



# COMMENT IDENTIFIER LA FRAUDE ET LA CORRUPTION DANS LES MARCHÉS PUBLICS<sup>1</sup>

NOËL PONS\*

L'argent public, c'est l'argent de tous. Toute dépense non justifiée, tout détournement, même... surtout s'il apparaît indolore ou s'il ne concerne personne en particulier, porte préjudice à l'ensemble de la société. C'est ce qui a conduit le législateur à réglementer la commande publique<sup>2</sup>.

Outre le Code des marchés, un grand nombre de contrôles sont exercés sur la commande publique, tels que, par exemple, ceux de la Cour des Comptes et les Chambres régionales des comptes ; de la Commission des marchés de l'État ; du Conseil de la concurrence dans un domaine approchant ; de la Mission Interministérielle d'études sur les Marchés, des contrôles *a priori* de certains marchés ; du contrôle exercé à l'occasion des contentieux administratifs ou de la concurrence ; des contrôles

*a posteriori* (contrôle de légalité du représentant de l'état, contrôle juridictionnel, ...).

Chacun de ces contrôles s'exerce dans le cadre procédural qui lui est propre. La fraude et la corruption se jouent, bien souvent, de ces derniers. Afin de limiter le mieux possible son développement, le recours à une approche de type audit peut être proposé.

## LE RECOURS À UNE MÉTHODE D'AUDIT SUPPOSE L'ÉLABORATION D'UNE CARTOGRAPHIE DES RISQUES

En effet, le vieil adage, selon lequel « celui qui ne sait pas ce qu'il cherche est certain de ne pas le trouver »,

\* Conseiller au SCPC. Auteur de divers ouvrages dont « Cols blancs et mains sales - économie criminelle mode d'emploi », Paris 2006, Éditions Odile Jacob ; et d'articles relatifs à la fraude au blanchiment et à la corruption.



s'applique ici pleinement. Il est donc nécessaire de connaître les montages les plus fréquemment utilisés. Nous avons choisi de les classer en suivant le cycle de vie d'un marché :

- les manipulations frauduleuses peuvent affecter le service rendu sans existence réelle. Ce dernier peut être créé, ex nihilo, pour justifier le paiement d'une prestation à un fournisseur.

Le besoin peut aussi être directement généré par le gestionnaire, ce dernier décidant alors de la nécessité de l'opération. Par des voies détournées, le fournisseur peut aussi jouer de son influence pour forcer la décision.

Les montages sont souvent très élaborés. On relève ainsi l'intervention de bureaux d'études, qui, avec ou sans l'aval du maître d'ouvrage, imposent ou préconisent une prestation, une technique qui conduit à favoriser une entreprise au détriment des autres.

Il n'est pas rare non plus de constater le rattachement frauduleux de quelques études factices à une opération d'achat dans le seul but de justifier une sortie de fonds ;

- les études de marché ou les études techniques préalables à l'évaluation du besoin représentent un risque élevé. La prestation rendue étant difficile à évaluer, il est possible de tricher sur la qualité des intervenants, sur la durée, sur la valeur des prestations extérieures. Il est aisé, alors, de générer des flux que l'on peut qualifier de non causés. Ces études, situées en amont de la prestation elle-même, peuvent aisément être disjointes, au plan comptable de l'opération à laquelle elles devraient être rattachées, ce qui rend le contrôle de cohérence

impossible. En conséquence, le poste « études » mérite une analyse approfondie par les services de contrôle interne ou externe.

Quatre types de montages existent : la fausse étude dite « familiale », qui permet de défrayer un proche, un ami, un obligé. Elle ne peut tromper un œil exercé ; l'étude « directive », souvent rencontrée dans les montages en réseau. L'expert guide la réalisation de la prestation vers telle ou telle société ou vers tel ou tel processus ; les prestations de suivi d'activité, qui valident les prestations rendues, peuvent camoufler des surfacturations notables ; certaines études préalables peuvent constituer enfin d'excellents supports pour organiser des montages dans la mesure où ceux-ci se situent en amont du marché ;

- la fraude affecte aussi le processus de mise en concurrence. Les cas les plus évidents pour favoriser un soumissionnaire sont bien connus : absence de publicité ; recours à une procédure irrégulière ; objet du marché ou variantes non précisées ; fractionnement de l'opération au-dessous des seuils ; application de critères non inscrits et connus du lauréat ; absence de motivation pour choisir ou rejeter un candidat ; modification des offres après avoir pris connaissance des offres de la concurrence, etc ;

- les ententes constituent d'importantes fraudes aux marchés. C'est un montage externe qui permet à quelques entreprises de se partager un marché et de surfacturer notablement l'opération. Les entreprises s'entendent entre elles, soit pour ne pas répondre aux appels d'offres, ce qui les rend infructueux, soit pour répondre à



leurs conditions, notamment plus onéreuses ;

- une fois le gagnant désigné, la manipulation relève de la pratique de chacune des professions, ce qui rend les contrôles plus délicats à effectuer ;

- la fin des opérations ne marque pas pour autant le terme des manipulations possibles. Plusieurs pratiques sont en mesure d'apporter des majorations sensibles au coût du projet. D'abord l'absence de sanction ou de pénalité pour une prestation non ou mal réalisée peut avoir pour contrepartie des pratiques de corruption. Ces manquements peuvent affecter tout type de malfaçon, à l'exception de celles qui entraîneraient des problèmes de responsabilité civile ou pénale.

La « régularisation » par des contentieux abusifs, difficiles à mettre en évidence, peut se faire au profit d'un fournisseur qui avait, volontairement ou non, minoré son offre. Enfin, le paiement d'avenants non justifiés autorise quelques dépassements... au cours d'exercices ultérieurs.

La cartographie des montages frauduleux dans les opérations d'achat n'est guère complexe, il faut maintenant en identifier les indicateurs chez le fournisseur et dans les comptes de la collectivité.

### UNE BONNE CONNAISSANCE DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS EST NÉCESSAIRE

Le Code des marchés publics, code de l'achat public, a pour objet d'assurer l'efficacité de la commande publique

et la bonne utilisation des deniers publics. La vérification du respect de cette réglementation est pertinente pour détecter la présence d'indicateurs de corruption, car toute manipulation laisse des traces dans la documentation comptable et juridique. Une bonne maîtrise de cette réglementation est donc indispensable.

L'article premier du Code des marchés publics prévoit que « les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures ». Il prescrit également le respect du principe de transparence des procédures et celui de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le Code des marchés met en place des procédures formalisées (les appels d'offres ouverts ou restreints, les procédures adaptées la procédure négociée, le dialogue compétitif et celle du concours). Par ailleurs, le Code prévoit des dispositions spécifiques à certaines catégories de marchés (marchés d'études, marchés de définition, de maîtrise d'œuvre, accords cadres et les systèmes d'acquisition dynamique), et fixe de manière plus ou moins précise les modalités de passation (reconduction, fixation des prix, avenants et décision de poursuivre ainsi que celles de fractionnement et d'allotissement des marchés).

La complexité des procédures fait que chacun des points doit être analysé de manière spécifique au regard des fraudes. À titre d'exemple, les appels d'offres ouverts ou restreints se structurent autour de six points :

- la publication d'un appel public à la concurrence ;

- la réponse des candidats ;
- la réception des offres et ouverture des plis, demandes complémentaires éventuelles aux candidats ;
- la sélection et rejet des candidats au regard des critères publiés ;
- l'envoi de la lettre de consultation aux candidats sélectionnés, réception des offres et ouverture des plis ;
- la sélection d'un candidat au regard des critères publiés ou déclaration des marchés infructueux, mise au point éventuelle avec le candidat retenu des composantes du marché.

L'analyse du respect de la réglementation, lors de ces six étapes, s'articule autour de plusieurs axes de recherche simples : l'absence de publicité, la déclaration d'infructuosité d'un marché accompagnée de sa dévolution à un fournisseur avec une procédure de gré à gré par exemple, ou encore le fractionnement des opérations au-dessous des seuils constituent autant de situations à risque. D'autres montages sont plus complexes et plus difficiles à mettre en évidence, tels que la manipulation des plis ou des critères.

La corruption résulte de l'irrespect délibéré des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'inégalité de traitement des candidats. Donc, tout constat de transgression de ces règles peut être considéré comme un indicateur fort de risque et nécessite un complément d'analyse.

Le caractère particulier de l'achat public donne lieu, lorsque la probabilité de la présence de fraude est évidente, à l'ouverture de poursuites pour des faits de corruption (art. 432-11 du Code Pénal) de prise illégale d'intérêt (art.432-12 du Code Pénal), du délit d'avantage injustifié

(art.432-14 du Code Pénal) ainsi que du délit de trafic d'influence (art. 432-12 et 433-1 du Code Pénal).

Les contrôles portant sur la commande publique sont nombreux mais, ils peinent à appréhender la réalité des pratiques illégales et en particulier celles relatives à la corruption organisées autour de montages complexes. D'autres montages existent, plus simples, ils sont noyés dans la masse des opérations réalisées, ce qui les rend invisibles. Pour ces raisons, les manipulations ne sont pas toujours évidentes à identifier.

Cette première analyse constitue un cadre sur lequel se développeront les analyses suivantes.

## L'AUDIT DE LA CORRUPTION S'ARTICULE AUTOUR DE PLUSIEURS AXES DE RECHERCHE

### Une phase d'analyse qui sera déclinée en plusieurs points

En premier lieu, une revue des contrats et des documents présentant les mêmes caractéristiques juridiques (tout document comportant un engagement juridique et le processus engagement et facturation) sera effectuée. Les normes classiques de revue seront appliquées (exhaustivité documentaire, clauses spéciales, conditions particulières, participation des juristes dès l'origine en cas de contrats complexes, processus établi et variantes d'application suivant les secteurs etc.). La définition du périmètre établi à l'origine



fixe le cadre de la recherche, cette dernière pouvant être élargie dans le cas où la présence d'indices nécessite des examens approfondis. Cette revue fait apparaître les carences dans la gestion juridique, les types de contrats parfaitement suivis ou ceux qui sont laissés à l'abandon par secteur, l'implication des fournisseurs par secteur et par type de procédure et la gestion des contentieux.

Une revue de la tendance et de l'évolution des divers postes concernés par le risque (fichiers de base, comptes fournisseurs, modalités de paiement) doit être diligentée à périmètre constant. Il s'agit de rechercher les évolutions « poste à poste » entre les fournisseurs et les secteurs, car la corruption provient généralement d'un conflit d'intérêt entre un fournisseur et un acheteur.

L'analyse de ces éléments permet de comprendre l'évolution des postes et de rechercher les indices de la présence du risque de corruption au titre desquels on peut trouver par exemple :

- un nombre important de marchés passés avec le même fournisseur par secteur, par entité ;
- une augmentation étonnante du chiffre d'affaires pour un fournisseur qui végétait jusque-là et la disparition corrélative d'autres fournisseurs qui étaient présents, qu'on peut d'ailleurs retrouver comme sous traitants ;
- l'existence de liens évidents entre un fournisseur et un acheteur ;
- un chiffre d'affaires captif et en rapide expansion réalisé par un fournisseur isolé ;
- un fournisseur dormant ou utilisé uniquement dans des périodes clés ou à risque.

Cette revue s'accompagne d'une analyse des pièces justificatives relatives à ces opérations. Seront recherchées par priorités les opérations au cours desquelles :

- le même fournisseur emporte systématiquement les marchés ;
- la liste des fournisseurs approuvés n'est pas tenue à jour, un nombre élevé des modifications avec dépassement des coûts est identifié ;
- des services sont payés sur la base de factures peu explicites ou non documentées ;
- on relève une absence de documents justificatifs, de documentation disponible pour les revues, seules les copies de documents sont disponibles ;
- des sommes facturées non prévus dans le contrat sont payées sans contrôle ;
- les documents originaux sont indisponibles pour des raisons diverses, des copies illisibles ou de faible qualité, des documents support modifiant la documentation originale constituent la seule documentation utilisable.

La présence de ces faits laisse à penser que, au mieux le poste n'est pas contrôlé, au pire que les informations sont manipulées de manière à ce que les auditeurs n'en disposent pas.

### **La vérification de l'application de la législation sur les marchés publics**

Ce n'est qu'après avoir terminé ces analyses génériques que l'auditeur se préoccupe à nouveau de l'application de la législation sur les marchés publics.

Une analyse des procédures propres aux marchés publics est ensuite effectuée :

- en premier lieu, les achats de la section fonctionnement ainsi que ceux de la section d'investissement seront distingués des achats pouvant faire l'objet d'une mise en concurrence ;

- on analysera ensuite les marchés par type de procédure (appel d'offres, marché négocié, procédures libres), le nombre des marchés passés, la nature de ces marchés. Les fournisseurs les plus importants, ainsi que les valeurs concernées seront identifiés. Il ne faut pas omettre d'inclure, dans le périmètre de la recherche, les achats de faible importance unitaire dès l'instant où leur valeur globale est considérable ;

- le nombre de marchés infructueux et la tendance par secteur, (ne pas omettre de s'intéresser aux achats d'études non liées à des investissements, poste pouvant servir de fourre-tout).

**Enfin, dans les dossiers identifiés comme présentant un problème l'analyse se poursuivra par la recherche des points suivants :**

La planification des besoins identifiés :

- les avantages exagérés, les coûts sur ou sous-estimés, les hypothèses fausses, les absences de consultation du service juridique et l'absence d'étude de l'offre interne ;
- le nombre élevé de propositions émanant d'une source unique ou d'un bureau d'études lié à l'acheteur ;
- l'absence d'étude du marché, ou une étude biaisée, l'inflation des coûts par rapport à l'estimation initiale ;
- l'absence d'utilisation de la liste des soumissionnaires ;
- l'acceptation de cadeaux ou de

distractions offerts par des soumissionnaires potentiels ;

- le saucissonnage du besoin en valeurs inférieures au seuil de mise en concurrence.

Au cours du processus de sélection :

- des ajouts ou suppressions non autorisées ou tardives dans la liste ;
- la sélection systématique du même soumissionnaire ;
- la présence de modifications, d'autorisations de modifications des critères d'évaluation après l'ouverture des offres ;
- la présence d'offres étonnamment bien conçues et présentées dans un délai très court ;
- la présence de signes de manipulation d'une enveloppe scellée ou d'altération du dossier de l'offre ou encore de modifications sur le registre concernant la réception des offres ;
- la sélection systématique des mêmes soumissionnaires dont la documentation est insuffisante, absente ou dépassée.

Au cours de la réalisation des travaux :

- le constat de dépassements du budget ou du délai, de coûts de maintenance élevés non prévus à l'origine, des défaillances de fonctionnement, des attributions de marchés supplémentaires sans appel à la concurrence, le recours à des sous-traitants ;
- la médiocre qualité de la prestation, le service non terminé, pour le fournisseur concerné ;
- le dépassement des délais et l'absence de documentation ;
- le constat de coûts d'exploitation élevés par rapport aux estimations, des dépassements de budgets, la non prise en compte de besoins prévisibles ;



- l'inflation des compléments de prix, l'acceptation des modifications aux conditions des fournisseurs et l'absence de réaction face aux retards.

Ces points sont autant d'exemples non exhaustifs des problèmes qui peuvent être identifiés dans ces opérations.

Ainsi, l'utilisation concomitante de méthodes de contrôle des procédures propres aux marchés publics et aux travaux d'audit de fraude sur les achats,

par exemple, ainsi que sur la réalité du service fait, permettent de limiter les recherches aux seuls cas présentant des anomalies. Un tri ayant été fait préalablement parmi le grand nombre d'opérations présentes dans les comptes<sup>3</sup>, l'auditeur peut concentrer son action sur les opérations présentant des indicateurs pertinents de la présence de risques et rendre plus efficaces les recherches toujours complexes qui doivent être engagées.

#### NOTES

1. Sources : travaux du SCPC et articles de Noël Pons et Valérie Berche dans la revue *Audit* N° 184 ; 185 ; 186 et 187.

2. On rappelle que le montant des achats publics atteint, bon an mal an, 120 milliards d'euros.

3. Le fait qu'il n'ait pas été relevé d'indicateurs de risque dans un achat, ne veut pas dire expressément que l'opération est correcte, le montage peut être particulièrement bien organisé et ne laisser aucune trace communément repérable.

