens de la commande publique, élus, entreprises, services d'enquête, juges...), de leur faire prendre conscience de l'existence de ces phénomènes de fraude et de corruption.

Il ne faudra donc pas considérer cet article comme la description d'une situation devenue commune et habituelle mais comme la description, non exhaustive, à l'occasion d'un marché « type », du plus grand nombre de dérives déjà connues. Fort heureusement, il existe encore nombre de décideurs et d'entreprises honnêtes. Les exemples ont été choisis dans des pays membres de l'Union Européenne depuis de nombreuses années. Ce choix n'est pas fortuit, il vise à montrer que la fraude est possible, même dans des Etats dont la législation est ancienne et abondante et dans lesquels des contrôles nombreux sont effectués par des agents dont l'honnêteté ne peut être mise en doute, et qu'elle peut se produire même au sein des services de l'Union.

Avant - Propos

Le nombre des « affaires » de détournements de fonds d'origine publique au profit des intérêts privés d'individus, de groupes ou d'organisations, qui sont révélées par les médias ne cesse d'augmenter. Parmi les procédés utilisés pour procéder au transfert de l'argent des contribuables vers certains comptes privés, les prélèvements opérés sur les marchés « publics » semblent être particulièrement nombreux. Si ce constat est exact, ce dont nous n'avons *a priori* aucune raison de douter, mais n'est prouvé par aucun document statistique¹, c'est que, vraisemblablement, les procédés utilisables sont connus et ont une efficacité certaine.

Depuis quelques années, en effet, des facteurs, apparemment indépendants, sont venus faciliter les manœuvres frauduleuses d'individus peu scrupuleux prêts, pour conserver leur pouvoir ou pour s'enrichir rapidement, à renier des principes qui prévalaient encore il y a une trentaine d'années dans l'ensemble de la classe politique. Parmi tous ces facteurs, on retiendra, notamment que l'on se trouve face à :

Une réglementation de plus en plus complexe, ...

Tous les contrats passés en vue de la réalisation de travaux et de l'achat de fournitures ou de services par l'État et ses établissements publics (autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial), les Collectivités territoriales et leurs établissements publics, sont ce que l'on doit appeler des « marchés publics ». Ces marchés sont soumis à la réglementation nationale (qui se présente souvent sous la forme d'un « Code » ou d'une loi et de ses textes d'application) qui est, en permanence, en cours de modification pour tenir compte de l'évolution du droit de la concurrence, des contraintes économiques et des mœurs. A cette réglementation nationale s'ajoute celle de l'Union européenne : les directives relatives aux marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que celles relative à la passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ou aux recours. A ces règles se superposent celles qui découlent de la signature d'accords internationaux : accords de Marrakech sur les marchés publics (AMP), Organisation Mondiale du Commerce (OMC), notamment, ainsi que de multiples accords internationaux ou bilatéraux concernant la lutte contre la corruption qui comportent tous un chapitre consacré aux marchés publics.

..., difficile à connaître et surtout à comprendre.

Les « Codes » ou règlements élaborés par les différents Etats sont donc complétés par toute une série d'ajouts d'ordre législatif ou réglementaire pour tenir compte de l'évolution des réglementations nationale, européenne ou internationale. L'exemple de la France est, à cet égard, presque caricatural : de 1995 à 1999, près de 50 modifications substantielles du « Code des marchés publics » ont eu lieu, suivies, en 2001, puis en 2004 de l'élaboration et de la publication d'un « Nouveau Code des marchés publics »... et, ce n'est pas fini puisque le dernier « Code », applicable seulement depuis la fin janvier 2004 devra être modifié suite aux observations de la Commission européenne. Les modifications apportées aux documents de référence se présentent souvent sous la forme d'ajouts ou de compléments sans véritable réécriture de l'ensemble des textes. Il existe donc rarement un document « consolidé » tel que ceux qui ont été réalisés par l'Union européenne en 1994², par la Belgique en 1996 ou par la France en 2001 et 2004, qui puisse être mis à la disposition des praticiens. De ce fait, les acteurs publics de bonne foi ont

¹ Il n'existe, à notre connaissance, aucun moyen, statistique ou autre, de mesurer l'ampleur du phénomène aussi ne peut-on dire, ni qu'il augmente, ni qu'il diminue, ni même qu'il soit stabilisé. Toute appréciation de ce type ne peut être que subjective et ne saurait traduire que l'opinion de celui qui l'exprime.

² Pour éclairer complètement les praticiens, il serait d'ailleurs bon que la Commission diffuse et « consolide » les commentaires de la Doctrine qu'elle crée à partir des décisions qu'elle est amenée à prendre et que se multiplient les études jurisprudentielles telles que celle du Pr. Nicolas MICHEL: *Les marchés publics dans la jurisprudence européenne*. -Editions Universitaires - Fribourg (Suisse).

beaucoup de mal à trouver, bien qu'elles figurent dans les documents existants, les dispositions spécifiques qu'ils doivent appliquer dans chacun des cas, toujours particulier, qui les intéresse à un moment donné. La sécurité juridique à laquelle ils aspirent est donc loin d'être garantie.

Des entreprises fragilisées par les mutations économiques...

Parmi les entreprises dont il est fait mention dans les « affaires », on voit figurer en bonne place celles qui interviennent dans le secteur de l'eau et de l'assainissement ainsi que celles du secteur du bâtiment et des travaux publics. Cette présence peut s'expliquer par la taille des contrats accordés (souvent les plus gros), par la durée des contrats (les plus longs, notamment dans le secteur de l'eau), ou par le caractère « innovant » de nombre de réalisations (souvent les plus prestigieuses) qui, de ce fait, sont, plus que d'autres, soumises à la critique et à la suspicion. Les entreprises concernées par les « affaires » les plus importantes sont des entreprises de taille internationale ou leurs filiales, mais on rencontre aussi, de plus en plus souvent, des entreprises plus modestes : nationales, voire locales. Cette extension du phénomène peut être expliquée, en grande partie, par la crise économique latente qui, en frappant l'Union Européenne, fragilise l'ensemble de l'appareil productif, quel que soit le secteur d'activité concerné, et contraint les entreprises, pour survivre, à décrocher des contrats à tout prix et ce, parfois, quel que soit le moyen utilisé pour y parvenir.

...et un renforcement, de fait, du pouvoir des élus, ...

Simultanément, la décentralisation³ et la déconcentration⁴, qui ne concernent pas seulement les Etats à structure fédérale mais gagnent aussi ceux qui ont une longue tradition centralisatrice, multiplient les centres de décision et rapprochent élus et administrés, décideurs et entrepreneurs. Elle tendent à renforcer les pouvoirs des élus qui ont ainsi vu s'accroître l'efficacité de leurs interventions, notamment, dans la vie économique. En outre, dans certains cas, le cumul de leurs mandats leur a permis de s'approprier des pouvoirs exorbitants puisqu'ils peuvent, tout à la fois, prendre des décisions d'investissements, choisir les titulaires des marchés (même si, pour ce faire, ils doivent respecter un certain nombre de procédures) et également présider ou participer aux décisions des organismes qui garantissent les emprunts des collectivités et de ceux qui attribuent des subventions ou des aides. Enfin, les contrôles auxquels ils sont soumis s'exercent, presque toujours, *a posteriori* et portent moins sur l'objet de la dépense que sur la forme des décisions d'utilisation des fonds.

...permettent de satisfaire des besoins qui augmentent, ...

Ce renforcement de leurs pouvoirs a permis à certains élus de créer, à leur profit, une forme de clientélisme auquel nombre d'entreprises en situation difficile sont tout à fait favorables tant qu'elles peuvent en bénéficier. C'est souvent le cas de celles qui sont censées développer ou conserver l'emploi dans la circonscription du décideur public. Mais, le maintien au pouvoir exigeant des moyens de plus en plus importants, les tentations ont augmenté ainsi que les dérapages. C'est ce qui explique la présence, dans les Collectivités, de conseillers financiers compétents, capables, quand leur patron le leur demande, de détourner, sous les apparences de la légalité, des sommes importantes qu'ils prélèvent notamment sur les marchés passés par la collectivité⁵.

...et qui se manifestent même chez certains agents de l'État.

Les agents de l'État ont été longtemps relativement épargnés par ces tentations car « servir l'Etat » était partout une vocation qui avait pour corollaire une parfaite intégrité des fonctionnaires. Il n'en est plus

³ Décentralisation : transfert des pouvoirs exercés par l'Etat vers les élus locaux, régionaux ou même nationaux.

⁴ Déconcentration : transfert des pouvoirs exercés par l'Etat au niveau central vers ses représentants locaux.

⁵ La multiplication de ce type de « détournement » de fonds publics a conduit le Conseil de l'Europe à adopter le 8 avril 2003 pour la proposer à ses membres une « Recommandation sur le financement des partis politiques et des campagnes électorales ».

toujours ainsi. La fonction publique, et notamment la haute fonction publique, se distingue de moins en moins du secteur privé. L'homogénéité du recrutement et les facilités de passage entre la haute fonction publique et la direction des grandes entreprises conduisent, d'une part, à l'existence de liens privilégiés entre décideurs et dirigeants (issus d'une même université ou d'une même école) et, d'autre part, à des carrières dans lesquelles l'alternance entre public et privé est la règle. Pourquoi alors s'étonner que les comportements de certains hauts fonctionnaires et ceux des dirigeants des grandes entreprises publiques et privées soient si semblables ? Pourquoi aussi s'étonner que quelques fonctionnaires aient pu envisager de combler l'important écart salarial, à leurs yeux injustifié, qui sépare fonction publique et secteur privé ? Ce sont, sans doute, des exemples venus de haut qui ont fini par convaincre un certain nombre d'autres agents publics d'utiliser leurs prérogatives pour, eux aussi, « améliorer leur ordinaire ».

* * *

Pour pessimiste qu'il soit, ce constat ne doit pas laisser supposer que ce genre de situation est exceptionnel et limité à certains pays. Les discussions qui se déroulent encore ou celles qui ont eu lieu à l'OCDE, au Conseil de l'Europe, dans les instances de l'Union européenne ou à l'ONU, montrent que le phénomène est universel. Si non, comment expliquer que toutes ces organisations internationales tentent, par des Recommandations ou des Conventions, de donner à leurs membres l'obligation et des moyens légaux pour lutter contre la corruption. Cela étant, la lutte contre la corruption nécessite une prise de conscience générale du danger qu'elle représente aussi bien pour l'économie (en faussant les règles du jeu) que pour la démocratie dont elle ruine le fondement essentiel : la confiance mutuelle entre administrateurs et administrés. Dénoncer la corruption, aider les juges et les policiers à la combattre, expliquer les mécanismes qui permettent aux corrompus de s'approprier la richesse de la collectivité, tel est notre objectif.

* * * *
* *

Malgré les contrôles existants, un certain nombre de marchés publics se signalent par des erreurs, des anomalies, des fraudes, des détournements de fonds publics, des cas de corruption. Les anomalies et les erreurs sont, généralement, dues au manque de formation des intervenants : acheteurs, comptables, vérificateurs... et l'on peut y remédier par la formation des personnels concernés. Les fraudes, les détournements et les cas de corruption, sont plus malaisés à corriger puisqu'ils sont la conséquence de la volonté délibérée d'outrepasser les règles afin d'en tirer un profit et de dissimuler les manœuvres ayant permis de les effectuer.

Les mécanismes utilisés peuvent être décelés par des contrôleurs avertis. Le fait que de plus en plus de cas de fraudes soient révélés montre d'ailleurs, à l'évidence, que les contrôles effectués sont de plus en plus efficaces⁶. Tout en sachant que tous les marchés ne sont pas concernés par le phénomène, nous allons décrire les principaux mécanismes connus en distinguant les dérives *préalables à la prise de décision*, celles qui se produisent *lors du lancement* du marché proprement dit, celles qui sont liées au *mode de consultation* retenu et celles qui se produisent *pendant l'exécution du marché*.

Notre recherche s'est donc portée essentiellement sur :

- les méthodes utilisées pour permettre, aux divers stades de la procédure, de maquiller l'image d'une opération de manière à ce qu'elle présente, aux yeux des observateurs ou des contrôleurs, une régularité apparente ;
- les techniques qui permettent de détourner des fonds initialement affectés à l'opération, la façon dont ces fonds sont utilisés (qu'il y ait ou non enrichissement personnel), les réseaux qui permettent d'organiser de telles opérations ;
- les moyens que l'on peut utiliser pour découvrir les phénomènes de fraude ou de corruption ;
- les moyens que l'on doit utiliser pour réduire les risques de voir ces dérives se produire.

Cette étude combine donc différentes technicités : l'une est propre au secteur d'activité concerné par le marché (BTP, Informatique, prestations intellectuelles, Consommables...), l'autre est celle du montage de circuits financiers complexes, la troisième concerne les enquêtes internes et externes, et la dernière est celle de la procédure des marchés publics. C'est la raison pour laquelle, avant de décrire les fraudes susceptibles de se produire aux différentes étapes de la vie d'un marché public et d'indiquer comment on peut les déceler ou s'en protéger, nous allons nous attacher à décrire un certain nombre de *techniques de détournements* qui sont utilisées, au sein des entreprises, pour transférer illégalement des sommes provenant de fonds publics vers certains comptes privés.

⁶ On pourrait aussi en conclure que la corruption augmente. Seule notre expérience nous permet de ne pas retenir cette seconde hypothèse.

1. Techniques de détournements dans les entreprises

L'existence d'un pacte corrompateur permet au corrompu de bénéficier d'avantages directs ou indirects (embauche de l'un des ses proches, par exemple). Parmi ceux-ci, on distingue les avantages en nature (voyages, logements, véhicules mis à disposition...) et les avantages financiers qui se traduisent par des versements d'argent. Si l'on se situe par rapport au problème de la corruption⁷, l'ensemble de ces « avantages » constitue une charge supportée par l'entreprise. Or, depuis les diverses modifications des règles concernant les marchés publics et, notamment, depuis l'adoption de la Convention du 21 novembre 1997 de l'OCDE sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales et sa transposition dans les systèmes législatifs des pays membres de l'organisation, la prise en compte de ces « charges » dans la comptabilité des entreprises a été interdite, y compris, dans la plupart des pays, pour ce qui touche aux transactions purement nationales. La corruption n'a pas disparu pour autant. Une analyse de la gestion des fonds utilisés par les entreprises pour procurer aux corrompus les avantages qu'il attendent s'est donc révélée indispensable. C'est ainsi que l'on a découvert le rôle des « caisses noires ».

La « caisse noire » est le réceptacle qui, au sein d'une entité économique, est utilisé pour collecter et répartir les sommes qui serviront de supports aux pactes corrompateurs. Dans sa forme la plus primaire, elle n'est composée que d'espèces. De manière plus sophistiquée, elle est gérée au travers de comptes bancaires situés, le plus souvent, à l'étranger et, de préférence, dans un paradis fiscal⁸, ces comptes sont susceptibles d'être gérés par un cabinet fiduciaire dans le but de renforcer l'opacité.

L'efficacité du système repose sur le caractère caché de cette pratique illicite. Les crédits qui alimentent la caisse noire doivent y parvenir en secret et sans être soumis à imposition ou à taxation. Toutes les techniques utilisées auront donc pour objectif exclusif de donner une apparente légalité à des manœuvres délictueuses. La fausse facturation est l'une des manifestations comptables de ces manœuvres. Elle se produit au sein même de l'entreprise et ne peut donc être décelée que lors d'une analyse méticuleuse des comptes de la société. C'est la raison pour laquelle, après avoir décrit le procédé lui-même, nous nous efforcerons d'analyser quelques exemples caractéristiques de techniques utilisant les fausses factures: les commissions « habillées » et d'entremise, les régies publicitaires et le travail au noir.

1.1. La fausse facturation

Les fausses factures sont utilisées pour faire sortir, légalement, l'argent d'une entité. Cet argent peut servir à alimenter, dans une entreprise, une « caisse noire » à partir de laquelle seront versées les rémunérations et payés les avantages en nature correspondant à la fraude et à la corruption.

a. La notion de facturation

La facture est une pièce comptable par laquelle le vendeur ou le prestataire de services fait connaître à l'acheteur le détail des prix des marchandises qu'il lui vend, des travaux qu'il réalise ou des prestations qu'il effectue.

⁷ n s'agit de la corruption prise dans un sens large, à savoir: .corruption active ou passive, trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique ou par des particuliers. concussion. prise illégale d'intérêts .et. atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics (cf: article 1 de la loi du 29 janvier 1993).

⁸ Il convient de noter que les sommes qui figurent sur des comptes bancaires ouverts à l'étranger, même dans des paradis fiscaux, semblent plus aisées à identifier que celles qui figurent en espèce dans une caisse noire locale. En effet, les sommes arrivent sur ces comptes par une succession de virements bancaires qu'il est possible de suivre, dans le cadre des conventions bilatérales entre pays. Au contraire, dans la caisse noire, une fois que les sommes ont été transformées en espèces, il devient impossible d'en identifier l'origine.

Matériellement, il s'agit d'un document qui vient à l'appui de l'inscription d'une charge dans la comptabilité d'une entité industrielle ou commerciale et justifie ce qui en est le corollaire, une sortie de fonds. Ce document peut être réel et justifié (« vraies » factures), complètement fictif (lorsqu'il n'existe aucune contrepartie au versement de fonds) ou partiellement faux (on dit alors qu'il y a surfacturation ou, dans certains cas, sous-facturation).

Falsifier une facture revient donc à présenter comme réel et parfaitement justifié, un document qui ne l'est, au mieux, que partiellement. Cela permet de l'intégrer dans les systèmes comptables du client et du fournisseur comme la conséquence d'une prestation réelle et avec toutes les caractéristiques d'une cohérence formelle entre ces deux comptabilités. Enfin, cela permet de déclencher le paiement du client et, par conséquent, d'authentifier une sortie de fonds qui n'est pas justifiée.

Si l'on se rappelle qu'une facture n'est rien d'autre qu'une feuille de papier sur laquelle sont inscrits le nom de la société qui l'émet (fournisseur), les caractéristiques sommaires de la prestation rendue ou de la vente ainsi que sa valorisation, le nom de la société qui reçoit la prestation ou la marchandise (client) ainsi que la date d'émission, on voit qu'il n'est pas difficile d'émettre des documents falsifiés⁹ et d'encaisser les sommes convenues en respectant un formalisme de façade. Le contrôle conjoint du compte client (chez celui qui reçoit la pièce) et du compte fournisseur (chez celui qui émet la pièce falsifiée) sur la même facture ne permet pas de déceler d'irrégularité dans les écritures comptables car, sauf maladresse, il s'agit du même document.

La surfacturation ou la fausse facturation peuvent prendre des formes diverses qui font appel aux techniques utilisées dans les secteurs d'activité économique concernés. Pour les déceler, il faut donc, à la fois, un bon technicien de la comptabilité et un bon professionnel. On trouvera ci-après quelques exemples d'application de cette technique.

b. Application aux ventes

Dans le secteur des ventes on peut, par exemple, utiliser les procédés suivants :

1) Majoration du nombre de pièces vendues

La facture porte sur un nombre de pièces supérieur au nombre livré. Les prix unitaires sont exacts. Il y a bien surfacturation mais, il est nécessaire de modifier les bons de livraison ou les inventaires pour conserver la cohérence de l'ensemble.

2) Majoration du prix unitaire

Pour éviter d'avoir à modifier les stocks, il suffit de majorer le prix unitaire des articles facturés. Le volume de la surfacturation peut être plus important. La fraude sera découverte au travers d'un examen de la comptabilité analytique du « vendeur » qui est seul susceptible de faire ressortir le caractère exceptionnel des prix constatés par comparaison avec les ratios habituels.

3) Modification de la qualité des produits

Dans la mesure où il est possible, en utilisant des complicités, de remplacer, lors de la réalisation du contrat, certains produits par d'autres qui ont le même usage mais des performances moindres, donc un coût plus faible, on peut dégager une marge supplémentaire qui pourra être ristournée ultérieurement. Cette modification pourrait consister, par exemple, à remplacer, dans le ferrailage des bétons armés courants, des aciers de 10 mm par des aciers de 9 mm de diamètre si les normes de sécurité habituelles le permettent ou, en plomberie, à remplacer des mitigeurs par de simples mélangeurs. Ainsi, on réalisera, de

⁹ Ces manœuvres ont été rendues encore plus faciles à réaliser grâce à la généralisation de l'utilisation des outils techniques très performants que sont les scanners.

manière « invisible », une économie importante et l'on dégagera une marge substantielle. De tels exemples peuvent être multipliés à l'infini.

c. Application aux études

Dans le cas des études, du fait du caractère immatériel des prestations, il est encore plus simple de réaliser des fausses factures. En effet, le coût d'une étude est estimé en prenant en compte les critères suivants :

- travaux effectués par les salariés de la société, exprimés en heures/homme,
- travaux sous-traités à un tiers,
- temps machine,
- autres frais (déplacements, dactylographie, reliure, ...).

Majorer l'un de ces postes, voire l'ensemble des postes, permet d'augmenter, sans contrepartie, le montant de la facture. On peut ainsi facturer des heures de consultant ou d'ingénieur expérimenté, alors que les études sont réalisées par des débutants. De même, on peut inclure dans les frais divers des dépenses qui se rapportent à d'autres études. Il est également possible de facturer une étude de méthodologie qui ne correspond à aucune recherche ou enquête sur le site proprement dit, mais qui se révèle seulement être la compilation de travaux disponibles dans toute bibliothèque spécialisée.

d. Application aux commissions

Une commission est, en principe, la rémunération perçue par un intermédiaire qui se charge, pour le compte d'autrui, de réaliser une transaction, de faciliter ou de mener à son terme un acte commercial. Son versement est tout à fait régulier. Mais, il est, bien entendu, possible d'émettre des factures pour verser des commissions à des intermédiaires qui n'ont rien fait ou dont le coût de l'intervention a été notablement majoré. Cette procédure tient donc une place importante comme support de montages frauduleux et/ou corrupteurs, d'autant que son utilisation présente plusieurs avantages :

1) Elle s'applique à toutes les opérations

Des commissions peuvent être versées pour toutes les opérations économiques, à savoir, l'augmentation des ventes, la réalisation d'une affaire immobilière, la renégociation de dettes, ou la matérialisation de placements fructueux et confidentiels, la réalisation d'une opération d'achat intéressante qui rejailit sur la marge. Le domaine d'application des commissions a largement dépassé la sphère commerciale au sens propre pour entrer dans le domaine plus « pointu » de la gestion.

2) Elle maximise l'utilisation des fonds

L'utilisation d'une commission, en termes financiers, est toujours favorable dans la mesure où cette procédure permet d'affecter la quasi totalité de la somme à l'utilisation prévue. Cela lui confère une rentabilité certaine par rapport à d'autres montages aussi efficaces mais plus onéreux car ils nécessitent des complicités qu'il faut rémunérer.

3) Il s'agit d'une procédure souple à utiliser

Le versement d'une commission est facile à mettre en place et il permet, à l'aide d'un seul « justificatif », de « blanchir » une importante sortie de fonds. Par ailleurs, dans une optique frauduleuse, cette commission justifie la prise en compte, dans les charges de la société, d'un versement, en principe non admissible, car engagé dans un but autre que dans l'intérêt général et exclusif de la société¹⁰

¹⁰ Il est essentiel de toujours comptabiliser en charges des paiements de ce type. En effet, effectuer des versements sans contrepartie en charges, est une aberration économique, qui, compte tenu du taux des prélèvements (Impôt sur les sociétés et TVA), rendrait ce paiement trop onéreux pour la marge de la société

1.2. Les commissions « habillées » et d'entremise

Le versement d'une commission, dont nous venons de voir tout l'intérêt en termes de mécanique comptable, est un moyen qui semble bien adapté pour détourner des fonds. Mais, ce terme générique de commission recouvre plusieurs formules. Les commissions dites « habillées » sont versées en contrepartie d'un travail réel effectué par un individu ou une entreprise alors que les commissions d'entremise sont censées rémunérer le simple fait de mettre en présence le maître d'ouvrage et un entrepreneur qui veut obtenir ou même seulement avoir accès à un marché.

a. Les commissions dites « habillées »

Une commission est dite « habillée » lorsqu'elle se présente, en comptabilité, sous la forme d'une prestation parfaitement réelle, qui consiste souvent en la préparation d'un dossier, dont les justificatifs seront similaires à ceux qui figurent dans un dossier classique. Il existera donc un ensemble de pièces cohérentes et bien montées dont les éléments seront présentés lors d'un éventuel contrôle. Il va de soi que la société qui a fait réaliser cette prestation n'aurait pas eu besoin de cette « aide » car, du fait de l'importance et de la qualification de ses propres services, elle aurait pu la réaliser sans problème.

La société qui fournit la prestation possède des salariés et les moyens d'exercer cette activité. En outre, son savoir-faire dans ce domaine est réel. Comme elle surfacture ses prestations, elle doit, dans sa comptabilité, « compenser » le montant exagéré de ses produits par une augmentation de ses charges sous la forme de versement d'honoraires à un faux facturier (ce qui donne lieu à des retraits en espèces) ou par la comptabilisation de salaires versés à des personnes qui ne travaillent pas pour elle.

On se trouve en présence d'un montage parfaitement organisé qui peut s'appliquer à certains appels d'offres restreints où la Collectivité souhaite recevoir une rétribution préalable de la part des entreprises qui veulent participer à la consultation. Chacune des sociétés postulantes est alors tenue d'utiliser les services d'un bureau d'étude ami qui se charge de la « présentation » de son dossier de candidature. Seules les entreprises dont les dossiers auront été ainsi présentés sont agréées par le décideur et inscrites sur la liste des entreprises admises à concourir sans qu'elles soient, pour autant, assurées d'obtenir le marché.

Le principal problème est que la même prestation (qui est à l'origine de la commission habillée) est rendue à un certain nombre des sociétés candidates dont chacune devient susceptible de remporter le marché. Ce système met toutes les entreprises postulantes sur le même plan et leur permet de se connaître, ce qui favorise les ententes. Ainsi, celles qui n'ont pas obtenu le marché pourront être associées à la sous-traitance ou bénéficière de contreparties.

b. Les commissions d'entremise

Le type de commission qui ne se justifie par aucune prestation, de quelque nature qu'elle soit, est qualifié de prestation d'entremise. Dans le cas des marchés publics, il semble que l'entremetteur, informé par le maître de l'ouvrage ou le décideur, soit tenu au courant de la dévolution des marchés et que son activité consiste uniquement à émettre des factures qui correspondent à un pourcentage de la valeur du marché égal au montant de la commission exigée par le décideur augmenté de sa rémunération propre. Il perçoit cet argent et le redistribue immédiatement. Les schémas de fonctionnement sont identiques aux autres paiements de commission. La zone d'action de l'entremetteur peut être régionale, nationale ou internationale.

On se trouve, par conséquent, en face d'un « bureau » qui ne peut ou ne cherche même pas à présenter un simulacre d'activité. Son personnel est réduit au minimum et sa trésorerie se présente comme une succession d'entrées de fonds par chèque et de sorties quasi immédiates en espèces.

1.3. La régie publicitaire

L'utilisation d'une régie publicitaire est un montage complémentaire et concomitant à toute opération nécessitant l'utilisation d'espèces, qui présente des avantages non négligeables: une grande souplesse d'affectation, géographique ou institutionnelle..., un montage très élaboré à tous ses stades qui s'applique parfaitement à la gestion de sommes importantes par divers réseaux et une rupture totale des liens commerciaux entre le bénéficiaire et le client.

a. La structure de la régie

La régie publicitaire est une structure commerciale qui prend en charge, pour le compte de son mandant, la recherche de financements publicitaires dans le cadre de la gestion d'un journal ou d'une publication ayant une certaine périodicité (en général mensuelle ou trimestrielle), Elle fait intervenir quatre acteurs :

- une association ou un organisme municipal, régional ou autre, qui a créé le journal ou la publication ;
- un journal à diffusion restreinte et catégorielle, dont le support financier est la publicité ;
- une société régie qui se charge, à la fois, de collecter la publicité et d'assurer la mise en page et la réalisation du journal ;
- des annonceurs.

Le propriétaire confie la gestion de son journal à une régie. Celle-ci se charge de l'édition et de la distribution ainsi que de la recherche d'annonceurs qui paieront le journal. Cette recherche est effectuée par des courtiers recrutés par la régie et payés à la commission. Si le travail des courtiers est efficace, la régie peut, dans certains cas, verser un pourcentage de ses bénéfices au propriétaire du journal.

b. Le détournement du principe

Le détournement du principe exposé ci-dessus résulte du fait que, d'une part, le journal n'a aucun impact publicitaire et que, d'autre part, il est utilisé comme collecteur de fonds. En outre, le propriétaire du journal participe, à un titre ou à un autre, à un réseau, et détient un portefeuille de clients potentiels prêts à acquérir des espaces publicitaires dans le journal. On se trouve donc, dans le cas où il y a, d'une part, un client qui veut verser une certaine somme et, d'autre part, un initiateur qui souhaite la recevoir. Il ne reste plus qu'à « habiller » légalement ce montage.

Tout se passe chez les courtiers qui sont, bien entendu, des travailleurs indépendants. Au lieu de démarcher les annonceurs potentiels, ils se présentent seulement chez ceux qui leur sont signalés par l'instigateur, et ils reçoivent le pourcentage prévu par leur contrat (qui peut atteindre 60 % du montant total, dans certains cas). Dans la comptabilité de la régie on trouve un produit égal à la somme versée par le client (et son encaissement) ainsi qu'une charge correspondant au pourcentage dû au courtier avec son règlement. Le client comptabilise normalement ce versement dans ses charges. Jusqu'ici, tout est légal.

Le courtier qui n'a effectué aucun travail réel dans l'affaire, encaisse sa commission et ressort immédiatement, en espèces, une somme correspondant au montant qu'il a perçu minoré du montant de la TVA (bien qu'elle soit rarement payée) et d'un pourcentage réduit qui représente ses émoluments réels. Les espèces remontent ainsi par le courtier, en transitant par le dirigeant de la régie, jusqu'au bénéficiaire de l'opération qui peut alors les utiliser. Il n'est, en outre, pas exclu qu'une partie de la somme revienne chez le client alimenter une caisse noire.

Le versement à la régie qui peut être motivé par l'obtention d'un marché ou par le financement d'un parti politique, par exemple, ne peut plus, matériellement, être rattaché à sa cause. En effet, la société bénéficiaire du marché verse à une régie publicitaire des sommes qui correspondent à une publicité parue dans un journal qui n'est directement lié ni au maître de l'ouvrage, ni à un parti politique.

1.4. Le travail au noir

Le travail au noir se développe dans tous les secteurs économiques qui font largement appel à la main-d'œuvre. Le gain est appréciable en termes de coût. Les montages auxquels il donne lieu sont connus. A titre d'exemple, après avoir décrit le schéma général du système, nous décrirons le cas d'un chantier de travaux.

a. Le schéma général

Le recours au travail au noir passe, essentiellement, par trois montages: le travail au noir utilisé en direct, l'utilisation d'intermédiaires (sociétés d'intérim) servant d'écrans et l'intervention de certaines sociétés étrangères.

Le travail au noir utilisé en direct n'appelle pas de grands développements. il s'agit du cas où une société utilise, à côté de ses salariés dûment déclarés, du personnel « au noir », ou fait effectuer à ses salariés des travaux, en partie, non déclarés. Elle les paye en espèces pour ces travaux, le solde correspond à leur rémunération officielle. Ce système implique l'existence d'un volet d'opérations non déclarées, donc d'un pan occulte dans l'activité de la société, et d'une caisse noire pour l'alimenter.

Les sociétés de travail intérimaire permettent à la fois de compenser une certaine rigidité du Code du Travail et de faire face à des situations exceptionnelles. Elles peuvent aussi servir d'alibi à l'organisation d'opérations qui donnent de la souplesse à l'exécution du contrat, en évitant les charges fixes trop importantes¹¹. Ainsi, il est toujours avantageux pour une entreprise, de disposer de la possibilité d'embaucher des salariés, au jour le jour, en fonction du travail qu'elle doit effectuer.

Il ne faut pas oublier les pratiques de certaines sociétés étrangère qui, après avoir obtenu des marchés, « importent » illégalement du personnel de leur propre pays sans satisfaire aux obligations de la législation du pays où se déroulent les travaux.

Deux types de sociétés interviennent dans le travail au noir. D'une part, les très petites entreprises qui déclarent un petit chiffre d'affaires, travaillent avec deux ou trois personnes déclarées seulement et disposent de contrats bien plus importants. Le solde de leur activité est, en effet, constitué par du travail au noir ou réalisé par un échelon supplémentaire de sous-traitance. D'autre part, les sociétés fortement capitalisées qui réalisent la quasi-totalité de leur important chiffre d'affaires en sous-traitance.

b. Le cas d'un chantier de travaux

Dans un chantier on peut trouver deux types de société d'intérim : d'une part, des sociétés de travail intérimaire connues et qui ne posent pas de problème *a priori*, d'autre part, d'autres sociétés d'intérim, en général gérées en sous-main, qui n'ont qu'une existence de vie limitée (un an et demi en général) mais dont l'activité se poursuit, des années durant, sous une autre forme ou sous un autre sigle.

Ces sociétés peu connues fonctionnent de la manière suivante :

- leur durée de vie est très courte (le temps nécessaire pour pouvoir utiliser la caution minimum auprès des banques) ;
- elles sont mises en liquidation à l'échéance et recrées immédiatement après sous un autre nom;
- seuls les professionnels les connaissent, car leur clientèle ne change pas ;
- elles ne payent ni l'impôt sur les sociétés, ni la TVA ;

¹¹ En outre, les sociétés d'intérim permettent d'éviter les problèmes posés par certains points de la réglementation relative à la sous-traitance (déclaration et agrément, notamment).

- leur personnel est bien rémunéré par rapport à celui des autres sociétés mais en espèces (les employés ne font donc pas de déclaration d'impôt sur le revenu) ;
- des charges sociales minimales sont versées à l'administration (pour 30 ou 50 personnes, par exemple, alors qu'elles en emploient 250 ou 300) ;
- les gains de productivité peuvent être supérieurs à 40 %, ce qui les rend très concurrentielles.
- A chacune des sommes encaissées au titre d'une facture qu'elle émet, correspond un retrait en espèces partagé entre les divers protagonistes.

Il va de soi que, dans un tel système, des sommes considérables remontent en espèces et que le paiement de la corruption peut facilement passer par ce moyen. Un tel montage est obligatoire dans le cas où une entreprise qui a obtenu régulièrement un marché (avec des prix calculés au plus juste) se trouve « rackettée » par le donneur d'ordre et contrainte de lui verser une « commission » imprévue pour recevoir la notification de son marché. Elle doit donc organiser une remontée d'espèces à l'aide des seuls éléments prévus au contrat.

La principale manœuvre consiste à éliminer le coût des impôts, des charges sociales et de la TVA. Il faudra utiliser des écrans qui pourront être de véritables entreprises, qui rendront effectivement le service demandé, mais qui présentent la caractéristique de s'affranchir elles-mêmes des obligations fiscales et sociales, soit parce que leur régime les y autorise, soit parce qu'elles ne déclarent pas. Il pourra s'agir, soit, d'entités qui auront pour fonction de fournir du personnel (le véritable employeur étant le titulaire du marché), soit, de sociétés agissant comme « taxi », dans lesquelles il y aura une émission de facture sans travail réel.

1.5 L'utilisation de l'international : paradis fiscaux et sociétés écran

L'utilisation de structures situées à l'étranger, dans un paradis fiscal (appelé aussi une place offshore) a pour effet de « doper » les systèmes inventés sur le plan national. Les paradis fiscaux sont ainsi dénommés car ils possèdent plusieurs caractéristiques très intéressantes aux yeux des fraudeurs : en premier lieu, des impôts faibles ou inexistantes sur les revenus, les sociétés, le capital et les successions et, en second lieu, une structure bancaire particulièrement performante permettant, notamment, de créer très rapidement et de manière peu onéreuse ce que l'on va appeler des sociétés écrans. Ainsi, dans un paradis fiscal, il est possible de créer ou de dissoudre facilement et rapidement des sociétés, d'acheter très vite des « coquilles vides », de bénéficier des conseils avisés de personnages compétents. En outre, n'ayant adhéré à aucune convention internationale, le pays n'applique aucune convention susceptible de permettre le suivi financier des opérations commerciales ou l'échange de renseignements financiers.

Sociétés écrans et paradis fiscaux permettent donc de réaliser en toute discrétion et en toute impunité toutes les manœuvres évoquées précédemment. Le simple fait de faire transiter une opération commerciale simple par une société écran située dans un paradis fiscal permet, en ajoutant un intermédiaire dans la chaîne, de majorer les prix d'achats, de minorer les prix de vente afin de constituer dans ce pays une caisse noire en franchise d'impôt qui pourra être utilisée, soit au bénéfice personnel du dirigeant, soit pour payer la corruption. En effet, même dans le cadre des mesures prises par l'OCDE pour lutter contre le versement de commissions dans les transactions commerciales internationales, ce mécanisme particulièrement simple fonctionne efficacement : la société écran n'est pas liée à la société qui doit payer le pot-de-vin qui ne peut donc, en aucun cas être inscrite sur une liste noire. Si le pot aux roses est découvert, seule la société écran sera condamnée et il sera très simple et peu onéreux d'en créer une nouvelle pour poursuivre cette activité illicite.

Compte tenu de la qualité des conseillers et des performances du système bancaire implanté dans le paradis fiscal, notamment en permettant au corrompu de se constituer un patrimoine à l'étranger, d'y gérer des fonds qu'il pourra utiliser grâce à des cartes bancaires de débit, voire de réinvestir dans son propre pays en utilisant l'intervention d'intermédiaires gérant leurs fonds (*trustee*) dans des sortes de sociétés anonymes dont ils détiennent des actions qu'ils peuvent facilement transmettre (sans frais) à leurs

héritiers puisqu'il suffit de modifier la composition du capital social de cette société, ce qui est simple et peu onéreux. Bien d'autres moyens existent, ils ont été recensés, en partie, dans le rapport 1996 du Service Central de Prévention de la Corruption créé par la France en 1993.

* * * *

Comme on peut le voir, il existe un certain nombre de moyens relativement simples pour détourner une partie de l'argent qui sert à payer un marché et alimenter ainsi une caisse noire. Ces moyens exigent des complicités qui constituent la fragilité du système et permettent de le découvrir. C'est en ayant en tête ces mécanismes que nous allons pouvoir maintenant évoquer les diverses dérives susceptibles d'intervenir tout au long du déroulement chronologique d'un marché.

2 Les dérives préalables à la prise de décision

Dès avant la signature d'un contrat, il existe de nombreuses manières de détourner des fonds publics. Les sommes sont souvent plus faibles que celles que l'on peut dégager après l'obtention du marché, mais elles sont plus faciles à dissimuler et l'on peut multiplier les prélèvements puisque ces détournements peuvent se réaliser à chaque étape de la préparation du projet de marché. Les méthodes et les procédés sont toujours les mêmes et ils concernent essentiellement les études de besoin, d'opportunité, de coût...

Quel que soit l'objet de l'étude à réaliser, le mécanisme qui sert pour détourner des fonds publics de leur utilisation normale reste le même. Toutefois, les procédés peuvent différer en fonction de l'utilité de l'étude envisagée. En effet, si elle doit permettre de vérifier une hypothèse, choisir une option, faire adopter une décision, elle doit être effectuée avec le maximum de sérieux ; on est donc contraint de la faire réaliser par un bureau d'études compétent. Si, par contre, elle n'est pas vraiment utile, notamment, parce que les choses sont parfaitement claires, on peut la confier à n'importe quel organisme qui fournira un document apportant la justification demandée sans que cela lui coûte beaucoup de travail et de réflexion; parfois même, il ne fournira rien, se contentant d'encaisser le prix convenu. On peut donc obtenir selon les bureaux d'études consultés, des documents de qualité ou des documents « vides ». Il est évident que les détournements sont d'autant plus faciles à constater que les études sont inutiles ou mal faites ou même qu'elles ne sont pas fournies. Mais la qualité de l'étude et l'importance des sommes détournées ne sont pas toujours liées: de très bonnes études peuvent dissimuler des détournements importants, de mauvaises études peuvent avoir été réalisées honnêtement. Il convient donc surtout d'apprécier les enjeux et, par conséquent, d'adapter les contrôles aux sommes concernées.

2.1. Les petites études

Dans cette catégorie, nous placerons toutes les études dont le montant reste inférieur au seuil fixé par la réglementation nationale¹² au delà duquel l'application du code des marchés publics est obligatoire. Dans ce cas, le décideur est généralement *libre de traiter avec qui il veut*, pratiquement sans justification. En effet, il suffit, le plus souvent, d'un simple bon ou d'une lettre de commande pour engager la dépense. Une facture permettra alors de la régler pourvu que son montant et son intitulé soient conformes à la commande. Les contrôles classiques ne devraient donc pas permettre de déceler la fraude.

S'il souhaite « détourner » de l'argent à son profit, à celui d'une de ses connaissances ou relations, ou à celui d'un groupe auquel il est lié, le décideur peut utiliser plusieurs procédés pour lesquels la collaboration d'un bureau d'études est indispensable car l'argent doit quitter « régulièrement » la collectivité ou l'organisme public avant de pouvoir être « réaffecté » au destinataire choisi en utilisant l'une des techniques décrite au chapitre précédent.

a. Le bureau d'études « ami »

Il peut contacter un bureau d'études ou un organisme « ami » pour lui demander d'effectuer ce travail. C'est le procédé qui a été largement utilisé par certains partis politiques pour collecter des fonds. Avec cet « ami », il n'y a pas de problème de concurrence. L'organisme choisi peut donc se faire attribuer une rémunération largement supérieure au travail fourni (surfacturation), qui correspond au prix de revient normal de l'étude (quelle que soit sa qualité) augmenté de la somme dont le décideur veut pouvoir disposer.

¹² Les principaux seuils fixés par les Directives européennes sont de 150 000 ou 230 000 € pour les fournitures et les services selon qu'ils sont commandés par les Etats membres ou des Collectivités non soumises aux accords du GATT et de 5 900 000 € pour les travaux. D'autres seuils existent pour les activités de réseau. Mais, les divers Etats membres ont souvent fixé leurs propres limites à des niveaux très inférieurs à ces montants. Ainsi, en France, pendant longtemps le seuil d'application du Code des marchés publics était de 300 000 F (TTC), soit 45 000 €.

b. L'organisme qui appartient au décideur

Le décideur peut également confier l'étude à un organisme qui lui appartient ou qui appartient à sa parentèle. Le transfert en est facilité d'autant.

c. Plusieurs fois la même étude

Il peut aussi faire exécuter la même étude par plusieurs organismes, simultanément ou non.

S'ils doivent remettre leur étude simultanément, les bureaux d'études peuvent être incités à se concerter et à constituer une « entente ». Leurs prix seront « harmonisés » de manière à aboutir à une marge bénéficiaire élevée. Ils se répartiront les contrats et, parfois, feront appel à leur confrères et concurrents dans le cadre d'une sous-traitance d'une partie de l'étude. Chacun y trouvera son compte, décideur y compris, qui se verra remettre par un bureau d'études qui n'a pas participé à la consultation, la rémunération qu'il a demandée.

Si le décideur leur permet de remettre leurs travaux à des dates différentes, les derniers organismes à rendre leurs propositions pourront éventuellement bénéficier des travaux effectués par les premiers bureaux d'études consultés; ainsi, dans le meilleur des cas, le premier, très compétent, fera une étude que les suivants démarqueront largement, ce qui leur permettra de dégager des marges bénéficiaires importantes. Dans tous les cas, cette marge anormale sera restituée, par l'intermédiaire de la caisse noire, au décideur ou aux personnes qu'il aura désignées en utilisant la technique des fausses factures.

Exemple :

Lors de la préparation d'une grande manifestation publique, le calcul des besoins en énergie électrique était nécessaire. Une première étude a été confiée à un bureau hautement spécialisé dans le cadre d'une procédure d'attribution normale. Lorsque cette prestation a été rendue, le décideur, prétextant un besoin de vérification des résultats obtenus confiait la même étude, à deux autres bureaux pour un prix équivalent à celui payé au premier candidat. Il leur remettait en même temps les résultats obtenus par ce premier candidat. Leur travail consistait donc à démarquer l'étude déjà réalisée, ce qui confortait les résultats obtenus, et à adresser des factures au décideur. Les factures payées correspondaient à un travail largement surévalué dont le décideur pouvait ensuite récupérer la majeure partie par virement sur un compte ouvert dans un paradis fiscal.

d. Les études non remises

Le décideur peut commander des études qui seront payées par acomptes (ceux-ci peuvent, théoriquement, atteindre jusqu'à 80 % du montant du contrat sans que l'étude elle-même soit fournie mais, le plus souvent, le versement initial correspond à 50% de la dépense). L'étude commandée ne pourra pas être obtenue, suivant le cas, par suite de la défaillance du bureau d'études et de sa disparition, ou parce qu'elle n'a jamais été réclamée par le décideur (elle était devenue inutile !) même si l'organisme n'a pas disparu après avoir touché ses acomptes. Dans les deux cas, le versement des acomptes n'est pas perdu pour les fraudeurs (utilisation de la caisse noire pour en reverser une partie au décideur), même si des factures (fausses) permettent à l'organisme bénéficiaire de justifier que ces versements correspondent à des prestations réellement effectuées dont il n'a tiré aucun profit.

2.2. Les études relevant de l'application du code

Lorsque le montant de l'étude dépasse le seuil national, le décideur doit lancer un *appel d'offres* ou recourir à la *procédure négociée*. Il applique donc l'une des procédures prévues par le code des marchés publics en s'efforçant, soit d'en détourner les objectifs, soit de modifier le résultat de la consultation.

a. Les détournements de procédure

En cas de consultation, pour être certain de travailler avec l'organisme qui lui convient, il choisit, le plus souvent, l'offre « économiquement la plus avantageuse » en ayant pris soin de faire figurer, parmi les critères additionnels de son choix, des éléments subjectifs¹³ tels que la compétence personnelle des responsables de l'étude, la notoriété de l'organisme, les réalisations précédentes dans la région, etc. En ayant pris ces précautions, le décideur peut attribuer l'étude à l'organisme qu'il juge le plus « compétent » et le plus apte à répondre à ses sollicitations.

Quand le prix fixé pour l'étude ne permet pas, par suite d'une forte concurrence, de dégager le bénéfice prévu, le décideur se laisse souvent convaincre par l'organisme choisi de poursuivre l'étude au delà de la mission initiale, afin, par exemple, de mieux éclairer les organes délibérant sur les implications du projet envisagé. Et l'on tombe dans le système des avenants au contrat initial, avenants dont l'initiative revient au décideur ou à ses mandants et dans lesquels les prix sont fixés arbitrairement. Les prix unitaires sont ceux du contrat initial mais, le nombre d'heures de travail est fixé arbitrairement. Ces avenants permettent de créer la marge supplémentaire qui sera ristournée au décideur ou à ses amis.

b. Les modifications du résultat de la consultation

Mais le décideur peut aussi lancer un appel d'offres régulier et choisir le bureau d'études le mieux disant pour le projet qu'il doit réaliser. Celui-ci dispose alors de plusieurs possibilités pour verser une commission au décideur.

S'il n' était pas averti, il est victime d'un véritable racket de la part du décideur car celui-ci le déclare lauréat de la consultation mais il ne lui donnera l'autorisation de commencer les travaux (avec un « ordre de service¹⁴ ») que lorsqu'il aura perçu sa rétribution illicite. Le bureau d'études paye alors pour éviter de perdre la possibilité de participer à d'autres consultations ultérieures. Pour parvenir à verser cette contribution imprévue, soit (cas le plus favorable) il obtient un avenant qui lui permet de dégager la somme nécessaire par des fausses factures, soit il prend sur sa marge mais en se créant des charges fictives supplémentaires (fausses factures) pour éviter d'être imposé sur un bénéfice qu'il n'a pas réalisé, soit il est contraint de recourir au travail au noir dans son propre bureau d'études ou, plus souvent, chez un sous-traitant.

S'il était averti, il a prévu, dans ses charges, le montant de cette « commission » et elle est prise en compte dans son offre. Il n'y a pas distorsion de concurrence puisque tous les candidats ont été placés dans les mêmes conditions. La commission pourra être versée au décideur par un procédé classique de fausses factures qui transitent généralement par un autre bureau d'études « ami », spécialisé dans ce genre de pratiques, que le décideur impose comme sous-traitant au titulaire du marché avant la signature du contrat. Ce sous-traitant se fait rémunérer généreusement (surfacturation) pour un travail sans grand intérêt et ne nécessitant aucune technicité particulière (souvent il s'agit de la remise en forme des résultats de l'étude) mais qui permet de dégager les sommes qui seront versées, ultérieurement, au décideur.

Lorsque le seuil de 150 000 ou 230 000 € hors taxes est dépassé (seuils au delà desquels s'applique la réglementation européenne), le marché doit faire l'objet d'une *publicité au Journal Officiel de l'Union Européenne*. Le décideur choisit alors souvent d'utiliser les procédés précédemment décrits pour pouvoir attribuer le marché au bureau d'études le plus accommodant. Il lui arrive aussi de s'arranger (sous-estimation) pour que son appel d'offres soit infructueux et, dans ce cas, il a recours à la procédure négociée avec différents bureaux d'études pour finalement choisir « le meilleur » candidat, c'est-à-dire, celui qu'il sait être le plus généreux vis-à-vis de celui qui lui fait obtenir le contrat. Notons que ce procédé est aussi largement utilisé lors d'appels d'offres nationaux.

¹³ En principe, l'utilisation de tels critères est interdite, mais il est parfois difficile de discerner, parmi les critères retenus, ceux qui sont objectifs, de ceux qui sont subjectifs.

¹⁴ Dénomination française de cette décision

3 Les dérives préalables à la consultation

Outre les études destinées à bien comprendre les enjeux et les études préalables à sa prise de décision, le décideur doit, avant de lancer un marché, faire appel à ses propres services ou à des organismes spécialisés pour réaliser un certain nombre d'autres prestations. Parmi celles-ci, on portera une attention toute particulière, d'une part, à l'estimation précise du coût du projet dont le principe de la réalisation a été retenu parce qu'elle permet ensuite de bien analyser les offres qui seront reçues et, d'autre part, à l'élaboration des documents administratifs et techniques qui serviront à lancer une consultation strictement conforme aux besoins et aux réglementations en vigueur. Mais, aussi louables que soient ces objectifs, il peuvent être détournés de leur but par un décideur ou une entreprise malhonnête.

3.1. L'estimation précise du coût du projet

Pour prendre une décision de principe sur la faisabilité de la réalisation envisagée, le décideur n'a besoin que d'estimations sommaires qui lui sont fournies par les études préalables. Pour s'engager plus avant dans le processus décisionnel, il lui faut affiner son estimation. Mais l'estimation qu'il présente à ses mandants pour justifier l'option qu'il propose peut être volontairement biaisée parce qu'il envisage de tirer de cette réalisation un bénéfice personnel financier ou moral.

a. L'estimation est surévaluée

L'estimation peut être surévaluée si le bénéfice attendu (et, par conséquent, la décision finale favorable) est évident pour tous. Le décideur peut, en effet, profiter de cette opération, pour réaliser un équipement indispensable en le transformant en un équipement de prestige qui consacrera sa notoriété. Plus prosaïquement, il pourra montrer ses qualités de « bon gestionnaire » puisque, le prix ayant été largement estimé au départ, il réussira à réaliser le projet prévu sans dépasser l'enveloppe de crédits initialement fixée, donc sans avoir besoin de solliciter à nouveau ses mandants pour obtenir un avenant majorant le prix envisagé à l'origine. D'ailleurs, dans ce cas, il ne sera même pas suspecté d'avoir bénéficié ultérieurement de « faveurs » (ce qui est parfaitement réalisable par suite de la surévaluation) de la part des entreprises qui auront obtenu le contrat, puisque le marché sera passé pour un prix très voisin de l'estimation.

Exemple :

Reconstruction de l'Hôtel de ville, vétuste, trop petit et ne répondant plus aux normes des bâtiments destinés à recevoir du public. La décision est adoptée par le conseil municipal, le prix envisagé correspond à celui qui avait été calculé par les services techniques de la ville pour la réhabilitation du bâtiment existant. Il est donc plus élevé que celui d'une construction neuve. Le terrain choisi pour la nouvelle implantation est situé au centre ville, à l'emplacement d'un jardin public qui sera amputé de plusieurs milliers de mètres carrés sans que l'opposition y trouve à redire. Disposant de ce fait d'un budget confortable, le maire réalisera une opération exemplaire et parfaitement intégrée au site tout en restant dans le cadre de l'enveloppe initiale : c'est un bon maire et un bon gestionnaire !

Le pot aux roses sera découvert quelques années plus tard par des opposants (sans qu'ils puissent intenter une action en justice car les délais de recours sont dépassés) : outre la réhabilitation, le coût initial prévoyait l'achat d'un terrain voisin de l'ancienne mairie pour y construire les extensions prévues. Ce terrain étant construit, il fallait aussi envisager le prix de la destruction du bâtiment existant. Or, ces dépenses n'ont pas été effectuées mais leur coût est resté inclus dans l'enveloppe budgétaire destinée à la construction nouvelle. Par ailleurs, un simple calcul à partir des éléments de prix disponibles montre que le coût de la construction a dépassé de plus de deux fois les normes habituelles. Enfin, le maire a acquis, un peu plus tard, une très belle résidence secondaire et sa campagne électorale (l'année suivante) s'est caractérisée par l'utilisation de supports papier particulièrement luxueux !

b. L'estimation est sous-évaluée

L'estimation est, le plus souvent, sous-évaluée car le décideur tient absolument à emporter la décision favorable du groupe au nom duquel il agit et auquel il rend des comptes (conseil municipal, par exemple). Il le fait en maximisant les avantages attendus tout en minimisant le coût de l'investissement. Il prend donc le risque de devoir demander, en cours de réalisation, une majoration de son enveloppe financière et de voir sa gestion critiquée. Il pense toutefois que l'opération, une fois engagée, ne sera pas remise en cause, même si le prix à payer augmente (quelle qu'en soit la raison) dès lors qu'un accord a pu être obtenu une première fois sur le principe de cette réalisation. Ces majorations, qui prendront la forme d'avenants au contrat initial, lui permettront également de percevoir des « commissions » de la part des entreprises bénéficiaires du contrat.

Exemple :

Lors de la construction d'un parking souterrain, on a « oublié » de prendre en compte, lors de l'estimation initiale, l'éclairage des locaux. Il sera réalisé après coup grâce à un avenant de près de 20%. Mais, cet omission aura permis de faire accepter le principe d'une réalisation contestée par l'opposition municipale et, en outre, de choisir l'entreprise la plus accommodante.

3.2. Élaboration des documents: détournements en « direct »

a. La préparation des spécificités du projet.

Après avoir donné une estimation précise du coût du projet, la principale intervention des éventuels prestataires de services concerne la mise en forme des « spécificités » du projet envisagé¹⁵ et l'élaboration des documents qui serviront à la consultation des entreprises: cahier des charges, cahier des clauses techniques, cahier des clauses administratives, ...

Ces documents étant indispensables, une technique simple pour détourner des sommes parfois importantes consiste, pour le décideur, à les faire réaliser « en régie » par ses propres services, tout en passant, simultanément un contrat avec un prestataire de services, par lequel on lui confie cette tâche. La société attributaire n'a alors qu'à reprendre les documents préparés par les services techniques du décideur pour les reproduire en y faisant figurer son logo et à percevoir la rémunération prévue au contrat. Sans beaucoup d'efforts, la société prestataire rend alors un travail qui correspond exactement à ce qu'attend le décideur. Largement surpayée, elle a la possibilité (au moyen de fausses factures, notamment) d'alimenter une caisse noire qui servira, entre autres choses, à reverser au décideur une partie des sommes perçues. Une variante de cette technique qui évite toute implication des services techniques du décideur, consiste à sous-traiter l'élaboration de projets pour lesquels existent des documents types (ouvrages courants, modèles agréés, modèles types, ...) ce qui permet au contractant de réaliser son travail facilement et avec toutes les garanties nécessaires par rapport à la réglementation.

b. Explication des projets et des offres des candidats

Les études techniques, même si elles sont bien réalisées, peuvent parfois être difficiles à comprendre et, plus encore, à expliquer à des non-spécialistes (assemblée des élus d'un conseil municipal, par ex.). L'intervention d'un organisme chargé de « rendre les résultats compréhensibles » peut donc parfaitement se justifier. Bien entendu, il n'est pas nécessaire d'avoir recours à un organisme privé pour y parvenir, les services techniques du décideur et le bureau chargé de l'étude du projet sont, en effet, le plus souvent, tout à fait capables d'expliquer des documents complexes et de rendre leur travail compréhensible par tout un

¹⁵ Elles ont été définies avant de faire l'estimation précise mais n'ont pas encore été formalisées

chacun. Cette intervention, non nécessaire, peut donc parfaitement servir à camoufler le versement de commissions en faveur du décideur ou de ses amis, comme on l'a déjà vu en matière d'études.

c. Les commissions « ordinaires »

Enfin, quel que soit le prestataire choisi et quelle que soit la qualité de la prestation exécutée, le décideur peut toujours se faire attribuer des « commissions » grâce à l'utilisation de la technique de la surfacturation pour peu que les éventuels prestataires aient été informés de son intention et du montant de ses besoins, avant de participer à la sélection lors d'une consultation parfaitement régulière¹⁶. En effet, dans le calcul de leurs prix, tous les candidats (il n'y a pas de discrimination puisque tous ont été informés !) auront intégré le coût de la commission à verser et majoré d'autant leur proposition.

3.3. Détournements organisés " à terme "

Mais tous les « détournements » ne sont pas forcément immédiats. Il existe des techniques beaucoup plus subtiles, utilisées notamment lors de la préparation des spécifications du projet (le cahier des charges), qui permettent de préparer et d'organiser de manière quasi-scientifique les détournements futurs, c'est-à-dire, ceux que l'on pourra réaliser sans risque lors de l'exécution du marché¹⁷.

a. Les organismes « liés »

Le premier type de risque se manifeste lorsque le décideur fait appel (volontairement ou non), pour réaliser tout ou partie des documents d'un appel d'offres, à un prestataire de services appartenant à un groupe dont une autre filiale est susceptible d'être candidate à la réalisation du projet futur. Même s'il fait correctement son travail, l'organisme consulté peut être tenté de donner une préférence aux sociétés du groupe dont il fait partie en leur fournissant des informations exclusives qui leur permettront d'obtenir le marché ou en imposant, dans le cahier des charges, des spécificités que seules des sociétés du groupe sont en mesure de satisfaire. Cette situation est loin d'être un cas d'école car les prises de participations croisées, les rachats, les absorptions se sont multipliées au cours des dernières années et les décideurs ou leurs services sont très souvent incapables de savoir à quel groupement d'entreprises profiteront ces informations et spécificités car chaque société conserve, en général, au sein du groupe, son identité et une certaine indépendance.

Exemple :

Lorsque la Commission européenne décida de créer le système SIMAP d'information sur les marchés publics, elle engagea une société de services informatiques de renommée mondiale pour élaborer le cahier des charges de la consultation. Or, quelle ne fut pas la surprise des responsables du projet quand ils découvrirent, parmi les candidats ayant remis une offre, que la société informatique s'était associée à une autre multinationale pour répondre à l'appel d'offres. Il fut alors nécessaire de reprendre toute la réglementation spécifique de la Commission pour écarter cette équipe qui, de toute évidence, détenait des informations privilégiées par rapport à tous les autres candidats.

Exemple :

Dans une collectivité, il est nécessaire de mettre en place un nouveau système informatique. Le travail est confié à une entreprise spécialisée qui propose l'utilisation de produits, de matériels ou de logiciels précis. Toutes ces propositions concernent des fournitures sur lesquels une société possède des droits d'exclusivité. Après vérification, il s'avère que cette société est une autre filiale du groupe auquel appartient l'agence d'audit !

¹⁶ Pour la régularité de ce type de consultation voir le chapitre 4 ci-après

¹⁷ Les mécanismes décrits dans ce paragraphe ne seront repris que très sommairement dans le chapitre 5 consacré aux Dériver pendant l'exécution du marché. .

A partir de cette situation de dépendance ou de connivence entre la société qui établit le document utilisé pour la consultation et certaines de celles qui seront candidates pour l'obtention du marché, deux hypothèses peuvent être envisagées. Si le décideur n'est pas informé de l'existence de ces liens et s'il ne prend pas la précaution de vérifier s'ils existent, il peut se faire « manipuler » (même dans le cas où il envisagerait d'obtenir des « commissions » lors de l'attribution du marché). Si le décideur est informé des liens existants entre le prestataire de services et une ou plusieurs entreprises candidates et que, ayant cette information, il cherche à en tirer profit pour se faire verser une « commission », la collusion, qui devient alors particulièrement forte, est très difficile à prouver, sauf sur dénonciation d'un candidat évincé ou à l'occasion du contrôle, par un organisme de contrôle externe, des liens pouvant exister entre l'entreprise auteur du cahier des charges et celle qui, grâce à une offre particulièrement conforme aux attentes du décideur, s'est trouvée lauréate de la consultation et titulaire du contrat.

On pourrait associer à ce type de comportement certaines actions de lobbying visant à convaincre le décideur ou ses services d'exiger certaines prestations spécifiques que seuls certains industriels peuvent fournir parce qu'ils ont une exclusivité sur un matériau, un produit ou un procédé de fabrication. La mention « produit N ou équivalent » vise à réduire le nombre de cas où cette spécificité peut permettre de privilégier un fournisseur ou un fabricant. Néanmoins, il n'est pas rare que des cahiers des charges puissent encore recourir à ce procédé pour favoriser une entreprise.

Exemple :

La mode des revêtements de façades en marbre a été quasiment imposée par les architectes après qu'ils aient fait l'objet d'une « action commerciale forte » des marbriers. On ne peut que s'interroger sur les raisons qui les font, aujourd'hui, privilégier les façades en verre.

Exemple :

Dans les cahiers des charges concernant des matériels informatiques, la mention « système d'exploitation WINDOWS » ne devrait pas pouvoir figurer puisqu'elle élimine automatiquement un certain nombre de concurrents, notamment ceux qui font appel au système LINUX ou au système développé par APPLE.

b. Les spécificités « hors normes »

Outre le cas des spécificités qui ne peuvent être satisfaites que par certaines entreprises et que l'on a évoqué plus haut, on trouve parfois, dans les cahiers des charges, des spécifications qui dépassent très largement les normes admises en la matière. Bien entendu, de nombreuses raisons peuvent justifier ces dépassements. La seule question que l'on peut, ou que l'on doit, alors se poser concerne l'exécution du projet: ces spécifications seront-elles réalisées lorsque le projet sera exécuté ? En effet, on rencontre des cas où les spécifications supérieures aux normes habituelles, imposées dans le cahier des charges, ne sont pas réalisées lors de l'exécution, les travaux ou les prestations étant exécutés selon les ratios couramment admis en la matière.

Exemple :

En matière de béton armé, un cahier des charges avait prévu l'utilisation de fers de 12mm de diamètre en la justifiant par la nécessité de prévoir une possibilité de surélévation du bâtiment à construire. Lorsque la réalisation eut lieu, les services de contrôle furent informés que cette surélévation ne pourrait pas se faire. Ils contrôlèrent donc la sécurité du bâtiment avec leurs normes habituelles qui imposaient seulement des fers à béton de 10mm de diamètre. Par contre, l'entreprise factura des fers de 12mm. Avec un prix proportionnel au volume du métal, sur ce seul poste de dépense, l'économie réalisée par l'entreprise s'est élevée à 44% du prix des fers à béton !

Cette manœuvre, impossible sans la complicité du représentant du décideur qui doit certifier le travail fait, donne au titulaire du marché (ou du lot) la possibilité de dégager des sommes parfois importantes qui lui servent, en partie, à « dédommager » les certificateurs malhonnêtes, le reste étant, soit recouvert en totalité

par l'entreprise sans que le décideur lui-même en soit informé¹⁸, soit partagé avec le décideur si celui-ci a donné son accord à cette manipulation.

La possibilité de ne pas respecter certaines spécificités prévues au cahier des charges peut également permettre à l'entreprise, en accord avec le décideur, de remettre une offre qui ne tient pas compte du dépassement des normes demandé et qui est donc moins chère que celles des autres concurrents. Cette proposition lui permet, généralement, d'obtenir le marché et de verser une « commission » au décideur sans toucher à sa marge.

Exemple :

On peut signaler ici, pour des travaux de bâtiment, l'exigence (qui ne pourra pas être contrôlée lorsque les travaux seront faits car ils seront enterrés) de fondations en béton parfaitement lisse, mais aussi, dans le même bâtiment, le remplacement de mitigeurs par de simples mélangeurs pour équiper les points d'eau.

Enfin, il ne faut pas oublier le cas où le technicien, employé du décideur, « opère » pour son propre compte, sachant qu'il a la confiance de son employeur et, par conséquent, les moyens d'imposer des spécifications « exorbitantes », de faire en sorte qu'elles soient ou ne soient pas prises en compte par certaines entreprises lorsqu'elles remettent leurs prix, puis de contrôler et de certifier qu'elles sont ou non réalisées. Cette omniprésence du même technicien tout au long du processus lui permet d'organiser, à son profit, sans que le décideur ne se doute de rien, des détournements significatifs pour lesquels il n'aura besoin que de la complicité du responsable local de l'entreprise.

c. Les « erreurs »

Un autre type de dérive concerne ce que l'on peut appeler les « erreurs » sur les quantités ou les qualités. Lorsqu'on élabore le cahier des charges d'un projet (routier, par exemple), il peut arriver que l'on se trompe sur le volume des enrochements à détruire ou que l'on minimise leur dureté. On peut aussi, malgré des études géologiques poussées, ne pas se rendre compte de l'importance de certaines poches d'argile qu'il faudra purger avant de réaliser la chaussée. Dans toute estimation, il existe pour prendre en compte tous ces « imprévus de chantier » une rubrique qui représente, en général, 5 à 10 % du montant des travaux.

Or, il arrive que certains « imprévus » soient, non pas ignorés, mais volontairement dissimulés ou passés sous silence dans les documents remis aux candidats qui veulent soumissionner. Il s'agit là de l'un des moyens les plus efficaces pour détourner des sommes importantes. Il consiste à faire figurer dans les cahiers des charges des informations que l'on sait incomplètes ou erronées tout en donnant l'information exacte à une entreprise « privilégiée »¹⁹. Quand le décideur ou le technicien (car celui-ci peut aussi « travailler » pour son propre compte) informent l'une des entreprises, on se trouve dans l'un des cas de figure suivants :

1) L'entreprise avertie se dispense de prendre en compte, dans son estimation, une sujétion particulièrement onéreuse et remporte le marché grâce à une offre inférieure à celles des autres candidats qui lui laisse pourtant une marge bénéficiaire plus élevée²⁰. Ce type de favoritisme est parfois utilisé pour augmenter les chances des entreprises locales qui connaissent bien le terrain aux dépens d'entreprises extérieures qui travaillent exclusivement d'après le cahier des charges.

¹⁸ il y a alors collusion entre un employé du décideur (agent public) et une entreprise. Ce cas est à rapprocher de celui décrit au dernier paragraphe.

¹⁹ Ainsi, on pourrait trouver dans les prescriptions techniques du projet des informations telles que, par exemple: .roche friable, quand elle ne l'est que sur une faible profondeur sauf en certains points particuliers du tracé, .rocher compact, quand il s'agit d'un calcaire relativement tendre sauf en quelques rares endroits, .présence de la nappe phréatique à faible profondeur, alors qu'un barrage va être mis en service en provoquant un rabattement de plusieurs mètres, ...ou encore, .terrain pollué et à remplacer sur 3 m de profondeur " alors que l'on sait que la pollution s'étend sur plus de 8m.

²⁰ Ce qui lui permettra de remercier, généreusement, son informateur

2) L'entreprise remet une proposition de prix globale intéressante pour remporter le marché et prévoit, dans son bordereau des prix, pour les travaux dont le volume a été sous-évalué, des prix unitaires élevés. Ainsi, lorsque les quantités prévues au cahier des charges auront été atteintes, sans que cela suffise pour régler le problème ou réaliser le projet, il suffira de demander la « poursuite des travaux » jusqu'à ce que le but envisagé soit atteint. Il n'y aura pas de nouvel appel d'offres. Les travaux supplémentaires seront effectués par le titulaire du marché et payés au prix unitaire figurant dans le bordereau des prix initial remis par l'entreprise. La marge bénéficiaire sera reconstituée et même au-delà et permettra des « retours » substantiels.

Ce système implique donc une complicité entre celui qui élabore le cahier des charges et l'entreprise « choisie » pour obtenir le futur marché qui autorise toutes les dérives précédemment évoquées.

Exemple :

Dans le cas de la construction d'une route dans un massif montagneux calcaire, on rencontre, sur le tracé envisagé, des grottes plus ou moins remplies d'argile qu'il faut « purger »²¹. C'est une opération très onéreuse aussi, avant la construction, on effectue des sondages pour déterminer le volume des travaux de purge qui devront être effectués. Et il est alors possible d'indiquer, dans le cahier des charges, un volume différent de celui observé lors des sondages. Si l'on prend ensuite la précaution d'informer une entreprise « amie » des volumes réels, elle peut être assurée de remporter le marché en faisant une meilleure offre que ses concurrents.

Si le volume indiqué au cahier des charges est plus faible que le volume estimé, l'entreprise informée fera une offre globalement moins chère que les autres (pour obtenir le marché) et mentionnera un prix unitaire élevé pour le poste « purge ». En effet, lorsque les quantités mentionnées au cahier des charges auront été atteintes, il restera encore des purges à réaliser. Face à cette situation totalement « imprévisible », on signera un avenant avec l'entreprise qui se trouve sur le chantier en utilisant les prix qu'elle a mentionné dans son offre. Elle se remboursera donc largement et pourra « récompenser » son informateur.

Si le volume indiqué dans le cahier des charges est plus élevé que la réalité, l'entreprise informée s'engagera, grâce à sa connaissance du « terrain », sur un volume de purges plus faible en proposant de prendre à sa charge tout dépassement de son estimation. Elle sera moins chère que les autres et obtiendra le marché²² en ayant les moyens de « récompenser » son informateur.

d. Les « omissions »

Dans de nombreux contrats, lorsque des litiges surgissent, on s'aperçoit que le décideur n'a aucun moyen de faire respecter les termes du contrat puisque le chapitre contenant les « pénalités » a été volontairement supprimé du document original. Ainsi, si l'entreprise ne respecte pas ses engagements (mais, il n'était pas envisagé qu'elle le fasse !), on ne pourra lui imposer aucune pénalité.

Ce procédé qui n'a rien d'original est assez souvent utilisé lorsqu'il existe une certaine collusion entre le décideur et l'entreprise. La formule permet de favoriser une entreprise en la faisant échapper aux obligations qui pèsent sur ses concurrents : obligation de délai pour une réalisation, par exemple. Elle peut aussi conduire à verser des subventions ou des avances sans contrepartie.

e. La maintenance « imposée »

Le dernier moyen couramment utilisé pour générer, à terme, des rentrées d'argent importantes et régulières consiste à acquérir des équipements ou des matériels qui nécessiteront une maintenance qui ne pourra être assurée que par l'installateur lui-même ou une entreprise ayant une exclusivité. Le contrat

²¹ La « purge » consiste à vider les grottes de l'argile compressible qu'elles contiennent et à les combler ensuite par un matériau incompressible.

²² Dans les deux cas, les concurrents sont supposés faire des offres équivalentes qui ne se différencient que par les prix : l'offre économiquement la plus avantageuse est donc la moins chère.

d'achat pourra être négocié à des conditions particulièrement intéressantes, mais la maintenance de ces équipements ou matériels ne pourra pas l'être, le fournisseur imposant ses propres conditions.

Ce phénomène se rencontre tout particulièrement en informatique et en bureautique, domaines dans lesquels l'acquisition, parfois à un prix très préférentiel, d'un matériel est subordonnée à la signature d'un contrat pluriannuel de maintenance comportant les interventions habituelles sur le matériel lui-même et l'achat obligatoire (faute de quoi la garantie n'est plus accordée par le constructeur) d'une gamme de produits d'entretien spécifiques. Ces ventes largement bénéficiaires permettent à l'entreprise de dégager des profits réguliers et importants qu'elle peut reverser, au moins en partie, au décideur, sous quelque forme que ce soit, afin, indiquera-t-elle, de le conserver dans sa clientèle.

Dans le même esprit signalons également les achats de matériels performants mais incompatibles avec ceux qui existent déjà chez le décideur. Au bout d'un certain temps, celui-ci sera amené soit à faire procéder à de coûteuses modifications du matériel qu'il possède pour le rendre compatible avec le nouvel équipement, soit, plus radicalement, à procéder au renouvellement complet de son parc. Il va sans dire que, dans l'un et l'autre cas, des « aides à la décision » (sous forme de commissions ou autres avantages) sont prévues afin d'aider le décideur à effectuer le meilleur choix et qu'elles sont maintenues tant que dure le contrat ce qui assure à chacun des partenaires une garantie de revenus sur plusieurs années.

* * *

Dans ce chapitre, nous n'avons évoqué que le cas des prestations réalisées par des organismes indépendants du décideur. Il en va, évidemment, de même si le travail est confié, en régie, à ses propres services car, quelle que soit leur compétence, ceux-ci sont soumis aux instructions de leur directeur et ils doivent les appliquer. Ils peuvent donc, eux aussi, être amenés à « biaiser » les résultats de leurs études en omettant, par exemple, de préciser toutes les conséquences d'un choix technologique (matériels actuellement utilisés rendus obsolètes, nécessité d'un entretien périodique par le réalisateur, réécriture des logiciels informatiques utilisés jusque là, estimations « erronées » de certains postes de dépenses, etc.).

Ces omissions volontaires servent, dans la plupart des cas, à justifier la passation de contrats ultérieurs (en utilisant la procédure négociée) qui permettent au décideur de prévoir le versement, à son profit, de « commissions » pendant de longues années.

4. Les dérives dues au mode de consultation

Le choix du type de procédure utilisé pour lancer la consultation peut parfois être le signe d'une volonté de contourner la législation applicable. Les procédures elles-mêmes ne sont pas en cause puisqu'elles permettent de garantir la liberté d'accès et l'égalité des chances des candidats aux marchés publics. Mais, chacune de ces procédures, si elle est utilisée avec une volonté manifeste d'y parvenir, est susceptible de permettre ou de camoufler des détournements de fonds publics ou des phénomènes de corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêts et d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats. Les risques ne sont cependant pas toujours les mêmes selon que l'on lance un appel d'offres ouvert ou restreint, que l'on utilise la procédure négociée, ou que l'on passe par l'intermédiaire d'un groupement. Certaines procédures permettent, plus facilement que d'autres, des dérives. En outre, le décideur peut parfois réussir à éviter de lancer la consultation.

4.1. Achats effectués par l'intermédiaire d'un groupement

Les relations entre un groupement d'achat et ses clients que sont les administrations ou les collectivités sont relativement claires. Le groupement d'achat constitue, notamment pour les plus petits acheteurs, une aide efficace puisqu'il les dispense de procéder à un appel d'offres. En effet, cet appel d'offre obligatoire a été réalisé par le groupement lui-même, l'acheteur public se contentant d'un achat sur catalogue. En outre, lorsque les quantités achetées sont faibles, les prix proposés par le groupement sont généralement inférieurs à ceux que l'acheteur pourrait trouver directement auprès des fournisseurs. En contrepartie de cette dispense de procédure et pour faire face aux dépenses que cela lui occasionne, le groupement revend les produits à un prix supérieur à celui auquel il les achète : il prélève une commission.

Ce mécanisme simple et utile peut pourtant être détourné et conduire à des abus très similaires à ceux que l'on peut trouver quand on s'intéresse au système de référencement des produits par les centrales d'achat privées. Tous les types de corruption individuelle sont alors possibles. Toutefois il nous semble nécessaire d'insister plus particulièrement sur deux procédés qui conduisent à un véritable détournement de procédure.

Lorsqu'un client du groupement souhaite que l'un de ses fournisseurs soit référencé par le groupement (pour qu'il ne soit plus obligé de lancer un appel d'offres chaque fois qu'il commande un produit), il peut demander au groupement de procéder à un appel d'offres « orienté ». Le groupement lance donc une procédure sur la base d'un cahier des charges très précis. Quel que soit le nombre de candidatures reçues, il n'y a qu'un seul produit qui peut répondre exactement aux prescriptions du cahier des charges puisque ce cahier a été élaboré pour sélectionner « ce » produit. Le produit est donc référencé et peut être utilisé par le client. Dans le cas où, malgré toutes ces précautions, un autre fournisseur ferait une offre équivalente, on pourrait toujours lui imposer une commission un peu plus élevée que la normale de manière à « rogner » son bénéfice et à rendre ainsi très peu intéressant pour lui le fait d'être référencé. De tels procédés ont été relevés dans tous les pays où le groupement bénéficie d'un quasi-monopole des achats.

Le groupement peut aussi décider de favoriser des fournisseurs déjà référencés au détriment de nouveaux venus. Ce procédé peut être utilisé lorsque l'on se trouve face à une offre novatrice. Le groupement élabore, généralement avec l'entreprise qui propose le nouveau produit, un cahier des charges reprenant exactement les spécificités de ce nouveau produit. Il communique discrètement ce document non officiel à ses amis et ne lance son appel d'offres que lorsque ses fournisseurs habituels sont prêts à répondre à son offre. Plusieurs produits répondent donc à cette offre et, pour diverses raisons, le choix se porte toujours sur l'un de ses fournisseurs habituels avec lequel il a passé divers « arrangements » tels que des retours sur commission, par exemple.

4.2. L'appel d'offres ouvert

Dans les appels d'offres ouverts, tous les candidats peuvent remettre une offre mais cette égalité d'accès des candidats à la commande publique peut être mise en défaut par l'utilisation de différents moyens susceptibles d'influer sur la sélection des entreprises ou sur la sélection des offres, parmi lesquels on retiendra plus spécialement les procédés suivants :

a. La publicité défaillante

La publicité de la consultation peut être effectuée dans des journaux ou revues dont la diffusion est très limitée dans tous les cas où la publication d'un avis au Bulletin Officiel des Annonces de Marchés Publics (BOAMP) n'est pas obligatoire²³, Il arrive même que l'on « oublie » d'effectuer toute publicité locale, nationale ou internationale²⁴, quel que soit le montant du marché envisagé, ainsi seules quelques entreprises privilégiées car « bien informées » pourront se porter candidates ou présenter une offre.

Exemple :

Dans les années 90, une bonne partie des appels d'offres pour les travaux de la construction du métro de Munich, n'ont pas fait l'objet d'une publication au BOAMP alors qu'ils étaient publiés dans la presse allemande.

b. Le choix des critères

Bien que les critères de sélection des offres figurant dans le règlement de la consultation doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution, il peut arriver que certains critères additionnels soient susceptibles d'être appréciés de manière subjective, ce qui modifie le jugement des offres. C'est le cas, notamment de « l'aspect architectural » d'un ouvrage ou de son « insertion dans l'environnement » pour lesquels le jugement est surtout question de choix personnel donc subjectif, plutôt que de critères objectifs.

c. Les délais de remise des offres

Malgré toutes les précautions figurant dans la réglementation, les délais de diffusion de l'information peuvent être trop courts pour que des entreprises non informées à l'avance du lancement de la procédure puissent présenter une offre crédible ou même étudier le projet. Parfois, d'ailleurs, même les délais minimaux réglementaires sont insuffisants pour une étude de prix sérieuse: quelle entreprise peut, en cinquante et un jours, en juillet et août, faire une offre bien étudiée pour un projet autoroutier de vingt kilomètres comportant plusieurs ouvrages d'art non standard (viaducs et tunnels) en terrain particulièrement friable (schistes) ?

Le décideur justifie souvent les délais réduits par l'urgence, voire l'urgence impérieuse, alors que ces notions, bien définies par la jurisprudence, sont inapplicables dans le cas d'espèce et que seule compte la possibilité d'éliminer certains candidats non souhaités. Toutes les dispositions nationales donnent aujourd'hui une définition précise des conditions d'utilisation de cette notion d'urgence.

Exemple :

L'extension de l'Université de Madrid, en 199, est un grand classique : la Cour européenne de Justice a condamné l'Espagne car l'augmentation du nombre d'étudiants lors de la rentrée universitaire de septembre était déjà connu deux ans plus tôt et ne pouvait donc être considéré comme un événement imprévisible.

²³ Montant du marché inférieur aux seuils communautaires.

²⁴ Notamment la publication au Journal officiel de l'Union Européenne (JOUE).

d. Les conditions d'obtention des documents

Même lorsque les délais minimaux réglementaires sont respectés, les conditions d'obtention du cahier des charges peuvent être tels que seules les entreprises locales ou les très grands groupes peuvent se les procurer, soit parce qu'il faut aller les chercher sur place (l'envoi par la poste n'est pas prévu), soit parce que le coût de leur mise à disposition est très élevé. En outre, dans certains appels d'offres, des pièces importantes du cahier des charges (plans, études géologiques, ...) ne sont pas prêtes au moment du lancement de la consultation. Elles sont transmises plus tard, mais, même lorsque le délai de remise des offres est allongé (car il ne l'est pas toujours), le temps manque souvent pour bien étudier ces documents et présenter une offre techniquement bien étudiée. Seules peuvent donc étudier correctement leur offre et remettre leurs prix dans les délais fixés, des entreprises qui ont eu connaissance, à l'avance, du contenu de ces documents.

e. Les fuites organisées

Le rédacteur du cahier des charges ou le décideur peuvent communiquer, à l'avance, à certains fournisseurs, des éléments déterminants qui figureront beaucoup plus tard dans le cahier des charges ou des informations complémentaires sur le contenu de l'appel d'offres, ce qui rompt le principe d'égalité de traitement des candidats.

Exemple :

Lors d'une consultation pour la construction d'un bâtiment situé à proximité d'un cours d'eau, les concurrents n'ont pas été tenu informé de la construction d'un barrage situé en amont du futur chantier. Or, cette construction, en abaissant le niveau de la nappe phréatique, rendait inutile les fondations spéciales prévues par tous les concurrents, à l'exception de l'entreprise locale qui participait à la construction de ce barrage.

Ces fraudes ou malversations (non limitatives) d'ordre purement procédural s'ajoutent aux « dérapages » techniques qui dépendent de la manière dont le cahier des charges a été préparé et qui ont été mentionnées plus haut (§ 3.2 et 3.3).

4.3. L'appel d'offres restreint

Les appels d'offres sont dits « restreints » lorsque seuls les candidats que la personne responsable du marché a décidé de consulter sont autorisés à remettre une offre. Cette procédure est, en principe, utilisée quand la prestation ne peut être réalisée que par un nombre limité d'entreprises, ou lorsqu'il y a un très grand nombre d'entreprises susceptibles de réaliser le contrat et que le décideur ne souhaite pas que toutes ces entreprises engagent des études coûteuses pour l'attribution d'un marché d'un montant limité. Mais, elle est également utilisée pour écarter de la consultation des entreprises que l'on sait moins bien disposées en faveur du décideur (capables de ne pas accepter d'être discriminées) ou connaissant mal les « usages » locaux (entreprises étrangères, par ex.).

a. L'élaboration de la liste des candidats

La phase essentielle de cette procédure est l'élaboration, à partir de critères techniques exclusivement, de la liste des candidats qui pourront être consultés. L'absence de publicité au moment de l'appel à candidatures ou l'absence d'appel à candidatures sont les infractions les plus couramment observées pour éviter que trop de candidats se présentent et soient inscrits sur la liste des entreprises à consulter²⁵.

²⁵ Comme on l'a vu au § 1.2.a ci-dessus, l'élaboration de cette liste peut être l'occasion du versement de commissions dites habillées. à un bureau d'études complice du décideur.

Dans cette liste, le décideur (personne responsable du marché ou commission d'appel d'offres) sélectionne, sans avoir besoin de préciser les critères qu'il utilise pour faire cette sélection, des entreprises auxquelles il demandera une proposition de prix. Il conserve, vis-à-vis des entreprises sélectionnées, un pouvoir de rétorsion important puisqu'il peut, si elles ne lui donnent pas satisfaction, ne plus les sélectionner ou inviter des candidats nouveaux (accroissement de la concurrence) lors des consultations ultérieures.

Généralement, tout se passe « régulièrement » et les commandes sont réparties entre un nombre restreint de fournisseurs sélectionnés. En effet, le décideur, ne souhaitant courir aucun risque, sélectionne, de préférence, les entreprises qu'il connaît puisqu'il les a déjà fait travailler (par exemple) et qu'elles lui procurent les garanties de qualité, de conformité ou d'approvisionnement qu'il attend²⁶. De leur côté, les entreprises qui figurent sur la liste n'ont aucun intérêt à voir de nouveaux concurrents s'intégrer à leur groupe. C'est la raison pour laquelle elles s'efforcent de conserver la confiance du décideur en réalisant des prestations convenables et en lui offrant parfois, en outre, quelques « avantages » personnels.

b. Les ententes

Lorsque le décideur consulte toujours les mêmes entreprises, il obtient des prestations de qualité satisfaisante dans des délais convenables et, de ce fait, il a conscience d'utiliser au mieux les crédits de la collectivité en prenant un minimum de risques. Souvent d'ailleurs, il justifie sa politique par la sauvegarde de l'emploi local.

1) Schéma général

Cette pratique conduit parfois les entreprises régulièrement sélectionnées à adopter, entre elles, une sorte de « modus vivendi » qui leur permet de donner satisfaction au décideur sans, pour autant, se lancer dans une concurrence sauvage. Elles peuvent alors se répartir les marchés en fonction de critères qui leur sont propres (plan de charge, difficulté de la tâche, délais, ...) tant que le décideur ne modifie, ni le mode de consultation qu'il utilise, ni la liste des candidats sélectionnés. Toute entreprise ne jouant pas le jeu est écartée de la commande publique alors que celles qui le jouent tiennent compte, dans leurs prix, des contraintes qui leur sont imposées, les majorant en conséquence et sont en mesure d'attribuer des « compensations », aussi bien à leurs collègues non retenus (sous-traitance ou dédommagements divers) qu'au décideur (commissions). Finalement, c'est le contribuable qui paie tous ces suppléments.

2) Matérialisation des décisions

Cette entente entre les entreprises (qui s'effectue le plus souvent sans intervention du décideur) peut prendre diverses formes: association officielle, association occulte qui portera sur la désignation de celle qui présentera la « meilleure » offre et sur le montant admissible de cette offre, association occulte qui désignera celui de ses membres qui sera seul en position d'obtenir le contrat alors que les autres obtiendront des contreparties dans cette opération ou, ultérieurement, lors d'autres opérations. Les ententes regroupent l'ensemble des professionnels autour de ce que l'on appelle des « tables²⁷ ». Un certain nombre de membres, responsables de ces opérations, fixent les règles à observer sur les projets en cours ou à venir, conçoivent les opérations sur un cahier et discutent les offres qui seront présentées. Les réunions se font à plusieurs niveaux, national, régional et local ; elles regroupent les membres par tables et par corps de métiers, ce qu'exige la technicité des opérations. Il s'agit donc d'une organisation très corporatiste.

Pour le bon fonctionnement du système, il est nécessaire que les marchés (nature des opérations et coût prévisionnel) soient connus²⁸ à l'avance (ce qui justifie l'intérêt des entreprises pour la pré-information) et

²⁶ C'est-à-dire l'offre économiquement la plus avantageuse.

²⁷ Terme employé en France par suite de l'habitude des participants de se réunir autour de ce type de mobilier.

²⁸ De là vient la controverse qui a pu s'instaurer, notamment entre la Commission Européenne et certains États membres, sur la nécessité, pour les décideurs, de diffuser, en début d'exercice, la liste prévisionnelle des opérations qu'ils envisagent de lancer au cours de l'année à venir.

qu'il existe des fuites afin que l'association dispose, avant l'avis d'appel d'offres, de détails susceptibles de favoriser les discussions internes²⁹. Ce qui ressort de ces décisions est donc une répartition des marchés à l'avance.

3) Application des décisions

Lorsque l'appel d'offres est lancé, le dépouillement des propositions des candidats devient purement formel. Les « concurrents » ont présenté des devis non utilisables ou proposent des prix trop élevés³⁰. L'entreprise désignée par le groupe est la seule à présenter une offre satisfaisante : elle obtient le marché. Parfois, le maître d'ouvrage se trouve confronté à une collusion d'entreprises qui présentent toutes des offres beaucoup plus élevées que l'estimation fixée par ses services. Il doit alors déclarer l'appel d'offres infructueux et s'engager dans une procédure négociée. Mais, quelle que soit l'entreprise avec laquelle il négociera par la suite, il se trouvera en présence de l'un des membres de l'entente. Il en résultera donc un renchérissement du coût de l'opération qui sera finalement pris en charge par le contribuable dans ses impôts.

On remarquera que ces entorses à la législation sur les marchés peuvent n'avoir aucune incidence en matière de corruption alors qu'elles constituent des atteintes très graves à l'égalité des candidats aux marchés publics.

4) Les contreparties

Les concurrents volontairement écartés de la signature du contrat obtiennent des contreparties. Ainsi, soit ils seront partie prenante à l'opération à titre de sous-traitant et ils tireront un bénéfice indirect de cette opération, soit ils se verront attribuer (par le groupe) un autre marché national ou local. Dans le cas où aucune compensation ne peut leur être offerte, en termes de marché, dans un délai très proche, ils recevront, de manière quasi officielle, une indemnité au moyen d'une facture (fausse, bien sûr) de prestations ou de travaux.

5) Effets sur le marché boursier

Il est évident qu'une entente peut donner lieu, lorsqu'il s'agit de grands travaux, à une manipulation boursière. En effet si un groupe important, coté en bourse, devient titulaire d'un gros marché, et que ce marché est obtenu après entente, les personnes qui sont au courant peuvent utiliser ces informations pour leur bénéfice propre. Il devient possible avant la publication du résultat d'acheter, à bon prix, des actions de la société lauréate, actions dont la valeur augmentera automatiquement lors de l'annonce de cette bonne nouvelle. Il ne restera plus qu'à revendre avec un bénéfice immédiat.

De la même façon la vente d'actions d'une société, avant l'annonce de sa mise à l'écart dans un grand contrat, permet de prévenir la baisse de valeur qui interviendra mécaniquement après cette annonce.

Si la situation le permet, utiliser ces deux leviers apporte un double gain. En outre, dans la mesure où l'opération ne porte que sur un nombre limité d'actions, elle devient très difficile à déceler.

Ces pratiques ne peuvent pas être négligées car elles peuvent donner lieu à des gains substantiels et, si les conditions sont réunies, matérialiser un délit d'initié.

4.4. La procédure négociée

Tous les marchés négociés étaient, *a priori*, suspects aux yeux des contrôleurs car la négociation directe entre un décideur et un fournisseur peut donner lieu à toutes sortes de manipulations engendrant fraudes, détournements de fonds publics et corruption. C'est la raison pour laquelle le recours à cette procédure n'était autorisée que dans un certain nombre de cas particuliers limitativement énumérés par les Directives

²⁹ il semble que la notion de secret des offres soit en général peu respectée.

³⁰ Qui peuvent être fabriqués pour eux par le candidat désigné pour obtenir le marché, notamment à l'aide de logiciels spécialisés.

européennes et les différentes réglementations nationales³¹ parmi lesquels on accordera une attention toute particulière aux cas suivants :

a. Essais, recherches et expérimentations

Bien que cette technique exige que le décideur fournisse des justifications sur le caractère expérimental ou de recherche des travaux, fournitures ou services qu'il commande, tout grand ouvrage d'art, tout bâtiment spécialisé peut facilement entrer dans cette catégorie. Mais, si la justification est acceptable pour ce type d'ouvrages, elle ne l'est plus lorsqu'il s'agit de constructions courantes et habituelles (ouvrages d'art types, construction de bâtiments d'habitations suivant un modèle ou d'ateliers industriels aux caractéristiques classiques, ...).

b. Après un appel d'offres infructueux

C'est le cas le plus fréquent. Il est aisé à employer puisqu'il suffit de fixer des caractéristiques techniques élevées et un faible prix de marché pour que l'appel d'offres soit déclaré infructueux. Lors de la « négociation », il est alors facile de réduire les prestations pour les ramener au niveau des normes habituelles et ou de majorer l'enveloppe financière initiale pour que l'on puisse, moyennant « compensation », faire obtenir le marché à l'entreprise la plus accommodante³².

c. En cas d'urgence ou d'urgence impérieuse

Ce procédé est et a été souvent utilisé même si la jurisprudence nationale et communautaire a contribué à limiter considérablement les cas qui peuvent relever de cette disposition (événement totalement imprévisible et risques graves si les travaux ou les achats ne sont pas faits immédiatement).

c. Secret défense ou intérêt supérieur de la Nation

La Jurisprudence de la Cour Européenne de justice a, dans un certain nombre de cas, contribué à limiter le recours à cette notion, ce qui a permis de réduire sensiblement son importance, tant au plan national qu'au plan communautaire. On ne devrait donc plus voir des achats de couvertures pour l'armée soumis au secret défense et des travaux de peinture dans un consulat pour lesquels l'intérêt supérieur de la Nation a été invoqué.

Comme on vient de le voir, aucune procédure de consultation ne permet d'éviter les risques de fraudes et de corruption. Il faut donc bien admettre qu'il n'y a pas une procédure spécifique qui favorise les comportements délictueux, mais qu'il existe des individus malhonnêtes utilisant les failles que présentent les différents types de procédures pour parvenir à leurs fins par des manœuvres frauduleuses susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale.

³¹ Il n'en est plus ainsi dans tous les pays puisque la France, notamment, a autorisé l'utilisation de cette procédure pour tous les marchés de fournitures, de services et de travaux inférieurs aux seuils (Code des marchés publics de 2004)

³² C'est, à notre avis, le cas où les détournements sont les plus faciles à réaliser. Les contrôleurs devraient s'y intéresser par priorité.

4.5. Procédés permettant de ne pas lancer un marché

La passation d'un marché relevant de l'application du code des marchés publics est imposée pour tout contrat dépassant un seuil fixé par Etat membre³³, mais un certain nombre de procédés sont employés par les décideurs pour se dispenser de l'application de cette procédure qu'ils jugent « trop aléatoire » lorsqu'il s'agit de choisir une entreprise bienveillante à leur égard. Ils s'efforcent donc de se placer dans des situations où elle n'est pas applicable.

a. Fractionnement artificiel de la prestation

Le procédé le plus simple à mettre en œuvre consiste à se placer dans le cas où la procédure des marchés publics n'est pas applicable, c'est-à-dire à lancer des contrats inférieurs aux seuils. Pour y parvenir, il suffit de découper « intelligemment » l'opération.

Dans le bâtiment, par exemple, plutôt que de lancer un appel d'offre sur la totalité de l'opération, c'est-à-dire l'ensemble du bâtiment, les consultations seront effectuées par corps d'état: plombier, vitrier, peintre, menuisier... Certes cette pratique est interdite, mais on peut s'arranger pour qu'elle soit difficile à découvrir en utilisant différentes adresses pour le même bâtiment, tantôt sur une rue, tantôt sur l'autre. En outre, on échelonne les contrats dans le temps et, au besoin, on garantit que le local est utilisable en l'état, que les différents contrats de travaux ne sont pas liés, qu'ils ne conditionnent pas cette utilisation.

En clair, on essaye de tourner la notion d'ouvrage ou d'opération.

Exemple :

Lors de la construction d'un stade (40 000 spectateurs assis prévus, pistes d'athlétisme olympiques...) par une collectivité locale soumise au Code, le seul « marché public » concernait la construction du logement du gardien.

b. Fractionnement artificiel de la facturation

On peut aussi jouer sur le fait que, par suite de la concentration et des rachats, la même entreprise peut avoir de nombreuses raisons sociales différentes. Aussi, lorsque le cumul de plusieurs commandes doit, au cours du même exercice budgétaire, dépasser le seuil, ce qui nécessiterait, au moins, la signature d'un marché de régularisation, on demande au fournisseur de présenter ses factures sous une autre identité. A chaque « entreprise différente » on confie un volume de contrats inférieur au seuil et on peut continuer à travailler dans le cadre de procédures de consultation sommaires.

³³ En France, les seuils sont, depuis janvier 2004, pratiquement identiques aux seuils européens.

5. Les dérives pendant l'exécution du contrat

Dans les chapitres précédents on a rencontré, essentiellement, des dérives « fines » puisqu'il s'agissait de fausses prestations intellectuelles, de faux projets, de commissions illégales et de montages permettant de faciliter les dérives lors de l'exécution du contrat. Lorsque l'on entre dans la phase de réalisation du marché, on trouve toujours ces montages mais on est, le plus souvent, confronté à des prestations matérielles non réalisées ou mal faites, du travail clandestin (ou au noir), des surveillants et des contrôleurs complices de détournements ainsi qu'à un ensemble de pratiques, de tours de mains, profondément intégrés dans la tradition du métier concerné. Tous ces « artifices » permettront au titulaire du marché de générer les flux financiers nécessaires à la réalisation du pacte corrupteur.

Lorsque le contrat a été attribué, plusieurs situations peuvent se présenter. Le cas le plus simple est celui d'une exécution régulière et transparente, même si le titulaire du marché a été favorisé au moment de l'attribution du contrat. Mais, il y a aussi les cas où, au moment de la signature du contrat, le décideur impose au titulaire du marché le versement de « commissions ». Celui-ci n'ayant pas été informé préalablement de cette contrainte, rien n'a été « prévu » pour favoriser ce versement illicite. L'entreprise subit alors un véritable racket puisque, si elle ne paye pas, elle ne reçoit pas la notification du contrat et ne peut donc pas travailler. En outre, si cette notification tarde trop, toute la procédure peut être annulée. Dans d'autres circonstances, les entreprises savent qu'elles vont devoir verser des « commissions » et elles ont tenu compte de cette contrainte en élaborant leur offre. Enfin, il existe des cas où le cahier des charges a été élaboré, avec ou sans la complicité de l'entreprise, en vue de faciliter les montages qui permettront de détourner les sommes que le décideur veut se voir attribuer à titre de compensation ou d'indemnité.

Bien que les situations soient identiques si l'on réalise des travaux, si l'on exécute une prestation de services ou si l'on achète des fournitures, les modalités pratiques et les usages diffèrent dans chaque domaine. C'est pourquoi il convient d'examiner chacun d'eux.

5.1. La livraison de fournitures

S'agissant de fournitures, les détournements sont faciles à appréhender, sinon à déceler. En effet, ils ne peuvent pas se produire pendant la fabrication des produits car ceux-ci sont, généralement, élaborés en usine suivant les spécificités du fabriquant (produits achetés sur catalogue} ou suivant celles qui sont inscrites au cahier des charges (fabrications spéciales}. Il en existe cependant plusieurs formes.

a. Les remises

Lorsque l'acheteur obtient du fournisseur des remises promotionnelles, quantitatives ou autres, celles-ci sont, généralement, intégrées à la facturation sous forme de rabais ou de majoration des quantités livrées. Mais il n'en est pas toujours ainsi et il arrive que ces remises soient versées directement à l'acheteur :

- Un compte est ouvert, chez le fournisseur, au nom de l'acheteur. Ce compte est alimenté par des avoirs correspondants aux ristournes qui n'ont pas été intégrées dans la facturation. A l'aide de ce compte, l'acheteur acquiert ce qu'il souhaite, parmi les fabrications de la maison. Parfois il l'utilise pour acquérir des matériels pour lesquels il ne dispose pas de crédits ou qui sont soumis à des autorisations administratives difficiles à obtenir. Parfois aussi il achète pour son propre compte, pour des membres de sa famille ou pour ses amis. Les marchandises concernées ne figureront dans aucun inventaire car elles n'ont pas d'existence légale.
- Paiement de la ristourne par versement de la somme correspondante sur un compte qui n'est pas exactement celui de la collectivité mais celui d'une association liée à l'acheteur dont le nom est très voisin comme cela se pratique dans le secteur privé. Ce procédé permet de doter de moyens financiers ou matériels, des structures parallèles (associations liées au décideur, par exemple). Il a

pour principal intérêt de leur donner les moyens d'acheter tout ce dont elles ont besoin et pas seulement ce qui figure dans le catalogue du fabricant.

Exemple :

Lors d'un grand évènement sportif des contrats ont été passés par une société bien connue, avec un organisme public nommé XYZT. En accord avec les dirigeants, les ristournes quantitatives ont fait l'objet d'une facturation à part, établie au nom de XYZt, association domiciliée à la même adresse et dont un élu était le président.

- Livraison à une organisation amie de la part des marchandises qui correspond à la promotion faite à l'acheteur (achetez 3 produits et recevez-en 4 pour le même prix, par exemple). Trois produits sont achetés, livrés et payés par l'acheteur au tarif normal, le 4^e, qui est gratuit, est livré plus tard et une autre adresse. Ce procédé permet de doter une structure amie, ou des particuliers, de matériels ou de moyens de fonctionnement.

b. Modifications de la commande

Il est aussi possible de modifier la commande. Un produit est commandé et facturé. Juste avant la livraison, on demande au fournisseur une modification de la commande pour recevoir un produit moins onéreux. La facture établie d'après la commande initiale est envoyée à la collectivité. Comme le prix payé est supérieur à celui des marchandises livrées, l'entreprise remet un avoir ou un chèque, en remboursement de cette différence. Mais, avoir ou chèque sont établis à un ordre voisin mais différent de celui de l'acheteur. Ce procédé implique, chez l'acheteur, la connivence de la personne chargée de vérifier le service fait (car la facture et la marchandise livrée ne correspondent pas) et, dans l'entreprise, des irrégularités dans les écritures car le remboursement n'est pas établi au nom du client, encore que l'on utilise parfois des dénominations suffisamment proches pour que l'on puisse facilement se « tromper ».

Un autre procédé, beaucoup plus aisé à mettre en œuvre, consiste à donner au produit acheté un nom générique qui ne correspond pas exactement à celui de l'objet que l'on veut acquérir (par exemple, on appellera « machine à écrire » une imprimante) mais qui porte les références exactes de l'objet livré, le prix étant fixé par accord entre acheteur et fournisseur. Ce système sert à acquérir du matériel que l'on ne pourrait pas acheter autrement par absence ou insuffisance de crédits spécifiques. Mais il permet aussi de procéder à des détournements de fonds publics pour en tirer bénéfice à titre personnel.

c. Les reprises de matériels

Lors d'un achat de matériel, il arrive aussi souvent que l'acheteur doive se débarrasser du matériel utilisé précédemment parce qu'il est usé, cassé, inadapté ou simplement devenu obsolète, même s'il est encore en bon état de fonctionnement. Généralement, le possesseur se débarrasse de ces vieux produits en les revendant à très bas prix, soit directement, si son statut le lui permet, soit par l'intermédiaire d'un service spécialisé dans cette tâche (en France : Service des domaines). Dans ce dernier cas il ne tire aucun bénéfice de cette vente dont le produit tombe directement dans les caisses de l'Etat. Mais il arrive que l'acheteur puisse s'entendre avec le fournisseur pour que celui-ci lui reprenne les marchandises devenues inutiles. Un prix de reprise, généralement très bas, est convenu dont il faut, dans certains cas, déduire les frais de déconnexion, de démontage et de transport du matériel. La somme finale, généralement modeste, vient en déduction du prix du matériel neuf ou sous la forme d'avoir au profit de l'acheteur du matériel neuf.

Lorsque les matériels en cause sont des matériels informatiques ou bureautiques encore en état de fonctionnement, il arrive que l'on trouve des montages un peu plus compliqués qui permettront de mieux valoriser ce transfert de possession. Le matériel ancien est démonté et transporté dans un entrepôt pour y être détruit. Le prix du démontage et du transport correspond au prix de reprise fixé. L'entreprise titulaire du marché (qui fournit le matériel neuf) se trouve donc en possession de marchandises qui ont une valeur

commerciale comptable nulle (prix d'acquisition égal aux frais de démontage et de transport) mais qui sont toutefois en parfait état de marche. L'entreprise peut donc s'en débarrasser sans que ce transfert intervienne dans sa comptabilité. C'est pourquoi elle revend cette marchandise à un acheteur spécialisé dans la reprise de stocks (un broker) qui, suivant son état, pourra lui-même la revendre, soit comme matériel d'occasion, soit, après démontage, comme pièces de rechanges. Le prix déclaré de cette transaction entre l'entreprise et le repreneur de stocks sera de zéro franc. Par contre, l'entreprise se verra remettre une somme en liquide qu'elle pourra, soit conserver en totalité pour se constituer une caisse noire, soit, plus vraisemblablement, remettre, en partie, au possesseur initial (l'acheteur de matériel neuf) à titre de « remerciement ».

5.2. Exécution d'une prestation de services

La réalisation d'une prestation de services peut également donner lieu à des dérives mais les mécanismes sont généralement plus sophistiqués que lors des achats de fournitures. Nous ne parlerons pas ici des phénomènes purement internes à la société de services puisqu'ils correspondent à des fraudes fiscales (dissimulation de bénéfices) n'ayant pas obligatoirement de lien avec la corruption, même si, dans certains cas, la nécessité d'accroître les recettes et les bénéfices est imposée par l'obligation de verser une « indemnité » après obtention du marché.

a. Modification des prestations

Dans un certain nombre de cas, un accord entre le décideur et le prestataire conduit, après l'attribution du marché, à une révision à la baisse des prestations figurant au cahier des charges. Il s'agit, en effet, de réduire la qualité des prestations imposées au fournisseur pour lui permettre de verser une commission au décideur.

Exemple :

Un contrat a été passé pour l'entretien des bureaux. Ce contrat prévoyait un nettoyage complet et quotidien du mobilier de chaque bureau. Après négociation, seuls les poubelles et les cendriers seront vidés chaque jour³⁴ alors que le nettoyage quotidien des bureaux est remplacé par un nettoyage hebdomadaire. Une partie de l'économie réalisée est reversée au décideur, soit sous forme de prestation de service (nettoyage et entretien de son habitation personnelle), soit en cash lui assurant un revenu régulier sur plusieurs années puisque le contrat, pluriannuel dès l'origine, est régulièrement reconduit.

Lorsqu'il s'agit d'une prestation intellectuelle, un accord verbal entre le donneur d'ordre et le prestataire de services suffit pour que celui-ci limite sa prestation. On peut, de cette manière, réduire sensiblement la charge de travail prévue, limiter les exigences, et permettre au prestataire de se libérer de ses obligations contractuelles à bon compte, tout en respectant l'obligation de fournir les rapports d'étape qui servent, généralement, à déclencher le versement des acomptes. Il ne reste plus au prestataire qu'à verser la « contribution » prévue exigée par le décideur.

b. Doubles (ou multiples) paiements

Un autre procédé consiste à commander une étude qui existe déjà. Il s'agit, après attribution du contrat, d'habiller en termes nouveaux, une étude que le décideur ou le prestataire possède déjà. Ce travail dit de « recyclage » a une rentabilité particulièrement élevée et permet de partager des gains substantiels car le décideur achète, sous un autre nom, une prestation qu'il a déjà reçue et payée. Ce procédé peut même être pratiqué plusieurs fois de suite. Il s'agit donc d'un moyen d'utilisation aisée difficile à déceler si l'on n'est pas informé de l'existence de la première étude, qui porte d'ailleurs un autre nom.

³⁴ Cette précaution est prise pour que la réduction de la prestation ne soit pas perceptible par les employés du décideur, dans la mesure où le prestataire vient chaque jour travailler dans les bureaux.

5.3. Réalisation de travaux

C'est le cas le plus complexe puisque la réalisation de travaux publics ou la construction de bâtiments s'effectue par étape, chacune étant susceptible d'être confiée à des entreprises différentes, liées ou non entre elles par des contrats de groupement ou de sous-traitance. Si l'on tente de clarifier les problèmes, on peut se rendre compte que les dérives proviennent de l'existence de nombreux travaux dits préparatoires qui sont souvent traités indépendamment du marché lui-même, de travaux supplémentaires quelles que soient les raisons de ces suppléments, et de travaux dont la réalisation ne sera pas effectuée ou ne sera pas conforme au cahier des charges de la consultation. Notons également que, dans toutes les opérations, on retrouve les mêmes personnes: chef de chantier, conducteurs de travaux, représentant du bureau d'études pilote de l'opération, qui sont dans un état plus ou moins grand de subordination par rapport au titulaire du marché et qui trouveront sans doute plus aisé de ne pas s'opposer à la réalisation d'une manipulation dont ils sont témoins ou complices, mais de prélever, au passage, leur propre dîme, quand ils ne sont pas eux-mêmes les organisateurs de la manipulation.

a. Les travaux préparatoires

La construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage de génie civil nécessite l'acquisition du terrain d'assiette sur lequel doivent souvent être entrepris, avant les travaux proprement dits, des travaux dits préparatoires. Ils peuvent être indispensables à la réalisation de l'ouvrage lui-même (travaux de préparation des sols et de démolition, par ex.), rendus obligatoires en fonction de contraintes extérieures ou imposés par des contraintes spécifiques au chantier (transport des déblais, détournement et rétablissement des circulations, prise en compte de l'environnement paysager, etc.). Ces travaux sont généralement sous-traités par le titulaire du marché et ils donnent lieu à des contrats de droit privé. C'est la raison pour laquelle ils sont souvent suspectés de servir à camoufler des détournements grâce au procédé, déjà mentionné, de la surfacturation.

Le titulaire du marché choisit les sous-traitants de premier niveau et soumet son choix à l'agrément du maître d'ouvrage. Ensuite, chacun de ces sous-traitants pourra en choisir d'autres pour réaliser une partie des travaux. Ce sont ces sous-traitances en cascade qui permettent de dégager les sommes qui seront versées au décideur en utilisant le système des fausses factures ou du travail au noir.

Mais le décideur peut également choisir de faire lui-même ces travaux préparatoires puisqu'ils sont souvent indépendants du contrat principal dans la mesure où leur exécution n'implique pas la réalisation immédiate de la totalité ou d'une partie de l'opération. Pour pouvoir bénéficier de commissions sur ces marchés, le décideur utilise des pratiques spécifiques.

Dans le cas des démolitions ou de la préparation des sols (arrachement des souches d'arbres), les marchés sont traités au forfait ou à prix unitaires fixés souvent arbitrairement. Si la concurrence existe, ce qui implique des prix unitaires réduits, on peut multiplier les unités (le nombre d'arbres à abattre, par exemple) ou invoquer des difficultés imprévisibles (nécessité d'utiliser du matériel plus puissant, par ex.) afin d'obtenir le versement de sommes complémentaires qui permettront à l'entreprise attributaire de ne pas réduire son bénéfice³⁵ tout en versant une commission au décideur.

Exemple :

Dans un chantier de travaux préparatoires passé sur la base de prix unitaires, étaient prévus l'arrachage des arbres et l'enlèvement de la couche de terre végétale sur le tracé de la future route. Des estimations avaient été faites : 20 centimètres de terre végétale en moyenne et 2 000 arbres de plus de 30 centimètres

³⁵ Ce bénéfice ne tient d'ailleurs pas souvent compte de la réutilisation ou de la revente des matériaux provenant des démolitions car ces produits n'ont, a priori, aucune valeur marchande bien qu'ils permettent parfois de dégager les premières sommes, en liquide, qui serviront à alimenter le pacte corrupteur. En outre, le titulaire du marché principal et le maître d'œuvre ne s'intéressent qu'au délai de libération de l'emprise.

de diamètre. Curieusement, les factures envoyées six mois plus tard, ont porté sur 40 centimètres de terre et 4 000 arbres. Ce doublement de la dépense n'a donné lieu, ni à contestation, ni à vérification !

Le transport des déblais peut, notamment à l'occasion de grands chantiers en milieu urbain, constituer un enjeu fondamental pour la collectivité. Ainsi, à Paris, pour le chantier de la Grande Bibliothèque, 900.000 tonnes de gravats ont été extraites et transportées par voie d'eau pour éviter des nuisances et la destruction de la voirie urbaine entourant le chantier. Pour la construction du Stade de France à Saint-Denis, le volume des déblais a largement dépassé 500.000 m³. Il en a été de même lors de la construction des métros de Munich ou d'Athènes. De tels marchés, payés à l'unité (m³ ou tonne transportés) sont susceptibles de générer des dérives corruptrices, quel que soit le mode de transport utilisé.

b. Les travaux supplémentaires

Les travaux supplémentaires sont souvent commandés à l'entreprise pendant la phase de réalisation d'un contrat. Ils sont commandés par le décideur, soit sous la forme d'avenants au contrat initial, soit sous la forme d'ordres de services. Dans tous les cas, leur justification devrait être exclusivement d'ordre technique.

Travaux supplémentaires commandés par « ordre de service »

Lorsque, par suite d'une estimation erronée, il arrive que les travaux prévus ne soient pas suffisants pour atteindre l'objectif recherché (la quantité de remblais à mettre en œuvre est insuffisante, le volume des purges à effectuer est plus important que prévu, la mauvaise qualité localisée du sous-sol impose la réalisation de fondations plus importantes, de pieux plus longs ou plus nombreux, ...), le maître d'ouvrage commande la poursuite des travaux par simple « ordre de service » pour autant que les quantités supplémentaires ne dépassent pas, de plus de 20 %, l'estimation initiale³⁶. Comme il est très difficile, en l'occurrence, de faire la part entre une mauvaise estimation volontaire ou accidentelle, on voit que, comme dans le cas de travaux faisant l'objet d'un tel avenant, toutes les dérives sont possibles.

Travaux supplémentaires faisant l'objet d'un avenant

Lorsque le volume des travaux supplémentaires dépasse l'estimation initiale, la conclusion d'un avenant au contrat est obligatoire. La justification des avenants n'est pas toujours aussi évidente qu'elle le semble à première vue car il arrive que ce procédé soit utilisé pour permettre à l'entreprise de verser des commissions conséquentes au décideur.

a) Il peut advenir que l'estimation ait été mal faite ou que des événements imprévisibles interviennent ou viennent à être connus en cours de chantier (terrain d'assiette pollué par des hydrocarbures sur une profondeur plus importante que prévu lors de la construction du Stade de France à Paris) pour que l'on soit contraint de conclure un avenant.

b) Il peut advenir que la conclusion de l'avenant soit la conséquence d'une estimation volontairement sous-évaluée de certains postes de travaux (cf. : § 3.2 « les détournements organisés à terme ») ou d'une absence volontaire de prise en compte de l'intégration dans le site d'un ouvrage ou d'un bâtiment (il manque des parkings, une route d'accès...). Dans ce type de travaux, on se trouve, soit face à une difficulté technique imprévisible réelle, soit face à une étude dans laquelle certains éléments ont été volontairement mal calculés ou tus afin que le titulaire du marché ait une possibilité technique de constituer ou reconstituer des marges suffisantes qui seront, en partie, utilisées pour verser des commissions au décideur. Dans les deux cas, la poursuite des travaux s'effectue sans nouvel appel d'offres, au prix unitaire fixé par l'attributaire du marché dans son offre. Comme l'entrepreneur a été

³⁶ Le prix payé à l'entrepreneur est calculé à partir de celui qui figure sur le bordereau des prix unitaires qu'il a remis avec son offre.

informé de ces minoration volontaires des quantités, il a prévu des prix unitaires élevés pour les travaux concernés et il a pu proposer un prix intéressant pour obtenir le marché. En effet, bien que son offre globale ait été moins chère que celle de ses concurrents, il est assuré de pouvoir reconstituer ses bénéfices et générer des profits sans grands risques. Il en est de même si les documents ont majoré volontairement certains travaux difficiles à réaliser. Informé de ces « errements », il a pu calculer son offre au plus juste et obtenir le marché tout en réalisant des bénéfices. Comme il est toujours difficile de faire la part entre une erreur volontaire et un événement imprévisible, il peut facilement dégager les moyens financiers qui lui permettront de manifester sa reconnaissance au décideur.

Les « extensions » du contrat initial constituent une autre forme, malheureusement fréquente, des travaux supplémentaires. Dans ce cas, le décideur, satisfait de la qualité de la prestation fournie par l'entreprise, décide d'étendre sa mission: au lieu de refaire la route sur deux kilomètres, elle le sera sur trois, par ex. Cette pratique, habituelle chez certains décideurs, fausse les règles de la concurrence et elle est de plus en plus souvent condamnée par les autorités compétentes, lorsqu'ils arrivent à la détecter !

Beaucoup plus graves sont les travaux supplémentaires sans lien avec le marché proprement dit qui sont exigés par les décideurs et dont la prise en charge par l'entreprise n'est justifiée que par le simple fait qu'elle vient de se voir attribuer un (gros) contrat. Ils peuvent être réalisés au bénéfice de la collectivité (le goudronnage d'une place par exemple) mais peuvent aussi l'être au bénéfice personnel du décideur comme la construction d'une piscine privée, la restauration d'un bâtiment... Dans les deux cas ils impliquent l'existence de faux documents dans la comptabilité de l'entreprise.

Exemple :

Après la construction de l'autoroute de la Maurienne, l'inspection générale des Finances a dénoncé dans un rapport de 1998, les dérapages financiers, la désresponsabilisation et l'irréalisme auquel donnent souvent lieu les grands travaux d'aménagement. Elle a ainsi dénoncé la construction d'un « luxueux » centre d'exploitation dans lequel chaque agent [en principe appelé à travailler sur la route] dispose de plus de 17 m² de bureau, l'existence de cinq diffuseurs complets [échangeurs autoroutiers] dans une vallée habitée par seulement 41 000 habitants, le financement d'un club sportif par la société...

Les manuels techniques considèrent, par contre, cette autoroute comme « une réalisation exemplaire, réalisée dans le respect du calendrier, caractérisée par la qualité de son architecture et de son intégration à l'environnement ». Comme quoi rien n'est jamais simple !

c. Les travaux modifiés ou non faits

Conséquences de l'élaboration « biaisée » des prescriptions techniques (cf. § 3) ou utilisées seulement lors de l'exécution des travaux, deux autres types de dérives concernent les travaux non faits alors qu'ils étaient prévus au cahier des charges, et les travaux modifiés par rapport à ce même cahier des charges. Les travaux prévus avec des normes précises et parfois élevées sont, soit non réalisés, soit réalisés en se référant à des normes conventionnelles. Cela permet à l'entreprise de dégager des marges importantes qu'elle pourra s'approprier ou reverser au décideur. La connivence des services chargés du contrôle des travaux et de la certification du service fait est indispensable puisque les travaux réalisés sont différents de ceux prévus au contrat. Dans la pratique, l'entreprise ne réalisant pas un certain nombre de prestations voit son bénéfice s'accroître sans qu'elle ait besoin de recourir au système des fausses factures. C'est chez le décideur que tout se passe puisque c'est lui qui se charge de certifier (ou de faire certifier) par un organisme de contrôle « ami » que les travaux réalisés sont conformes aux documents remis à l'entreprise.

6. La lutte contre les fraudes et la corruption

Le secteur des marchés publics peut être le cadre d'un grand nombre de fraudes dont les plus « classiques » ont été décrites dans les chapitres précédents. Comme dans les marchés privés, toutes ces fraudes, ces détournements, ces corruptions ne sont possibles que s'il existe une volonté délibérée de tourner la réglementation qui s'accompagne, dans la plupart des cas, de l'existence d'une connivence entre deux ou plusieurs des acteurs qui interviennent tout au long du déroulement du processus: décideurs, services du décideur, architectes, bureaux d'études et autres services techniques, contrôleurs, entreprises et fournisseurs. Dans cette énumération il convient d'ailleurs de ne pas oublier certains responsables d'agences bancaires car l'essentiel de l'argent qui se transmet, en liquide, du corrupteur au corrompu provient de leurs guichets et ils ne peuvent pas ignorer son origine.

Pourquoi une telle fraude, pourquoi tant de connivences dans un secteur qui est pourtant encadré par une réglementation abondante ? Peut-on les détecter ? Peut-on les sanctionner efficacement ? Les réponses à ces questions sont loin d'être évidentes.

6.1 Les fraudes : description et tentatives de parades

Avant de s'intéresser aux raisons qui pourraient justifier l'existence de la fraude et de la corruption dans les marchés publics, on peut, d'ores et déjà, rappeler un postulat qu'il ne faut jamais perdre de vue: *la fraude n'est jamais gratuite.*

a. La fraude

La fraude n'est pas un jeu. Comme toute action qui présente des risques, elle n'est envisageable, possible ou souhaitable que si le risque encouru est inférieur au bénéfice attendu. La fraude doit donc être considérée comme l'un des facteurs économiques ou politiques qui motivent la prise de décision. Si les contrôles sont tels que le risque de se faire prendre est particulièrement élevé, les cas de fraude seront moins nombreux que si les contrôles sont inexistantes. Ce principe général trouve toutefois une exception majeure : l'obligation de survivre. Cela explique, par exemple, que, si dans certaines circonstances, pour assurer la survie d'un individu, d'une entreprise ou d'un groupe, la fraude est l'unique moyen utilisable, les tentatives auront lieu, quel que soit le risque couru, puisqu'il n'existe plus d'autre alternative. Ainsi, l'obligation pour une entreprise en difficulté de payer un pot-de-vin à un décideur pour obtenir un marché et d'éviter ainsi un dépôt de bilan pourra vraisemblablement l'inciter à mettre en place un ou des systèmes de fraudes, quels que soient les risques courus par ailleurs puisque, de toute façon, la situation est désespérée.

Mais, fraude et corruption ne se justifient pas seulement par un calcul mathématique de la probabilité d'être découvert et sanctionné. Le comportement des hommes et les décisions qu'ils prennent dépendent également de facteurs psychologiques nombreux parmi lesquels, outre ce qui est inné, l'éducation, la religion, la morale et l'éthique, notamment, tiennent une place considérable. La perte des « valeurs » et le matérialisme qui caractérisent notre époque ont donné la priorité à la réussite par l'argent. La fraude et la corruption sont d'autant plus acceptées que nombre d'individus sont prêts à tout pour gagner facilement l'argent, symbole de leur succès et de leur pouvoir. Une statistique américaine est, à ce sujet, particulièrement éloquentة puisqu'elle concerne ceux qui devraient être parmi les plus intègres, les auditeurs chargés de l'audit des plus grandes entreprises. Sur 100 personnes, 20 sont toujours honnêtes, 20 systématiquement malhonnêtes et les 60 autres choisiront l'une ou l'autre de ces deux options en fonction de l'existence ou non de contrôles.

Sanctionner les 20% qui sont malhonnêtes et prévenir les « dérives » des 60% qui n'ont pas encore choisi leur camp, tel est donc le challenge.

b. La technicité de la fraude

La fraude requiert une technicité certaine, aussi bien sur le plan technique et réglementaire que sur le plan psychologique. Pour bien frauder, c'est-à-dire sans se faire prendre, il faut parfaitement connaître la réglementation afin de profiter de toutes ses insuffisances ou de toutes ses zones d'ombre. Il faut aussi connaître les moyens et les méthodes de travail des professionnels, mais aussi des contrôleurs afin de se situer dans les zones les moins contrôlées ou dans celles qui se trouvent à l'interface de deux organismes de contrôle et que, de ce fait, chacun croit contrôlée par l'autre. Il faut, enfin, connaître les hommes pour savoir quand et comment on peut les amener à commettre des irrégularités.

La réglementation en matière de commande publique est très changeante. La plus ancienne des directives européennes existe depuis plus de trente ans, la plus récente d'une dizaine d'années mais une révision des textes vient d'être adoptée. Au niveau national, la législation européenne a été intégrée plus ou moins rapidement dans les textes existant, en les complétant (le plus souvent) ou en les remplaçant (rarement). Aujourd'hui, les dix nouveaux Etats membres de l'Union n'ont, au mieux, que depuis quelques mois une législation homogène semblable à celle des autres membres de l'Union. Par contre, l'application de cette législation est encore très profondément hétérogène. Il est donc encore difficile de s'y retrouver.

En outre, si les textes sont sensiblement équivalents pour les contrats dont les montants dépassent les seuils communautaires, il n'en est pas de même pour tous ceux, beaucoup plus nombreux (plus de 90%) qui restent inférieurs aux seuils. Là, les particularismes locaux se manifestent partout. Dans la pratique, certains Etats ont très souvent modifié leur propre législation. La France est, de ce point de vue, un exemple presque caricatural puisque pendant les six dernières années, il n'y a pas eu moins de 30 modifications importantes de l'ancien Code des marchés ainsi que deux nouvelles versions de ce Code (en 2002 et 2004). Cette réglementation en perpétuelle transformation provoque une *absence de sécurité juridique* qui gêne considérablement tous les utilisateurs et a ouvert largement la porte aux escrocs de toute nature qui ont parfaitement utilisé les carences et les contradictions des textes en vigueur à leur seul et unique profit, avec la complicité des représentants des entreprises ou celle des décideurs publics.

c. Défaillance des systèmes de contrôle

Malgré les lacunes des textes, la fraude et la corruption ne sont pas généralisées. Les contrôles existant ont permis de limiter l'expansion du système. En effet, dans tous les pays de l'Union européenne, y compris chez les nouveaux adhérents, des lois encadrent la commande publique et prévoient des contrôles sérieux sur les procédures et les processus d'achats. Il en est de même dans les pays qui ont signé les accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), qui traitent avec la Banque Mondiale ou le Fonds Monétaire International ainsi que de ceux qui ont affaire avec la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement (BERD) ainsi qu'avec la Banque Asiatique ou qui ont signé diverses conventions internationales pour lutter contre la corruption. Toutes ces organisations, toutes ces entités ont créé et mis en place leur propre réglementation « Marchés Publics » dont les règles sont identiques ou très largement semblables.

Le seul véritable problème tient à l'application de la loi. Dans tous les pays, en effet, plusieurs services, plusieurs ministères sont chargés de ces contrôles. Si les communications entre ces diverses entités étaient bonnes, les risques seraient considérablement réduits. Mais, tel n'est pas toujours le cas : pour des raisons tenant plus à une obligation de confidentialité (utilisation du « secret professionnel » pour éviter de divulguer des informations sur des procédures ou des contrôles en cours) qu'à des luttes de pouvoir entre ces différentes entités, les informations ne sont pas toujours transmises en totalité et en temps voulu aux autres services. Chacun contrôle donc dans sa propre sphère : les services des impôts vérifieront la

TVA, la douane les documents permettant les importations ou les exportations de marchandises, les services fiscaux la comptabilité des entreprises, les chambres des comptes celle des collectivités territoriales, les services de la concurrence la publicité des marchés publics ou les possibilités d'entente entre les candidats... Aucun d'entre eux, sauf exception, ne transmet systématiquement ses observations aux autres services. Les fraudeurs et les corrupteurs en profitent, les montages sophistiqués qu'ils réalisent ne peuvent donc pas être découverts ou alors très partiellement.

C'est donc l'absence de communication et de concertation entre les différents organismes de contrôle (qu'ils soient publics ou privés) qui fait le jeu des fraudeurs. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle certains pays ont créés des services spécialisés de lutte anti-corruption dont l'unique activité est de permettre ou de faciliter les échanges d'informations. C'est aussi la raison pour laquelle les nouveaux services spécialisés dans la lutte contre la corruption sont généralement chargés de contrôler les marchés publics en utilisant les vastes pouvoirs d'enquête dont ils disposent souvent. Le renforcement des systèmes de contrôle devrait donc permettre de limiter les risques de fraude ou de corruption, dans la mesure où les contrôleurs effectuent réellement leur travail et ne se contentent pas de vérifications purement formelles.

d. La défaillance des systèmes de sanction

De nombreux Etats ont adopté des pratiques libérales de gestion sans les sanctions correspondantes. Dans les marchés publics, les principales sanctions prévues par les diverses réglementations sont, bien souvent, limitées à l'annulation du contrat en cours (lorsque la réalisation n'est pas trop avancée) et à l'obligation de procéder à une nouvelle consultation. Pour que les corrupteurs ou les corrompus soient sanctionnés, le recours aux infractions pénales est nécessaire. Mais les preuves sont difficiles à obtenir et l'on se contente, le plus souvent, de « déplacer » les fonctionnaires suspectés en leur donnant, le cas échéant, une promotion pour éviter qu'ils restent en contact avec les entreprises. Dans les entreprises, les corrupteurs sont encore plus difficiles à découvrir (sauf dénonciations) et les sanctions inexistantes tant que l'individu n'a pas cherché à utiliser sa place pour servir exclusivement son intérêt personnel, ce qui, là aussi, est particulièrement malaisé à prouver.

Cette absence de sanctions à l'encontre des corrupteurs ou des corrompus est à l'origine du discrédit d'une partie des populations vis-à-vis de leurs élites nationales. En effet, il devient de plus en plus difficile d'admettre que les responsables de très graves malversations dans des organismes dont ils avaient la responsabilité ou le contrôle et qui ont, en outre, profité de leur situation pour s'enrichir de manière indue, puissent échapper à toute sanction, notamment pécuniaire, et être placés, plus tard, à la tête d'autres organismes encore plus importants faute, pour les juges administratifs ou pénaux, d'avoir pu obtenir les preuves matérielles des infractions dont ils sont accusés. Ce relatif « laxisme » de la Justice vis-à-vis de la délinquance « en col blanc » doit être rapproché de la sévérité qu'elle montre souvent vis-à-vis des petites gens qui, pour le non-remboursement d'une somme relativement faible et à la suite de circonstances exceptionnelles comme le chômage, risquent la prison ou la perte de la totalité de leur petit patrimoine. Seul un sursaut de conscience morale ou d'éthique paraît être susceptible de mettre fin à ce mouvement, notamment en modifiant, non les lois, mais les pratiques actuelles. Le rôle des associations de défense ou, plus encore, celui des médias est primordial si l'on veut y parvenir.

e. Les listes noires

L'un des moyens de sanctions imaginé pour lutter contre la corruption est l'inscription des entreprises coupables sur une « liste noire ». Les entreprises ainsi désignées sont écartées des consultations et ne peuvent plus obtenir de marchés publics pendant une durée comprise entre 3 et 5 ans. Cette mesure a pour principal objectif d'augmenter les risques courus par les entreprises convaincues d'avoir utilisé la corruption (prise au sens large) pour obtenir des marchés et, de ce fait, de décourager les corrupteurs. Or, si l'on y regarde de près, elle laisse beaucoup de zones d'ombres.

- Tout d'abord, il convient de rappeler que, dans 50% des cas de corruption ayant donné lieu à une enquête, l'entreprise est plus une victime (d'un racket organisé par le décideur) que l'instigateur d'une fraude. C'est bien elle qui organise diverses fraudes destinées à « payer » le corrompu, mais elle le fait, dans un cas sur deux, contrainte et forcée, sous peine de voir lui échapper un contrat pour lequel elle a remis l'offre économiquement la plus avantageuse.
- Il faut noter, ensuite, que la procédure de condamnation est longue et que l'entreprise ne sera sanctionnée que lorsque tous les moyens de recours auront été utilisés, ce qui peut prendre de 5 à 10 ans, années pendant lesquelles elle aura eu tout loisir de continuer à verser au décideur la « compensation » qu'il exige de toutes les entreprises qui obtiennent un contrat dans l'organisme dont il est responsable.
- En outre, il est aujourd'hui, de plus en plus difficile de condamner une entreprise. Les codes de conduite qui ont été mis en place prévoient systématiquement l'interdiction, pour l'entreprise, de faire appel à la corruption pour obtenir des contrats. Ainsi, lorsqu'un cas est découvert, ce n'est plus l'entreprise qui est accusée mais la personne qui a versé ou donné l'ordre de verser le pot-de-vin. La responsabilité morale de l'entreprise devient alors la responsabilité individuelle d'un salarié de l'entreprise. Il est sanctionné administrativement (exclusion le plus souvent) et le sera aussi pénalement car l'entreprise porte plainte pour abus de confiance et atteinte à son image.
- Par ailleurs, la notion d'entreprise à inscrire sur la liste noire n'est pas la même dans tous les pays. En Europe, toutes les entreprises participant à une holding peuvent être condamnées. Aux Etats-Unis, seules les filiales à plus de 50 % et dont le siège social est aux E-U peuvent être inscrites sur la liste noire. Cette discrimination qui est liée aux différences existant entre les systèmes de consolidation des comptes de part et d'autre de l'Atlantique, vient ternir l'image de cette sanction présentée souvent comme « morale ».
- Enfin, si l'entreprise est condamnée à être exclue de la procédure d'attribution des marchés publics, il n'est pas rare qu'elle doive être mise en liquidation. Les dirigeants corrompus trouvent facilement une autre entreprise à diriger. Par contre, les salariés perdent leur emploi et parfois leurs cotisations de retraite. Les victimes de la décision qui a été prise sont des « innocents » qui n'avaient aucun pouvoir de s'opposer aux choix opérés par leurs dirigeants. Ceux-ci, recasés dans de nouvelles structures, vont pouvoir poursuivre leur carrière sans problème. En fait, les coupables s'en sortent bien et les innocents paient. Sur un plan moral, ce genre de situation est inacceptable.

Par conséquent, « la liste noire » doit être considérée comme une « fausse bonne solution » pour réduire la corruption dans les marchés publics car elle s'attaque uniquement à ceux qui commettent les fraudes (et ce sont toujours les entreprises) et non à ceux qui sont les initiateurs du pacte de corruption. Mais elle a l'avantage d'être plus facile à mettre en œuvre par les magistrats et les enquêteurs car ils savent toujours où aller chercher pour découvrir la preuve des fraudes commises.

Prônée par ceux qui ont mis en place des moyens destinés à les faire échapper à toute condamnation (sociétés écrans, paradis fiscaux, intermédiaires divers...), la liste noire apparaît donc essentiellement comme une arme de guerre économique destinée à éliminer des concurrents potentiels pendant une période plus ou moins longue. Le procédé est particulièrement facile à mettre en œuvre : il suffit de dénoncer aux autorités locales une tentative de corruption menée par un concurrent pour que celui-ci soit écarté de la consultation pour le marché en cours. De faux indices sont fabriqués par des spécialistes et des personnes travaillant chez le concurrent confirmeront, moyennant une forte rétribution, les pratiques « anti-concurrentielles » de l'adversaire momentané. Le temps que la Justice démontre la fausseté des accusations, le marché est attribué et échappe à celui qui a été accusé injustement. L'objectif est donc atteint.

f. *Le « whistleblowing³⁷ »*

Parmi les autres moyens « à la mode » pour lutter contre la corruption, les anglo-saxons recommandent l'usage d'une forme particulière de contrôle interne : le « whistleblowing ». Il s'agit, pour les employés d'une entreprise ou d'une administration, d'être celui qui donne le « coup de sifflet » qui va permettre de déclencher l'alerte, de dénoncer la fraude ou la corruption. Si, sur le principe, ce système, généralisé à toutes les entreprises américaines par la loi Sarbanes-Oxley de juillet 2002, doit permettre de rendre plus transparentes les décisions des grandes sociétés et reçoit donc un accueil favorable, chacun considère que, pas plus que tout autre système anti-fraude, il ne saurait être « la » solution miracle que tout le monde attend.

Plusieurs caractéristiques de ce procédé montrent qu'il n'est peut-être pas tout à fait adapté aux comportements des employés européens qui ne sont pas anglo-saxons.

- La première caractéristique de cette mesure est qu'elle fait appel à une notion, la dénonciation, qui possède une forte connotation négative aussi bien dans les pays de l'Europe de l'Ouest qui furent occupés par les nazis lors de la dernière guerre mondiale, que dans ceux de l'Europe de l'Est qui ont connus, jusqu'au début des années quatre vingt dix, des régimes totalitaires qui ne survivaient que par la peur et la délation.
- Toutefois, cette connotation négative n'est pas totale. Elle ne concerne que ce qui peut être considéré comme relevant de la sphère considérée comme « privée » ou comme n'étant pas particulièrement grave (c'est le cas, notamment, de la corruption qui est toujours considérée, dans l'opinion, comme « indolore » ou presque « normale » et ne concernant que l'Etat et non les citoyens). Par contre, s'agissant de crimes, de mise en danger de la vie d'autrui ou d'atteinte à l'honneur, les dénonciations sont généralement spontanées.
- Institutionnalisé après la déroute de l'entreprise ENRON pour, soi-disant, apporter une solution au problème, on se doit de rappeler que le whistleblowing existait déjà dans cette entreprise et n'a, en rien, pu prévenir des dangers qui guettaient la société ni atténuer les conséquences de cette faillite. Il s'agit donc d'une riposte de l'establishment à une perte de confiance de la population en ses institutions, une riposte « politique » destinée à montrer que l'on avait conscience du problème et qu'on mettait en place des systèmes auxquels on faisait semblant de croire.
- La faillite de l'entreprise ENRON est essentiellement due à une faillite des systèmes classiques de contrôle et à une accumulation de conflits d'intérêts. Plutôt que de supprimer ces contrôles (remplacés par les dénonciateurs internes), il semble préférable de les améliorer, de les renforcer, de réduire les possibles conflits d'intérêts entre contrôleurs et contrôlés. Sinon, le risque de démotivation et de démobilisation des organismes de contrôle ira grandissant et les dérives seront encore plus difficiles à détecter.
- Beaucoup plus grave, l'absence de protection des dénonciateurs constitue un obstacle très difficile à lever d'autant que, souvent, c'est le supérieur hiérarchique direct qui est mis en cause par l'employé. A qui doit-il alors s'adresser ? avec quelles garanties pour sa carrière dans l'entreprise ? En effet, ce genre de dénonciation est habituellement considéré comme une atteinte aux intérêts de l'entreprise et est sanctionnée par une exclusion de l'entreprise.
- Enfin, rien ne permet de dire que le dénonciateur n'est pas l'objet d'une manipulation. La guerre économique à laquelle se livrent les entreprises peut prendre diverses formes et de fausses preuves, de fausses accusations peuvent être facilement utilisées pour déstabiliser un concurrent. De même, sur un plan plus personnel, on pourra voir se multiplier des accusations peu ou mal fondées contre toute personne (supérieur ou subordonné) avec laquelle on peut avoir quelques difficultés d'ordre relationnel.

³⁷ Voir, sur ce sujet, le chapitre VI du rapport 2004 du SCPC, page 153 à 159 (édition des Journaux Officiels).

Avec une efficacité sujette à caution et des possibilités multiples de détournement, le système du whistleblowing présente suffisamment de « faiblesses » pour qu'il ne soit pas généralisé et mondialisé sans que l'on ait pris conscience des dangers nouveaux qu'il recèle. Ce n'est donc pas « la » solution miracle que tout le monde attend mais seulement un outil qui, dans certaines circonstances, peut aider à identifier certains risques.

6.2 Etayer les « soupçons » avant de lancer les enquêtes

La lutte et la prévention de la corruption dans les marchés publics ne sont pas choses aisées à mettre en œuvre. Pour pouvoir sanctionner, il faut prouver l'existence d'une ou de plusieurs infractions pénales. Mais, la recherche et la découverte des preuves prennent beaucoup de temps, beaucoup trop de temps pour que l'on puisse utiliser, pour vérifier chaque contrat, les méthodes qui permettent de trouver, presque à tous les coups, la preuve de l'infraction éventuelle. En outre, parmi la multitude des contrats ou de marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs, seule une petite quantité est passée en toute illégalité. Encore faut-il préciser que l'essentiel de ces irrégularités n'est pas volontaire. C'est la raison pour laquelle les méthodes « lourdes » de détection de la fraude ne sont que rarement mises en œuvre par les organismes de contrôle. Ils se contentent de les appliquer aux marchés qui leur semblent « suspects » ou à ceux sur la passation desquels ils ont reçu « des informations ». L'objectif que l'on doit alors se fixer consiste à mettre en place des batteries d'indicateurs permettant de faire naître ou de renforcer des soupçons sur telle ou telle opération. C'est seulement lorsque plusieurs « clignotants » se seront allumés que l'on se lancera dans des investigations poussées.

a. Les indicateurs

Le premier travail de contrôle des marchés publics consiste donc à mettre en place une « batterie » d'indicateurs pertinents et objectifs. Le SCPC a depuis longtemps travaillé avec des organismes de contrôle (services du Contrôle de Légimité, notamment) pour mettre au point de tels indicateurs sans que cela constitue une charge de travail supplémentaire (utilisation exclusive des informations déjà recueillies dans les services) pour les agents chargés de l'enregistrement des données³⁸. On obtient ainsi des tableaux statistiques contenant diverses informations telles que, par exemple :

- Fréquence (en nombre ou en montant) des marchés attribués à une entreprise ou un fournisseur donné (soupçon de favoritisme) ;
- Liste des entreprises remettant systématiquement une offre non retenue (pour des raisons de prix ou de qualité de la prestation) et que l'on voit apparaître comme sous-traitant du titulaire du contrat (soupçon d'entente) ;
- Fréquence des procédures d'appel d'offres ouvert ou restreint déclarées infructueuses et se concluant par une procédure négociée (soupçon de favoritisme) ;
- Allongement anormal des délais entre la désignation du titulaire du contrat et la signature de l'ordre de service (soupçon de corruption³⁹) ;
- Existence de liens entre le décideur (ou une personne de son service) avec le titulaire du marché (soupçon de prise illégale d'intérêt)...

Bien entendu, il ne s'agit là que d'exemples d'indicateurs de soupçons qu'il faudra confirmer ou infirmer par des recherches plus poussées. Mais ils permettent au contrôle externe de faire correctement son travail et de ne pas servir seulement de « boîte d'enregistrement ».

³⁸ Le résultat de cette recherche n'a toujours pas été généralisé à l'ensemble des organismes de contrôle.

³⁹ Ce délai est mis à profit par l'entreprise pour revoir ses prix et déterminer les postes sur lesquels elle pourra jouer (soit en diminuant ses marges, soit en réduisant ses prestations) pour trouver l'argent exigé par le décideur après attribution du contrat.

b. L'audit interne

Au delà de cette première étape qui ne concerne que les procédures d'attribution des marchés, on doit aussi s'intéresser à ce qui existe au sein de l'entité adjudicatrice elle-même :

- Existence de procédures formalisées pour la passation des contrats ;
- Existence d'un contrôle interne ;
- Indépendance du contrôle par rapport au décideur ;
- Existence de délégations claires...

On peut ainsi identifier certains facteurs de risques inhérents à l'organisation elle-même susceptibles de mettre en cause l'objectivité indispensable dans l'attribution des contrats publics. Un audit de l'entité, mettant en lumière ses points forts et ses points faibles s'avère donc indispensable dès que l'on a quelques soupçons sur la manière dont sont attribués les marchés.

Le résultat de cet audit interne permet d'élaborer une « cartographie des risques » de l'organisation. On en arrive donc à identifier les activités à risque (élaboration du cahier des charges, par exemple), les personnes à risques (les techniciens, le décideur, le responsable des services techniques, par exemple) ainsi que les mesures qui ont été prises pour échapper aux contrôles (absence de contrôle interne sur tous les contrats inférieurs à certains seuils, par exemple), celles qui sont en place par habitude (contrôle purement formel du marché par la cellule juridique, le contrôle du respect des procédures étant à la charge du bureau d'étude qui lance le marché) ainsi que les mesures qui conduisent, en fait, à donner, à certaines personnes, des pouvoirs excédant leurs compétences (tel technicien qui a conçu le projet est chargé également du contrôle de la procédure d'attribution du contrat et de son exécution, alors que son chef de service devrait surveiller le respect des procédures d'attribution et que le responsable territorial devrait vérifier la bonne exécution des prestations prévues).

Le principal problème que l'on rencontre alors est celui de l'indépendance des organismes de contrôle. Si l'on peut, en principe, penser que les indicateurs utilisés par un service de contrôle externe permettront de faire naître des soupçons sur certains contrats qui donneront lieu à une enquête plus poussée par la suite, rien ne permet d'affirmer que l'audit interne et la cartographie des risques seront pris en compte pour améliorer le processus existant. En effet, le contrôle interne rend compte au responsable de l'entité adjudicatrice qui n'a (peut-être) aucun intérêt à rendre la passation des marchés plus transparente et les mesures qu'il propose peuvent rester lettre morte si le chef de l'entité n'a pas la ferme volonté de les appliquer.

6.3 L'obtention des preuves

Suivre les procédures pas à pas en s'attachant à vérifier les liens de ceux qui les suggèrent ou les mettent en place avec ceux qui obtiennent les marchés, et cela, à toutes les étapes de la procédure, telle doit être la méthode de l'enquêteur. Les exemples fournis, ci-après, permettront de donner un aperçu des recherches à effectuer pour obtenir des preuves utilisables devant les juridictions.

a. La procédure

Parmi les infractions couramment rencontrées en matière de commande publique, la plus habituelle, sinon la plus fréquente, consiste à tout mettre en œuvre pour éviter d'appliquer la réglementation (qualifiée à cette occasion de lourde, complexe et dénuée d'intérêt) applicable aux marchés publics. On utilise alors deux techniques : la scission des contrats et l'absence d'appel à la concurrence. Dans les deux cas, les moyens de contrôle sont assez simples : le regroupement des contrats par fournisseur, même si les raisons sociales sont différentes, et le regroupement des contrats passés par des entreprises liées. On utilise les bons de commande et les bons de livraison que possède l'entité en les classant par lieu et nature des prestations. On procède au même regroupement à partir des documents internes à l'entreprise : bons de

commande et bons de livraison. Une annotation dans le compte client permet parfois de confirmer que les découpages ont été effectués à la demande de l'entité adjudicatrice.

Lorsqu'il n'y a pas eu d'appel à la concurrence, les mesures élémentaires de contrôle consistent à déterminer quelle est la personne qui est à l'origine du besoin, quelle est celle qui a signé le contrat et quelle est l'entreprise qui bénéficie de ce contrat afin de vérifier s'il existe des liens entre ces différentes personnes. Le dossier du maître d'ouvrage, le compte client dans l'entreprise ainsi que la répartition des parts sociales de l'entreprise permettent de vérifier l'existence de possibles conflits d'intérêts. Si l'existence de liens n'est pas démontrée, les investigations devront être poursuivies par l'examen des comptes bancaires des intéressés. Comme on le voit, le favoritisme peut parfois être facilement prouvé, mais la corruption demandera des investigations financières plus précises.

b. Les besoins

Pour pouvoir lancer un marché en faveur d'une entreprise, l'une des méthodes consiste à fausser l'estimation des besoins : on pourra alors lancer des projets inutiles ou plus importants que prévu. Les rapports justificatifs sont intéressants puisqu'ils permettent de connaître les raisons avancées par les initiateurs du projet. Outre une fausse estimation des besoins on devra vérifier que la solution envisagée était la plus avantageuse pour l'entité. Le remplacement de certains matériels qu'il était possible de réparer, l'absence de toute solution alternative constituent autant d'indices de possibles malversations. Il conviendra également de s'intéresser à la politique commerciale de l'entreprise. Ainsi, si l'entreprise pratique une politique d'intéressement des acheteurs (remises, ristournes, cadeaux, voyages...), il faudra vérifier les indications données sur l'état des stocks. Si des « voyages d'études » ont été organisés par un fournisseur, on contrôlera les commandes passées par les bénéficiaires de ces voyages (possibilité de corruption). De même, si des prestations indispensables semblent avoir été volontairement oubliées, on pourra toujours se demander si cela ne tient pas à une possible prise illégale d'intérêt (conflit d'intérêt) ou à la corruption de l'initiateur du contrat qui aura créé ainsi, pour l'entreprise attributaire, des opportunités pour des avenants ultérieurs indispensables qui seront payés au prix fort.

La vérification de la manière dont les besoins sont validés est indispensable. Bien souvent, en effet, c'est un décideur unique qui détermine les besoins, sans aucune consultation interne ou externe. L'existence d'un système de validation indépendant du décideur peut, a contrario, éviter de le soupçonner de fraude. La mise en place d'un tel mécanisme figure dans le nouveau code des marchés publics français qui reprend les recommandations des directives européennes, tout contrôleur devrait donc vérifier qu'un tel mécanisme a été mis en place et qu'il fonctionne correctement, car son absence est un indicateur de l'augmentation des risques de fraude.

c. Le cahier des charges

C'est lors de la réalisation du cahier des charges que l'on peut, le plus facilement et le plus discrètement, mettre en place des éléments qui permettront de favoriser une entreprise par rapport aux autres concurrents. Les moyens sont nombreux et difficiles à identifier clairement.

On peut justifier faussement que les prestations ne sont réalisables que par une seule entreprise. En cas de doute, le contrôleur devra s'assurer que justifications données (qui figurent dans le rapport de présentation à l'organe de décision de l'entité concernée) sont plausibles en faisant appel à un consultant extérieur. Il se rapprochera aussi du rédacteur de ces dispositions afin de savoir si elles ne lui ont pas été imposées, ce qui permettrait de faire porter les soupçons de conflit d'intérêt, non sur le rédacteur du cahier des charges, mais sur ses supérieurs.

Des données inexactes peuvent avoir été mentionnées dans le cahier des charges. Dans ce cas, la preuve du favoritisme ne pourra être obtenue de manière irréfutable que dans la mesure où l'on aura pu découvrir qu'elles l'ont été volontairement et que les informations exactes ont été communiquées au candidat favori. Les documents de travail et de calcul de l'entreprise pourront être une source d'informations intéressante puisqu'ils permettent de connaître les données de base sur lesquelles le bureau d'étude s'est appuyé pour estimer le coût du projet. Parfois, ils peuvent même faire apparaître le nom de l'informateur. Il ne s'agit donc pas ici des informations spécifiques qui ont pu être données (involontairement ou non) à une entreprise lorsqu'elle venait chercher ses dossiers mais bien d'une action concertée et mûrement réfléchie destinée à favoriser un candidat.

De la même manière, des prescriptions excessives par rapport aux normes habituelles sont toujours suspectes puisque la réalisation pourra être considérée comme conforme aux normes de sécurité, même si ces prescriptions ne sont suivies. Les vérifications, sur le chantier (tests, sondages...) ou dans les comptes de l'entreprise (achats de matériaux, par exemple) sont seules en mesure de prouver le respect des préconisations figurant au cahier des charges ou la nécessité de poursuivre les investigations pour découvrir l'initiateur de ce procédé et ses éventuels complices.

Les clauses omises de manière inexplicables dans le cahier des charges ou les documents qui l'accompagnent (cahier des clauses administratives générales, notamment), peuvent être des éléments de preuve pour l'infraction de favoritisme.

Exemple :

Un marché de travaux routiers avait comme principal critère de sélection des offres la durée du délai d'exécution. Une entreprise proposant un délai très court a été retenue, bien que ses prix aient été légèrement plus élevés que ceux des concurrents. Lors de la réalisation du projet ces délais n'ont pas pu être respectés. Or, lorsque l'entité a voulu faire jouer les clauses de pénalités pour retard, elle s'est aperçue que celles-ci ne figuraient pas dans les pièces officielles du marché. Aucune sanction n'a donc pu être prononcée contre l'entreprise et les recherches internes n'ont pas permis de savoir qui était à l'origine de cette anomalie.

Lorsque ces clauses de pénalité existent, la connivence entre le décideur et l'entreprise se manifeste par leur non-application. De même, si des prestations indispensables au bon fonctionnement du projet ont été omises dans le cahier des charges de manière inexplicquée et que l'on constate l'absence de contentieux ou de recours contre les auteurs de ces fautes professionnelles (maître d'ouvrage, architecte, bureau d'étude...), l'enquêteur doit légitimement soupçonner l'existence d'une ou de plusieurs infractions pénales.

Dans tous les cas, la recherche consiste, d'abord, à identifier les auteurs du procédé, l'initiateur et le rédacteur, pour déterminer, ensuite, l'étendue de leur implication personnelle et leur responsabilité dans l'infraction de favoritisme.

d. La consultation

Le choix d'une procédure de consultation plutôt que d'une autre est un moyen souvent utilisé pour favoriser une entreprise. Deux cas sont à étudier plus particulièrement : l'appel d'offres ouvert rendu infructueux et l'appel d'offres restreint.

Dans le premier, l'objectif est le recours à la négociation qui permettra d'attribuer plus facilement le marché à l'entreprise que l'on veut favoriser. La principale source d'informations se trouve alors dans le dossier client de l'entreprise ou, parfois dans ses achats (achats de produits avant l'attribution du marché).

Dans le second, l'objectif reste le même mais la manière de l'atteindre est différente : le choix de cette procédure est motivée par la technicité de l'opération ou par l'existence de brevets ou de procédés

exclusifs. L'enquêteur devra alors s'assurer que ces travaux particulièrement « techniques » n'ont pas été finalement sous-traités à une entreprise ne possédant pas les qualifications exigées. L'identification de l'auteur du choix de la procédure peut parfois permettre d'identifier un corrompu ou l'auteur d'un favoritisme.

Deux autres procédés peuvent aussi être employés pour sélectionner l'entreprise « amie ». Le premier consiste à réduire la publicité, le second à réduire les délais de consultation en utilisant la procédure d'urgence. Dans les deux situations, ce sont les motifs évoqués dans le rapport de présentation qui devront être examinés afin de vérifier que ces types de consultation n'ont pas été utilisés exclusivement pour favoriser une candidature.

e. Le choix du titulaire

Lors de la sélection du titulaire du marché, les membres de la commission d'appel d'offres sont susceptibles d'utiliser des procédés illicites, voire illégaux, pour permettre à leur favori d'obtenir le contrat. Ces procédés dont l'objectif est le favoritisme, les mettent en cause personnellement car ce sont eux qui vont commettre des irrégularités. Le fait que, dans de nombreux pays dont la France, les séances d'ouverture des plis et d'attribution des contrats ne sont pas publiques et les membres des commissions peu nombreux, favorise ces « arrangements entre amis ». Substitution de documents, exclusion d'entreprises qualifiées, offres incomplètes retenues, utilisation abusive des critères de sélection, utilisation de critères différents de ceux qui étaient annoncés, divulgation d'informations avant la négociation... tous ces procédés ont été et sont encore utilisés. La réunion étant confidentielle, seul son compte rendu est disponible pour l'enquêteur. Il lui est donc très difficile de prouver l'existence de ces manipulations. Sa seule source fiable est donc le compte client de l'entreprise retenue dans lequel il peut trouver trace de promesses de cadeaux en cas de décision favorable.

Dans un tout autre domaine, l'enquêteur pourra suspecter une entente entre les candidats dans les cas où un grand nombre d'entreprise réclame un dossier de consultation et seul un très petit nombre remet une offre. Ce risque d'entente existe aussi chaque fois que, notamment dans un appel d'offres restreint, on se trouve face à un nombre limité de candidats, toujours les mêmes. Dans ces deux cas des investigations dans l'entreprise pourront, éventuellement, permettre de découvrir des preuves de cette collusion.

f. La réalisation

La phase de réalisation des travaux ou des prestations est celle où se produisent la plupart des « dérives ». Elles sont dues, soit à la volonté de l'entreprise de profiter de ce marché pour en tirer le maximum de profit, soit à la nécessité, pour elle de trouver dans une réalisation « allégée » les moyens « d'économiser » les sommes nécessaires pour payer (corruption) le donneur d'ordre ou celui qui lui a fait obtenir le contrat.

Pour les enquêteurs, cette phase de l'opération ne nécessite pas d'investigations particulièrement difficiles : on est sorti de la procédure des marchés publics et l'on se trouve en terrain connu. Ce terrain est d'autant mieux connu que les fraudes, aussi nombreuses et variées soient-elles, nécessitent toujours la complicité d'un tiers. Pendant la phase de réalisation du marché, les fraudes consistent, en effet, à faire certifier comme conformes au cahier des charges, des prestations qui ne le sont pas ou ne le sont que partiellement. Ainsi, dans les marchés à prix global, l'effort portera sur la réduction des prestations alors que dans les marchés à prix unitaires il faudra majorer les quantités. Le rôle du contrôleur est donc fondamental car c'est lui qui certifie la conformité des prestations effectuées. Il met ainsi en jeu sa responsabilité personnelle, ce qui en fait le maillon faible de l'opération. La difficulté à laquelle sont confrontés les enquêteurs est donc, non pas de découvrir l'auteur de la fraude, mais plutôt quelle fraude a été commise.

Absence de contrôle des travaux ou des livraisons, absence de contrôle de la qualité, absence d'assurance qualité, contrôleurs intéressés à l'augmentation du montant des travaux, contrôleurs intéressés à la réduction des prestations, absence de contrôle des dépenses... dans tous les cas, le contrôleur engage sa responsabilité en signant des documents partiellement ou totalement faux. La meilleure façon de limiter les risques consiste alors à mettre en place des procédures de contrôle externe, encore faut-il que ce contrôle externe ne soit pas réalisé par un organisme lié à l'entreprise qui réalise les travaux, ce qu'il convient de vérifier systématiquement si l'on est amené à enquêter sur d'éventuelles irrégularités commises lors des contrôles du service fait.

g. Avenants et litiges

C'est très souvent lors de la réalisation de la prestation que des avenants au projet initial sont présentés et que des litiges interviennent entre le pouvoir adjudicateur et l'entreprise. Les avenants sont l'un des moyens habituellement utilisé pour augmenter le montant ou le volume des travaux. Ils doivent, en principe, être justifiés par des circonstances exceptionnelles. C'est toujours ce point fondamental qui doit être vérifié, peu importe donc que le montant de l'avenant soit élevé ou non⁴⁰. La seconde remarque concernant les avenants est qu'il est souvent important de savoir qui du maître d'ouvrage ou de l'entreprise est à l'origine de la demande. En effet, il n'est pas inintéressant de savoir si ce surcoût est dû à une imprévision réelle, à une modification du projet initial ou à l'ajout de nouvelles prestations non prévues au départ.

Le cas le plus susceptible de contenir des éléments frauduleux est celui des avenants particuliers que l'on appelle des « ordres de service ». Si, pour un travail donné, la quantité initiale a été mal calculée, l'entreprise est obligée de poursuivre ce travail au delà des quantités prévues pour exécuter l'ouvrage. L'autorisation de poursuivre donnée par le maître d'ouvrage s'appelle un « ordre de service ». Chaque fois que l'on est confronté à ce genre de situation, il convient de s'intéresser, d'une part aux justifications apportées et, d'autre part, au prix de ces prestations supplémentaires. Si les prix (on utilise habituellement ceux qui figurent dans le bordereau des prix remis par l'entreprise) s'écartent sensiblement des prix habituellement pratiqués, il est fort possible que l'on se trouve dans l'un des cas de favoritisme évoqués plus haut : l'entreprise a été informée que les quantités indiquées au cahier des charges avaient été minorées par rapport à la réalité. Elle a majoré son prix unitaire sur ce poste tout en présentant une offre globale moins chère que ses concurrents. Elle a donc pu ainsi obtenir le marché en sachant qu'elle retrouverait sa marge grâce à un avenant obligatoire.

Dans ces deux catégories d'avenants et dans les réclamations que l'entreprise adresse au maître d'ouvrage, la recherche de l'intention frauduleuse peut se manifester quelques fois par une inaction du maître d'ouvrage. Si les estimations du volume des travaux ont été mal faites, si des prestations indispensables ont été omises, la faute n'en incombe généralement pas au maître d'ouvrage mais au maître d'œuvre, au bureau d'études, au contrôleur technique... Or, dans la plupart des cas, aucune sanction n'est prise contre ces acteurs. Au contraire, leur rémunération étant proportionnelle au montant des travaux, les fautes qu'ils ont commises leur procurent des revenus supplémentaires. L'une des conclusions que l'on peut en tirer est que, pour le moins, il existe une complicité, sinon une collusion entre eux et le maître d'ouvrage. Toute enquête sur des fraudes se devra d'explorer cette particularité.

⁴⁰ La limite de 5% de la valeur du contrat fixée par la réglementation française apparaît comme totalement arbitraire et inadaptée puisque des avenants d'un pourcentage beaucoup plus élevés peuvent être parfaitement justifiés alors que ceux qui sont inférieurs à 5% ne le sont presque jamais dans la mesure où les prix proposés par les entreprises contiennent presque toujours une rubrique appelée « imprévus et divers » qui est généralement de l'ordre de 5%.

6.4 La prévention

La recherche des preuves est une entreprise longue et délicate qui nécessite des investigations nombreuses, aussi bien dans les services de l'entité qui lance le marché que dans l'entreprise qui a obtenu le contrat ainsi que chez ses sous-traitants. La recherche d'indices de fraude est donc indispensable et nécessaire, d'autant que les enquêteurs reçoivent rarement des informations exploitables directement. Mais ce travail préliminaire n'est pas seulement du ressort des enquêteurs. Il doit obligatoirement être réalisé par le service de contrôle interne de l'entité pour permettre à ses dirigeants de prendre des mesures qui limiteront les risques.

Les risques proviennent des situations (absence de contrôle par exemple) et des agents (besoins d'argent, parfois, mais aussi désir de « briller », de montrer que l'on a du pouvoir). Ils sont donc nombreux et souvent difficiles à détecter. En outre, les responsables n'ont pas toujours les moyens de se lancer dans des investigations poussées et doivent recourir à des artifices qui permettent seulement de réduire, provisoirement, les risques.

Exemple :

Le directeur d'un service qui comprend un siège et des cellules locales se rend compte (statistiques) au hasard d'une inspection de ces unités locales, que dans l'une d'elles, chaque fois que les dossiers de marchés y sont préparés, c'est la même entreprise locale qui obtient le marché. Lors des autres consultations, cette entreprise se situe généralement dans la moyenne des offres, sans jamais pouvoir obtenir de marché. Il s'intéresse donc à cette entreprise, vérifie la répartition de son capital social, le nom de ses employés pour essayer de trouver un lien avec l'une des personnes de l'unité concernée. Il ne trouve rien. Il n'a pas les pouvoirs juridiques nécessaires pour poursuivre ses investigations et ne peut pas être absolument certain de l'existence d'une complicité entre un agent de l'unité et l'entreprise. Il ne porte donc pas plainte mais transfère au siège de son service l'élaboration des dossiers de consultation des marchés. Un an plus tard il constate que l'entreprise n'obtient plus de marchés. Il classe l'affaire en se disant que le problème a été résolu.

C'est donc par une mesure d'ordre managérial que le directeur cité dans l'exemple ci-dessus a résolu son problème. Aurait-il pu le résoudre mieux en demandant à la Justice d'enquêter sur cette affaire ? Rien n'est moins sûr. Les contrats étaient relativement modestes et les moyens à mettre en œuvre par la Justice pour découvrir la preuve d'une infraction pénale auraient été hors de proportion avec l'avantage éventuel pouvant en résulter pour l'administration qui ne se plaignait d'ailleurs pas du travail fourni par l'entreprise concernée. Il semble que son appréciation de la situation ait été correcte, même si d'aucuns peuvent la trouver non satisfaisante. Une simple mesure « administrative » peut donc, dans certains cas réduire, voire supprimer, les risques.

La prévention consiste à mettre en place des procédures locales précises chaque fois que les procédures nationales sont inapplicables, à vérifier, grâce à des systèmes de contrôles internes, que ces procédures sont effectivement appliquées et à utiliser des contrôleurs externes indépendants pour réduire encore les risques de dérive. Par ailleurs, la prévention consiste à veiller au respect de chaîne hiérarchique. En effet, ce sont souvent des dysfonctionnements d'ordre hiérarchiques qui amènent ou permettent à des agents non mandatés de prendre ou d'assumer des responsabilités hors de proportion avec leurs compétences réelles. Tout subordonné peut prendre des responsabilités, à condition d'y avoir été autorisé et de rendre compte de ses actes à son supérieur. Sans cette autorisation c'est la responsabilité individuelle qui est mise en cause et non plus celle de l'organisme. C'est la raison pour laquelle, lors d'une enquête, les magistrats demandent toujours l'organigramme de l'entité concernée (publique ou privée) ainsi que les délégations de signature. En l'absence de délégations de signature explicite, c'est le directeur de l'entité qui est personnellement responsable des actes de ses agents.

Enfin, la prévention consiste à assurer la protection des agents de l'entité : protection contre les risques physiques mais aussi contre les tentations. Ainsi, il conviendra de s'efforcer de ne pas laisser seul un agent face à un corrupteur potentiel, ni de le laisser pendant trop longtemps dans le même secteur géographique pour éviter que des liens se nouent entre lui et certaines entreprises et que des informations susceptibles de rompre l'égalité des candidats dans un appel d'offres, puissent être données, même de manière involontaire, à l'un des concurrents.

C'est l'audit de la structure et la cartographie des risques qui permettent de prendre toutes ces mesures de prévention. Ces deux étapes sont indispensables pour éviter que les entités publiques ou les entreprises privées puissent être rendues coupables d'infractions pénales. Si des mesures ont été prises à la suite de ces études pour éliminer les dysfonctionnements relevés et que les contrôles hiérarchiques ainsi que les procédures sont suivis, l'organisation mise en cause bénéficiera de l'indulgence des juges puisqu'elle aura fait preuve, dans ses actions, d'une « diligence normale ».

CONCLUSION

Il ne faut pas limiter notre approche de la fraude et de la corruption à ces aspects sociologiques qui expliquent en partie mais ne sauraient justifier les dérives constatées. On peut, si on le souhaite, renforcer la lutte contre ce fléau. Des mesures simples et de bon sens peuvent permettre de rendre les fraudes plus difficiles à réaliser. Si celui qui veut frauder parviendra toujours à le faire, au moins, peut-on et doit-on lui rendre la tâche chaque jour plus difficile.

Divulgarion des méthodes

La divulgation des mécanismes qu'ils utilisent permettra aux fraudeurs de se rendre compte que leurs méthodes sont connues, notamment de ceux qui sont chargés de les contrôler. Elle pourra, éventuellement, les inciter à en imaginer d'autres, plus sophistiqués, donc plus coûteux, ce qui devrait contribuer à réduire leurs profits et à accroître leurs risques. C'est, modestement, l'un des objectifs de cet article.

Spécialisation des contrôleurs

Cette action de vulgarisation doit être complétée par une formation spécifique des contrôleurs et des enquêteurs afin qu'ils puissent plus facilement trouver, dans les documents, notamment comptables, qu'ils examinent, les preuves des malversations décrites tout au long de cet article. Des pistes pour leurs enquêtes leur ont été données. Il conviendra de les multiplier et de systématiser leurs recherches.

Lutte globale

La lutte contre la corruption et les fraudes doit être globale. Elle passe, bien entendu par les mesures évoquées précédemment pour améliorer les compétences des enquêteurs. Elle passe aussi par la prévention des risques. Si l'on ne cherche pas à réduire les risques, la lutte sera vaine. La prévention doit donc être menée simultanément à la lutte. Et la prévention est généralement peu onéreuse et souvent facile à mettre en œuvre puisqu'il s'agit tout simplement de faire fonctionner des dispositifs qui existent déjà et que l'on n'applique plus parce qu'ils paraissent « démodés ».

Information des citoyens

L'information des citoyens sur le coût réel de la fraude et de la corruption dans les marchés publics doit obligatoirement compléter ce dispositif de détection et de répression. Les citoyens sont, en effet, les seules victimes de ces agissements malhonnêtes: victimes sur le plan fiscal (par l'augmentation injustifiée de la pression fiscale puisqu'il faut plus d'argent pour réaliser un projet), victimes sur le plan économique (la disparition des entreprises performantes ou innovantes qui refusent ou sont dans l'impossibilité de payer les pots-de-vin réclamés par les décideurs corrompus provoque le chômage) et victimes sur le plan social (souvent le chômage est la première étape sur le chemin de l'exclusion, la solidarité et les valeurs morales autres que le profit personnel disparaissent et, avec elles, les fondements de la société démocratique à laquelle nous sommes attachés). Les exemples pourraient être multipliés pour montrer les dangers réels encourus par les citoyens du fait de la malhonnêteté de certains décideurs. Pourtant, ce volet, le plus important sans doute, reste largement à mettre en œuvre.