



## Lutter contre la corruption et la fraude dans les marchés publics.

27 juillet 2015

## **AVANT PROPOS**

***Plus de vingt ans après la loi Sapin relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, plus de trente ans après la grande décentralisation, que reste-t-il du contrôle et de la lutte contre la corruption dans la commande publique ?***

***De nombreux rapports de chambres régionales des comptes et diverses révélations illustrent dérives et failles en tous genres. Ces affaires de favoritisme, d'ententes, de pactes de corruption, font aussi l'objet de signalements par des lanceurs d'alerte salariés d'entreprises délégataires, fonctionnaires et chefs d'entreprises mais sont rarement suivies d'effets judiciaires.***

***ANTICOR se devait de donner l'alerte sur ces dérives, liées notamment aux conflits d'intérêts, pratiques d'influence, et surtout à la démission des autorités de contrôle. Ce rapport comprend certains exemples de situations dénoncées par l'association, et dont la justice est saisie. Il tire aussi les conséquences de ces constats en formulant des propositions.***

***Alors qu'une nouvelle ordonnance relative aux marchés publics a été publiée le 23 juillet 2015, nous en appelons à un assainissement et à un renforcement des moyens de prévention, de lutte et de sanction contre la corruption.***

## **Préambule**

- 1.Les marchés publics, pièges à corruption.
  - 1.1. Les montages
  - 1.2. Le rôle de la criminalité organisée
  - 1.3. Une situation aggravée par les restrictions budgétaires.
- 2.Les alertes
  - 2.1. Le rapport de l'Union européenne
  - 2.2. Le rapport du Service central de prévention de la corruption (S
  - 2.3. Le rapport d'information du Sénat.
3. Les failles de la chaîne de contrôle
  - 3.1 Un contrôle *a priori* négligé
  - 3.2.Un contrôle de l'exécution aléatoire
  - 3.3.La faiblesse du contrôle des chambres régionales des comptes
  - 3.4.Des autorités administratives affaiblies.
- 4.La difficulté à donner l'alerte
  - 4.1. Absence de veille
  - 4.2. Des fonctionnaires lanceurs d'alerte vulnérables.
  - 4.3. Un contrôle citoyen délicat
5. Une réponse juridictionnelle insuffisante
  - 5.1. La lenteur de la procédure devant les tribunaux administratifs.
  - 5.2. Des juridictions judiciaires peu spécialisées..
  - 5.3. L'irresponsabilité des élus ordonnateurs.\*
6. Renforcer la coopération sur un plan européen.

## Résumé des propositions

## **Préambule**

Le retour à une saine transparence et à des mécanismes efficaces de contrôle doit contribuer à restaurer la confiance perdue dans notre modèle démocratique et notre Etat de droit. C'est un enjeu citoyen de cohésion sociale, au-delà de la seule dimension économique de tels risques.

### **1. Les marchés publics, pièges à corruption.**

Dans tous les domaines d'activité, les marchés publics constituent l'un des supports privilégiés du développement de la corruption et des détournements de fonds publics. Tous les montages possibles ont été réfléchis, professionnalisés et les argumentations huilées et organisées dans les moindres détails afin de ponctionner sans risque les caisses publiques.

#### **1.1. Les montages**

Les montages sont conçus et adaptés à chacune des phases des marchés et permettent de « guider » la décision portant le choix du bénéficiaire. Ces manipulations ont pour conséquence financière une surévaluation du coût de la prestation. En effet, le paiement de la corruption inhérente à ces manipulations exige pour l'entreprise l'émission de surfacturations des prestations qui permettent de payer le corrompu.

Les montages générant des flux de corruption concernent l'ensemble des opérations liées aux marchés :

- Les études effectuées en amont de la passation du marché peuvent faire l'objet de surfacturations voire pour des montants plus faibles de vraies fausses factures, s'agissant de prestations immatérielles il est plus aisés de procéder de cette manière. Ces études peuvent aussi orienter les offres vers un bénéficiaire.
- L'évaluation du besoin et la préparation de l'appel d'offres peuvent également faire l'objet de manipulations.
- L'évaluation des offres et la désignation du bénéficiaire peuvent être biaisées.
- Au cours de l'exécution des travaux des surfacturations ou la remise de prestations de moindre qualité permettent de disposer de fonds pour rémunérer les corrompus.
- Au moment de la réception des travaux un contrôle inefficace valide les manipulations précédentes tout comme lors de l'émission des avenants.
- Enfin des contentieux non causés peuvent majorer les pertes de la collectivité.

Ces montages se matérialisent par des surfacturations, par des prestations sans existence générant une caisse noire à la disposition du corrupteur. Les experts évaluent la « déperdition » financière due aux fraudes relatives aux marchés publics à 20 % des montants engagés et à près de 25 % pour les marchés privés. Bien

entendu ces chiffres sont toujours difficiles à valider en raison du caractère occulte de cette infraction.

En outre, les marchés publics sont souvent le théâtre de lourds conflits d'intérêts. S'est-on jamais intéressé aux emprunts toxiques des collectivités ? Qui s'est soucié des édiles qui détiennent des postes de contrôle, en général d'administrateurs dans les banques qui ont vendu ces contrats ? Qui s'est intéressé dans le cadre de partenariats publics privés aux liens directs ou indirects entre les édiles et les sociétés qui ont bénéficié de cette manne ? Qui s'est intéressé à la cohorte d'intermédiaires qui ont démarché des collectivités pour placer ces produits nocifs et ces prestations incontrôlables ? Qui s'est intéressé aux liens pouvant exister entre les membres des divers conseils régionaux et les entreprises locales lors de la création d'éléphants blancs. Les pays du sud ne sont pas les seuls à bâtir des barrages qui n'ont aucune justification économique. La vente de terrains et les plus-values liées peuvent constituer des raisons suffisantes à un engagement à fonds perdus ! Rien de tout cela n'a été fait et pourtant certains conflits sont patents. S'il fallait prendre une seule mesure de protection des deniers publics, nous pensons qu'un contrôle approfondi de la régularité des opérations afférentes aux marchés publics serait une bonne manière de protéger ces derniers.

Le constat de l'augmentation des dérives dans les marchés publics correspond d'ailleurs, comme le décrit pertinemment Jacques de Saint Victor<sup>1</sup>, à la dérive du capitalisme occidental qui génère des associations de prédateurs agissant en toute bonne conscience et qui seraient extrêmement surpris s'il leur était démontré que leur comportement ne se différencie guère d'une conduite criminelle.

Le rapport Duchesneau décrit pour sa part un schéma intéressant de ce qui est appelé la « corruption des ingénieurs » à Montréal. Il fait apparaître un lien très fort entre l'industrie, le financement occulte des partis et la corruption des fonctionnaires sur un fond d'intrusion criminelle. D'après ce rapport 70 % d'argent sale (surfacturé) disparaît dans les campagnes électorales, le reste étant partagé entre les opérateurs. Il en ressort, outre le constat de la reconnaissance du montage, un comportement sociologique poussant l'ingénieur à se placer au même niveau que le corrupteur et il n'éprouve plus aucun problème moral lorsqu'il reçoit des fonds occultes, cela fait partie du système. La mise à jour de ce système, montre une fois de plus qu'il n'y a pas de corruption politique sans corruption ou enrichissement illicite des acteurs au préjudice de la collectivité et des contribuables.

Tous ces montages ne pourraient survivre longtemps s'ils n'étaient conçus et réalisés en l'absence de toute transparence, et s'ils n'étaient accompagnés de juristes, de techniciens, de comptables qui participent volontairement ou contraints à la curée.

## 1.2. Le rôle de la criminalité organisée

---

<sup>1</sup> *Un pouvoir invisible : les mafias et la société démocratique (XIXème-XXIème siècle)*, Gallimard, 2012

L'implication criminelle n'est jamais très éloignée des marchés publics : cela permet aux criminels et mafieux divers de rester proche des pouvoirs de décision, politiques ou autres.

De nombreuses pratiques mêlant marchés publics et criminalité sont régulièrement constatées qui consistent notamment :

- à confier des travaux publics à des entreprises connues comme étant détenues par des structures criminelles ;
- à confier des travaux de sous-traitance à des entreprises liées à des groupes criminels. L'intérêt de cette pratique est évident les criminels prennent en charge les divers financements illégaux et la « fourniture » des salariés clandestins lors de la réalisation des travaux.

Le racket affecte aussi l'achat public : il faut payer pour se protéger d'un risque qui n'existerait pas sans la présence criminelle. Il se matérialise, entre autres, par des vols de métaux, des vols de matériel, des prêts usuraires à des entreprises en difficulté, des chantages à l'embauche fictive ou par l'obligation d'utiliser tel ou tel sous-traitant proche des criminels. Les vols divers sur les chantiers (câbles, etc.) sont tels que, pour éviter l'arrêt des travaux, les produits à risque sont livrés en plus grand nombre que nécessaire, le racket est donc anticipé. Plus de cent cinquante millions seraient perdus par an pour ce motif. Précisons toutefois que cette pratique affecte le secteur public comme le secteur privé.

Certains bailleurs sociaux endurent la pression des caïds locaux désireux de « taxer » les entreprises sur leur territoire. Cette forme de racket récurrente peut être très violente ; des salariés ont même été blessés dans la région parisienne par des armes à feu. Désormais, certaines entreprises travaillent bien avant potron-minet et ferment le chantier avant le réveil des caïds pour limiter ces risques. Des dispositifs regroupant les entrepreneurs, les structures policières et judiciaires ainsi que les fédérations concernées ont été créés. Certaines entreprises hésitent parfois à porter plainte, elles pensent ainsi protéger leurs salariés et les marchés à venir, elles ont tort car elles facilitent la criminalisation du secteur.

Fort discrète, « l'éco-mafia », ce néologisme qui décrit l'activité mafieuse dans l'économie environnementale, s'accélère dans diverses régions et tout récemment près de Paris. Un clan œuvrant dans le trafic de drogue, à l'instar des « Soprano » de la série TV, aurait diversifié son activité en enfouissant des déchets pouvant être toxiques sur des sites non conformes. Certains agriculteurs auraient accepté, apparemment pour « rehausser » leur terrain de recevoir ces déchets contre rémunération. Pour ce faire, une société écran et une société spécialisée dans l'évacuation des chantiers BTP ayant accès aux marchés publics auraient été utilisés. Des gravats pouvant contenir de l'amiante auraient ainsi été disséminés tout près de l'autoroute de l'Est. Ces exemples ont marqué l'opinion car ils ont été largement rapportés dans la presse, le problème réside dans le fait que ce ne sont pas les seuls cas identifiés dans l'hexagone et nous craignons que l'ensemble des régions ne soient concernées.

La corruption affecte les agents publics et privés et constitue l'une des dérives majeures des marchés publics et privés internationaux. Elle se matérialise par des

montages organisés en amont des grands marchés (on paye pour obtenir un marché) et par des paiements de facilitation destinés à « huiler » l'exécution des travaux. Elle affecte aussi bien les « vieilles démocraties » que les pays émergents.

Mais encore une fois ces modes de prédatation ne seraient pas possibles si elles n'étaient accompagnées par des techniciens du droit, des techniciens « métier » et tout un ensemble d'accompagnateurs sans lesquels ces montages deviendraient réellement risqués.

Il est vain de traiter les problématiques de corruption dans les marchés publics sans y intégrer les problématiques de blanchiment. Les manipulations comptables savantes permettent d'emplier les caisses noires et les comptes camouflés des corrompus, de les gérer et d'installer à cette fin une protection juridique pertinente, de favoriser leur rémunération financière et de rendre l'utilisation personnelle aisée. C'est ce qu'on appelle le blanchiment. Dans cette opération se mélangent les fonds provenant de la corruption, ceux de la fraude fiscale et ceux des activités criminelles, l'ensemble étant agencé au millimètre par des conseillers avisés.

Il serait pertinent de poursuivre chaque fois qu'un cas de corruption est identifié les organisateurs de ces montages qui consistent, rappelons-le, en une appropriation d'argent public. Enfin les banques sans la complicité desquelles ces opérations seraient quasiment impossibles à réaliser.

### **1.3. Une situation aggravée par les restrictions budgétaires.**

Dans un contexte de restrictions budgétaires, les acteurs économiques voient leurs ventes se réduire auprès des structures publiques, dont le rôle jusqu'alors consistait à opérer des corrections économiques contracycliques qui consistaient à investir quand l'économie va mal.

Ainsi le secteur privé peut être tenté ou contraint d'offrir certains « pot de vin » à ceux qui acceptent ce type d'arrangement. De même, certains élus favoriseraient leurs entreprises locales pour maintenir l'emploi. Au niveau européen, plus de 4 entreprises sur 10 considèrent la corruption, mais aussi le clientélisme et le népotisme, comme une source de problèmes dans les affaires. Lorsqu'on leur demande précisément si la corruption est une source de problèmes dans les affaires, 50 % des entreprises dans le secteur de la construction et 33 % dans le secteur des télécommunications/technologies de l'information estiment qu'il s'agit d'un problème grave<sup>2</sup>.

Par ailleurs, les entrepreneurs honnêtes qui dénoncent de telles manœuvres frauduleuses sont de plus en plus exposés à des pratiques de rétorsion de type mafieux. Ils ne bénéficient d'aucune protection de l'Etat et sont même mis en cause dans certaines procédures, notamment pour diffamation. Ceci contribue à mettre en place un réel système de cooptation entre personnalités politiques et entreprises, parfois sous la contrainte.

---

<sup>2</sup> Eurobaromètre sur la corruption 2014.

*M est un entrepreneur de l'Est de la France. Il a été sollicité pour créer avec des partenaires une entreprise intervenant dans les travaux publics. En tant que co-gérant il était amené à signer des paiements de l'entreprise. Il s'est vite rendu compte que ses "partenaires" entretenaient des ententes avec d'autres entreprises. Un jour, on lui a demandé de signer et remettre un chèque pour le compte d'un élu local aux fins de financer une campagne électorale. Il a rapidement pris la décision de dénoncer à la direction générale de la concurrence, de la répression et de la répression des fraudes (DGCRFF) ces faits délictueux. Sur la base de ces faits, une instruction a été ouverte, qui a connu aujourd'hui trois magistrats différents. Depuis dans sa région d'exercice, aucun marché ne lui est attribué, même lorsque sa nouvelle société apparaît la mieux-disante ; il a dû ainsi déposer son bilan. Mais ce qui est plus grave c'est que M. M a été victime d'atteintes directes à sa sécurité. Il demande aujourd'hui à l'Etat d'organiser sa protection et celle de sa famille. Cette affaire qui a plus de cinq ans n'a toujours pas été jugée.*

## 2. Les alertes

### 2.1. Le rapport de l'Union européenne

Dans son rapport de février 2014, la Commission européenne considère que lutter contre la corruption "contribue à la compétitivité de l'UE dans l'économie mondiale". En effet, la corruption contredit les principes de libre concurrence des opérateurs sur un marché économique, et participe au manque de transparence d'accès et d'égalité devant la commande publique.

Pour la Commission, la valeur des appels d'offres publiés au Journal officiel en pourcentage des dépenses totales en travaux, biens et services publics s'élevait 18,5% du PIB de la France en 2011 soit 380 milliards d'euros<sup>3</sup>.

Dans son rapport sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux publié le 26 septembre 2013, le Parlement européen considère que bien souvent, la corruption d'agents de la fonction publique sert la criminalité organisée dans ses trafics illicites en ce qu'elle lui permet, notamment, d'avoir accès à des informations confidentielles, d'obtenir de faux documents, de piloter des procédures de passation de marchés publics, de recycler ses revenus et d'échapper aux mesures répressives des autorités judiciaires et de la police<sup>4</sup>.

Le rapport recommande que les agents économiques enregistrés dans des paradis fiscaux reconnus comme tels par les organisations internationales soient exclus de toute participation à des marchés publics.

Il recommande aussi un renforcement des mécanismes destinés à accroître la transparence et l'intégrité et à réduire la bureaucratie dans l'administration publique

<sup>3</sup> [Annexe au rapport anticorruption de l'UE](#), 3 février 2014, Com(2014) 38; la Commission retient [une acceptation large](#) de la notion de commande publique;

<sup>4</sup> [Rapport sur la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux : recommandations sur des actions et des initiatives à entreprendre](#), Parlement européen, 26 septembre 2013;

et les autres organismes publics, à commencer par le domaine très délicat des procédures de passation de marchés publics.

## **2.2. Le rapport du Service central de prévention de la corruption (SCPC)**

Le rapport 2014 du SCPC décrit le droit des marchés publics comme "mouvant et facilement contourné": l'acheteur public dispose de nombreuses possibilités de détourner les règles pour avantager certaines entreprises à des fins d'enrichissement personnel, ou pour soutenir des proches, ou encore pour financer l'action politique". Et le risque n'est pas moins élevé en matière de délégation de services publics et de partenariat public-privé<sup>5</sup>.

Le code pénal prévoit un délit spécifique condamnant les manquements à la réglementation relative aux marchés publics: le délit de favoritisme. Le SCPC a toutefois relevé qu'entre 2007 et 2010, aucune peine de prison n'avait été prononcée sur le fondement de cette disposition: il a recensé 25 condamnations ayant donné lieu à des peines d'emprisonnement avec sursis et 20 affaires dans lesquelles des amendes avaient été infligées. Ces amendes étaient comprises entre 2 333 € et 5 333 €.

## **2.3. Le rapport d'information du Sénat.**

Le rapport d'information du Sénat, publié le 25 janvier 2012 (n°300) constatait que le contrôle de légalité était devenu "une passoire à géométrie variable" : *la situation et les perspectives d'évolution de ces contrôles suscitent souvent, chez les acteurs de la décentralisation, pessimisme, découragement, voire désarroi : élus et fonctionnaires territoriaux contestent l'effectivité, l'efficacité, l'utilité d'un contrôle de légalité en déliquescence qui, pour nombre d'entre eux, représente au mieux une fiction, au pire une contrainte plutôt qu'une forme d'assistance ; la portée de l'examen de la gestion n'est à la hauteur ni des enjeux, ni de la qualité des membres des chambres régionales et territoriales des comptes*".

Les mécanismes de contrôle et de gestion des risques demeurent insuffisants, bien que la France se soit dotée de la plupart des instruments juridiques et des institutions nécessaires pour prévenir et combattre la corruption.

## **3. Les failles de la chaîne de contrôle**

### **3.1 . Un contrôle *a priori* négligé**

Le contrôle *a priori* s'effectue lors de la procédure de contractualisation, dans les collectivités locales:

- au moment de la sélection des candidats lors des commissions d'appel d'offres, puis des conseils municipaux

---

<sup>5</sup> [Rapport du SCPC pour 2014.](#)

- au moment de la contractualisation, par le contrôle de légalité dans les collectivités, et s'il y a lieu par le juge des référés lors de référés pré-contractuels.

Les commissions d'appel d'offres (CAO) sont constituées à titre permanent d'élus de la majorité et de l'opposition. Le comptable publique et un représentant de la Direction départementale de la protection des populations (DDPP) peuvent également être invités. Les élus sont désignés pour toute la durée de leur mandat. Cependant il peut être difficile de réunir le quorum puisque dans les grandes collectivités ces commissions sont régulières et se déroulent souvent en journée. De plus l'analyse réelle des offres, parfois complexes, a été préalablement réalisée par les services de la collectivité qui ne font que présenter le résultat de leur analyse sans réellement avoir le temps de rentrer dans le dossier. Il n'existe pas de base normative ni en termes de définition et choix des critères de sélection, ni en termes de méthode d'analyse. Ceci laisse une grande liberté aux pouvoirs adjudicateurs, et il devient dès lors difficile d'expliciter une méthode plutôt qu'une autre devant le juge

Il est regrettable que les CAO ne soient pas plus collégiales et ouvertes sur des personnalités civiles tirées au sort par exemple ou sur un complément de personnalités qualifiées respectant une compétence métier. La convocation des représentants de l'Etat que sont le comptable public et la DDPP est seulement facultative (contrairement aux commissions de délégation de service public).

En deçà d'un certain seuil (207 000 € HT pour les marchés de fournitures et de service et 5 186 000 € HT pour les marchés de travaux), les marchés publics ne passent même pas devant la CAO. Le pouvoir adjudicateur peut également prévoir une phase de négociation dans la plus grande opacité. Quant aux marchés de moins de 15 000 €, la mise en concurrence n'est pas obligatoire.

Le contrôle de légalité pêche aujourd'hui par une réduction des moyens qui le rend presque inopérant, puisque tous les actes n'y sont pas forcément soumis et que les agents chargés du contrôle sont de moins en moins nombreux et formés. Ce sont souvent des agents de catégorie B qui doivent contrôler aujourd'hui des montages complexes pour lesquels ils n'ont pas été formés (type partenariat public-privé, délégation de service public) et qui ont été élaborés en collectivité par des fonctionnaires A+.

Avec la dématérialisation des actes, des contrôles automatisés pourraient être effectués (par exemple pour connaître l'historique d'un marché et contrôler la passation d'avenants qui ne doivent pas faire dépasser le montant initiale du marché de plus de 15 %). Par ailleurs les actes de sous-traitance sont une voie d'exécution des prestations ne sont pas soumis au contrôle de légalité. Ils échappent donc à tout contrôle, et ne peuvent faire l'objet d'un recours, l'information n'étant pas publique.

#### **Proposition n° 1 : Renforcer les Commissions d'appels d'offres :**

**D'une part, en créant des jurys citoyens volontaires par tirage au sort concernant tout ce qui aurait trait à la conception ou l'attribution des marchés, y compris négociés. Ainsi des CAO citoyennes paritaires (élus, citoyens, personnalités qualifiées) devraient valider les dossiers de consultations des**

**entreprises préalablement à toute publicité et l'attribution suivrait cette même procédure.**

**D'autre part, en rendant obligatoire la convocation du comptable public et d'un représentant de la Direction départementale de la protection des populations.**

### **3.2. Un contrôle de l'exécution aléatoire**

Les risques de corruption s'avèrent plus élevés au niveau local, où les garde-fous et les contrôles internes tendent à être moins stricts qu'au niveau national. En collectivité, les agents des services marchés et finances effectuent un contrôle interne avant paiement (contrôle ordonnateur). Ensuite la Direction générale des Finances publiques (DGFIP) après visa de la dépense met au règlement les sommes dues.

Sur le contrôle interne à la collectivité, les agents des services fonctionnels concernés se trouvent en difficulté quand c'est leur plus haute hiérarchie (Direction générale, Maire ou Président) qui est elle-même partie prenante à la dérive frauduleuse. Il devient dès lors très délicat de s'y opposer même en terme d'alerte simple. On ne peut ignorer que les détenteurs du pouvoir disciplinaire abusent de leur autorité pour restreindre toute velléité des fonctionnaires à faire éclater la vérité.

*Mme K est haut fonctionnaire territorial d'une collectivité importante de la région parisienne. En tant que directrice des finances et de la commande publique elle a constaté depuis son arrivée en 2011 que bien que le maire soit magistrat, la ville avait peu recours aux marchés formalisés pour ses prestations courantes notamment en matière de dépenses de communication. En période électorale, après avoir constaté l'existence d'emplois fictifs, de fausses factures, de loyers impayés notamment pour des élus de la ville, ainsi que des frais de campagne et de coaching de l'ancien comme du nouveau maire là aussi sans consultation, elle a décidé de ne plus exercer sa délégation de signature. Après en avoir informé sa hiérarchie, elle a été contrainte de faire un signalement au procureur au titre de l'article 40, comme la loi l'y oblige. Depuis après avoir été suspendue de ses fonctions, et après que le maire ait plaidé la révocation des cadres, Mme K a fait l'objet d'une mesure d'exclusion sans salaire et sans droit au chômage d'une durée de deux ans, le dossier monté par le maire repose sur de faux témoignages non signés, avec des griefs non matérialisés ou obsolètes. Elle a demandé au tribunal administratif l'annulation mesure disciplinaire mais elle doit affronter la longueur de la procédure. Entre-temps la ville lui interdit d'exercer dans le secteur privé et le secteur public comment est-ce possible ? La ville refuse aussi sa mutation, ce qui est contraire à la Constitution et à la Déclaration des Droits de l'Homme. Mme K est dépourvue de tout revenu.*

Les comptables publics qui dépendent de la DGFIP sont aujourd'hui en réelle difficulté, seuls à pouvoir être traduits devant le juge des comptes. En effet ce service a vu ses moyens se réduire de manière drastique ces dernières années. Ainsi a été mis en place ce qu'on appelle le *contrôle hiérarchisé de la dépense* qui laisse à

chaque comptable la possibilité de définir son plan de contrôle qui ne peut être qu'aléatoire, l'exhaustivité du contrôle n'étant plus opérable. Les comptables sont donc tentés d'identifier "les gros risques" c'est-à-dire les montants importants et le contrôle des marchés. Mais ils laissent souvent passer les pratiques de saucissonnage ou l'absence de recours à une mise en concurrence puisque considérés comme risques faibles (sauf si on les agrège bien sûr). Les comptables publics chargés des seuls paiements n'analysent que les pièces contractuelles signées, et donc pas l'amont des procédures d'appel d'offres (publicité, critères de sélection).

Enfin le contrôle des actes d'exécution *a posteriori* n'existe pas, et un comptable public ne peut revenir sur une dépense qu'il a préalablement visée même par erreur, sans l'autorisation de l'ordonnateur.

Par ailleurs, nous constatons aussi que, majoritairement non assujetties à la TVA, les collectivités et établissements publics font très peu l'objet de contrôles fiscaux ou même de contrôles de l'URSSAF. Or compte-tenu des sommes en jeu en matière contractuelle, ou de l'emploi important de vacataires ou d'entreprises intermittentes du spectacle, cette source d'enquête n'est pas neutre dans la connaissance des filières de corruption.

### **3.3.L'insuffisance du contrôle des Chambres Régionales des Comptes**

Le contrôle de la phase d'exécution (postérieure à l'attribution) semble faire l'objet d'un suivi moins attentif. Même si les chambres régionales des comptes sont devenues des acteurs incontournables de la détection des lacunes et faiblesses des procédures de marchés publics, elles ont peu de moyens pour condamner de telles pratiques.

Leur compétence regroupe deux ordres: le contrôle de la gestion des ordonnateurs (qui ne rend qu'un simple avis sur la bonne utilisation des deniers publics); et le contrôle juridictionnel, qui juge les comptes des seuls comptables publics.

Or le contrôle de gestion est très aléatoire et irrégulier dans le temps. Ainsi certaines collectivités ne sont presque jamais contrôlées, celles de plus de 50000 habitants en général tous les cinq ans. Le résultat du contrôle donne lieu à de simples recommandations, qui sont dans cette matière insuffisamment suivies, puisque personne ne s'assure de leur effectivité. Enfin la méthodologie de chaque magistrat instructeur est très disparate, si certains utilisent des formulaires de contrôle assez exhaustifs (en demandant des listes bien détaillées des prestations hors marchés, du montant des avenants etc..), certains se contentent des documents parfois non chiffrés produits par la collectivité. Le plan de contrôle, la doctrine de l'institution et sa méthodologie d'analyse de base ne sont définies nulle part au niveau interne. Le résultat des avis et recommandations ne peut être que disparate.

### **3.4.L'affaiblissement des autorités de contrôle**

En France, il n'y a pas d'agence anticorruption ni de stratégie nationale en matière de contrôle des marchés publics. Or ce problème devrait être abordé d'une manière

globale : il devient urgent qu'un pilotage et une coordination des services soient mis en place et que les administrations travaillent de concert.

Le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC), créé en 1993 par la loi Sapin de prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, analyse les données sur la corruption en France et coordonne les politiques de prévention. Placé auprès du ministre de la justice et dirigé par un magistrat, le SCPC dresse l'état des lieux sur la corruption, met en évidence certains problèmes, et formule des recommandations dans son rapport d'activité annuel. Il n'est pas procédé à la collecte systématique des données sur l'étendue des réseaux et des incidents de corruption. Au fil des ans, plusieurs projets destinés à réviser et à étendre ses compétences ont été élaborés. Le SCPC observe lui-même que ses pouvoirs ne sont plus adaptés aux nécessités actuelles de la prévention de la corruption, publique ou privée, nationale ou internationale. Il était recommandé d'explorer la possibilité que les citoyens puissent faire part anonymement au SCPC de soupçons de corruption, ainsi que de permettre aux personnes physiques et morales de s'adresser au SCPC ou à des services similaires en cas de suspicions. Le SCPC ne peut pas enquêter sur des allégations ni réparer les préjudices qu'un lanceur d'alerte est susceptible d'avoir subis.

La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et la conventions de délégation de service public a été créée par une loi de 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés. Ses pouvoirs ont été renforcés par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption. Elle devait vérifier les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public. Entre 1991 et 2004, elle a ainsi été saisie de 375 affaires (186 demandes de rapport et 189 demandes d'avis). 106 procédures ont été transmises au parquet. L'objet de la mission était de relever les manquements commis par des acheteurs publics dans la passation de marchés ou de conventions de délégation de service public.

Ses membres pouvaient constater par procès verbal les infractions au code des marchés publics. Ils avaient, sur autorisation judiciaire, le pouvoir de procéder à des perquisitions et saisies. Ils étaient habilités pour effectuer des enquêtes sur des marchés couverts par le secret défense. Mais, à partir d'avril 2003 aucune demande d'enquête n'a plus été adressée à la Mission. Le dernier rapport, paru en 2004, fait état d'une réticence des autorités habilitées à saisir la Mission en raison du risque pénal encouru par les acheteurs publics. Puis la mission a été neutralisée par le non renouvellement de ses effectifs.

Les officiers de police judiciaire sont aussi compétents pour constater les infractions en matière de marchés publics. Mais il n'existe plus de service central réunissant l'expertise de plusieurs ministères et prenant en compte la complexité de la commande publique.

La neutralisation de la Mission se situe dans un contexte général d'affaiblissement du contrôle des marchés publics. Trois décrets de 2008 ont ainsi augmenté les seuils au dessous desquels les marchés peuvent être conclus sans publicité ni concurrence

préalable, pour les aligner sur les montants de l'Union européenne. Un élu d'une collectivité de taille moyenne peut désormais passer l'essentiel de ses marchés de travaux sans recourir à l'appel d'offres.

Par ailleurs, les services de la direction générale de la concurrence, de la répression et de la répression des fraudes ont été éclatés dans des entités départementales, placés sous l'autorité des préfets, ce qui rend plus difficile la coordination contre des pratiques illicites sur le plan national. D'autant plus que ces structures n'ont pas seulement pour mission de surveiller les marchés publics. Elles ont de nombreuses autres attributions et les préfets ne font pas du contrôle des marchés publics une priorité.

L'obligation de convoquer le représentant de la direction générale de la concurrence aux commissions d'appel d'offres des collectivités locales a été supprimée. Pourtant, ces fonctionnaires étaient bien placés pour alerter les autorités compétentes sur les irrégularités en matière d'appel d'offres, et leur participation pouvait faire obstacle aux pratiques de favoritisme.

Enfin, la consultation de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, organisme expert rattaché au ministre chargé de l'Économie et des Finances, et chargé de procéder à l'évaluation des projets de partenariat Public-Privé n'est pas obligatoire pour les collectivités territoriales, ce qui est inquiétant pour la sécurité de la passation des contrats de partenariat.

#### **Proposition n° 2 : Créer des structures spécialisées et développer les conditions de contrôle de la commande publique.**

**Ces structures devraient notamment disposer d'un pouvoir de contrôle renforcé :**

- par l'utilisation obligatoire d'un logiciel de gestion des marchés publics et la création d'un fichier central de passation des marchés publics ;
- par l'établissement systématique de rapports de négociation afin d'assurer, pour les marchés négociés, la traçabilité de l'ensemble de la procédure de négociation (notamment lorsque apparaît une modification du classement des offres après la négociation) ;
- par la clarification du régime permettant de passer des avenants à un marché ou à une délégation de service public ;
- par l'accès effectif des conseillers aux documents afférents aux marchés et contrat en temps utile avant les réunions délibératives ;
- par l'obligation pour les exécutifs locaux de publier le compte rendu de l'exécution des opérations d'équipement.

**Plus généralement, le développement de l'audit de fraude, l'établissement d'une cartographie des risques, des recherches ciblées, qui étaient auparavant de la compétence de la mission interministérielle, pourraient être confiés au SCPC.**

#### **4.La difficulté à donner l'alerte**

#### **4.1. L'absence de veille**

Les services instructeurs des marchés, au moment des constitutions de dossier de consultation, sont essentiellement actifs sur l'aspect rédactionnel, pour l'écriture des conditions réglementaires des candidatures. Il n'y a que rarement des contrôles financiers, de cohérence (éviter le saucissonnage), ou des retours d'expérience etc.

Il n'y a pas d'observatoire économique des secteurs marchands concernés par un appel d'offre, ni en interne ni en mutualisation externe. Ceci permettrait déjà, à un stade préalable, de connaître l'organisation oligopolistique des secteurs concernés, leurs ententes statutaires ou officieuses, leurs types de prix etc., comme le ferait un grand acheteur privé. Il est probable que si les groupements de commandes *in house* ou externalisés se développent, via l'Union des Groupements d'Achat Public (UGAP) par exemple, cette approche économique se renforce.

Il devrait aussi exister une base de données accessible aux acheteurs publics ou un lien vers les plateformes centralisées d'achat, qui recenserait les données des tribunaux et chambres de commerce concernant les entreprises soumissionnaires (reprises d'activité, cessation de paiement, etc..).

Les clubs d'acheteurs sont pratiquement inexistant alors qu'ils permettraient aux administrations d'harmoniser leurs pratiques ou leurs contrôles de manière plus partagée. A cet effet il semblerait légitime que la DGFIP puisse jouer un rôle d'animation et de veille constructif. Nous constatons aujourd'hui que c'est le Groupe Moniteur émanation du secteur du BTP, qui est le plus proactif sur ces questions, même si la question de sa neutralité peut se poser. Du point de vue de la formation et de la montée en compétence des agents sur des procédures de plus en plus complexes et auxquelles s'ajoutent un certain nombre de contraintes techniques ou réglementaires, environnementales, la puissance publique n'a pas l'ingénierie de formation nécessaire aujourd'hui. D'ailleurs la formation continue, notamment des cadres dans la Fonction Publique Territoriale (FPT) ou la FPH (Fonction Publique Hospitalière), atteint des niveaux inquiétants. Enfin, il est manifeste que dans les secteur des travaux publics, de la gestion de l'environnement, de l'aménagement urbain et du développement d'infrastructures, devant cette complexité technique croissante, les entités publiques recrutent de plus en plus de chargés d'opérations issus de bureaux d'études techniques, souvent prestataires permanents des acheteurs publics. Si une vigilance existe concernant le contrôle du pantoufle c'est-à-dire le départ d'un fonctionnaire dans le secteur privé, il serait opportun que l'inverse puisse aussi faire l'objet au moins d'un code de déontologie spécifique ou de procédures de contrôle.

**Proposition n° 3 : Développer la formation initiale et continue des élus locaux et des fonctionnaires, comprenant notamment une sensibilisation à la prévention des atteintes à la probité ; ces formations seraient assurées par un "Réseau des écoles de service public" qui en garantirait la qualité.**

#### **4.2. Des fonctionnaires vulnérables.**

La France a fait le choix d'avoir une fonction publique sous protection statutaire, pour elle seule garante d'une neutralité de ses agents d'exécution devant le pouvoir exécutif, contribuant ainsi à limiter le développement de la corruption. Encore faudrait-il que cette protection statutaire soit une réalité.

L'article 40 du code de procédure pénale libère partiellement le fonctionnaire. Il permet notamment aux agents de signaler des faits au procureur sans en référer à leur hiérarchie. Ainsi, pour un agent qui avait révélé au parquet des fraudes lors d'un recensement et révoqué par le maire : la sanction a été annulée, et sa réintégration ordonnée par le Conseil d'Etat<sup>4</sup>. Depuis 2007, l'article L2211-2 du code général des collectivités territoriales fait même explicitement obligation aux maires de signaler les infractions.

Mais le non respect de l'article 40 n'est pas sanctionné et la hiérarchie n'incite guère au signalement d'affaires sensibles. C'est un dispositif imparfait et largement sous-utilisé<sup>6</sup>.

Cela s'explique par le fait que les agents sont sous l'autorité hiérarchique des élus et d'autres fonctionnaires. Ils sont soumis au pouvoir disciplinaire des élus siégeant en Commission Administrative Paritaire (CAP), constituées de pairs mais aussi d'élus qui peuvent être de leur propre collectivité.

Et des deux tiers des 36 497 recrutements externes effectuées en 2011 par les collectivités locales et les Etablissements Publics de Coopération Intercommunale ont été effectuées sans concours (agents contractuels et agents de la catégorie C). Le recrutement des agents de catégorie C est discrétionnaire avec un risque élevé de clientélisme. Le recrutement de contractuels s'effectue souvent dans des conditions de transparence médiocres (publicité des vacances de postes éludée ou réduite au strict minimum, motivation du recrutement faiblement développée). Dans un contexte de crise sur le marché de l'emploi, ces recrutements sont susceptibles de donner lieu à contrepartie matérielle (services) ou morale (engagement politique).

#### **Proposition n° 4 : Instaurer la transparence du recrutement et de la promotion des agents publics locaux.**

**La bourse interministérielle de l'emploi public ne concerne pas, à l'heure actuelle, la fonction publique territoriale. Or, la transparence dans le recrutement des agents territoriaux est un élément important pour limiter le risque de dépendance clientéliste au sein du personnel des collectivités et de leurs groupements et de création d'un climat de connivence favorable à la commission d'atteintes à la probité. Il en va de même de la transparence des promotions.**

**C'est pourquoi il conviendrait notamment :**

---

<sup>6</sup> Laure Romanet , [le dispositif d'alerte éthique de l'article 40 al. 2 du code de procédure pénale](#), Revue du Grasco

- de rendre obligatoire la convocation d'un représentant syndical et d'un membre de l'opposition aux jurys de recrutement
- d'améliorer la transparence du recrutement et de la promotion des agents locaux en créant un portail national unique de l'emploi public local
- d'élaborer un statut protecteur pour les directeurs généraux des services, apparenté à celui des directeurs d'hôpitaux ou des directeurs d'offices publics d'HLM afin de faciliter la possibilité éventuelle de résister à des ordres illégaux.

Le cas échéant, il est difficile pour les agents de trouver un avocat de droit public pour les défendre, car les collectivités travaillent avec beaucoup de cabinets en matière d'urbanisme, de contrats, mais aussi de discipline et il est donc soit plus rentable d'avoir un contrat avec une collectivité apporteuse d'affaires, ou simplement il existe dans beaucoup de cas des conflits d'intérêts des avocats qui ne peuvent défendre leurs dossiers. Et contrairement à ce que l'on croit, il existe peu de présence syndicale, surtout dans les petites structures et leurs représentants ne connaissent pas suffisamment l'approche de la dénonciation motivée d'infractions en droit public. Enfin les frais dits de dépens des affaires administratives que sont les procédures disciplinaires sont mises à la charge des seuls fonctionnaires et sont très importants, alors que ces mêmes charges pour la partie adverse publique rédactrice d'un acte disciplinaire est mis à la charge de la collectivité. Il y a donc une distorsion de moyens ouverts en termes de voies de défense entre les parties.

Il est donc manifeste que ces agents sont très peu encouragés à dénoncer des faits de corruption, puisqu'ils se retrouvent à en subir les risques sur leur carrière de manière durable, d'autant que les tribunaux administratifs mettent deux ou trois ans pour statuer sur leur cas individuel. De plus s'ils parlent, on leur reproche d'avoir trahi leur collectivité.

#### **Proposition n° 5 : Protéger efficacement les lanceurs d'alerte**

**En premier lieu, les textes doivent être clarifiés. Ainsi, au Royaume-Uni, la législation, adoptée en 1998, protège, de façon très générale, les acteurs publics et privés qui signalent des infractions (dont le champ est large), des risques pour la santé et l'environnement ou encore des éléments permettant d'établir ou de prévenir des erreurs judiciaires. La protection est acquise si le lanceur d'alerte peut raisonnablement considérer que la divulgation est d'intérêt général. La loi prévoit des dispositions contre le licenciement abusif, un aménagement de la charge de la preuve en cas de procès, ainsi que la possibilité d'être indemnisé dans la limite de cinq millions de livres.**

**Le Canada connaît une législation comparable pour le secteur public : la loi de protection des fonctionnaires divulgateurs d'actes répréhensibles, promulguée en 2005.**

**En deuxième lieu, les lanceurs d'alerte doivent être en mesure de s'adresser à un interlocuteur sûr et clairement identifié. Le cas échéant, cet interlocuteur doit pouvoir faire écran à la révélation de l'identité du divulgateur. La mise en place de dispositifs d'alerte opérationnels est généralement accompagnée de la nomination dans les organisations d'un référent ou déontologue qui peut recueillir les signalements en toute confidentialité. Au Royaume-Uni, la loi comporte aussi une liste de personnes ou d'autorités auxquelles le lanceur d'alerte peut s'adresser, à défaut de son employeur.**

**De même, au Canada, les agents publics peuvent s'adresser à leur superviseur ou à l'agent supérieur en matière de divulgation d'actes répréhensibles désigné de leur administration. Ils peuvent aussi faire une divulgation protégée à un tiers indépendant, le commissaire à l'intégrité du secteur public. La divulgation peut être confidentielle.**

**En troisième lieu, la rétorsion contre le lanceur d'alerte doit être sanctionnée. Au Canada, le commissaire à l'intégrité peut saisir le tribunal de la protection des fonctionnaires divulgateurs. Cet organisme indépendant peut décider de mesures de réparation, ainsi que de sanctions disciplinaires et financières à l'encontre des auteurs de représailles. Aux Etats-Unis, la loi Sarbanes-Oxley prévoit des peines d'amende ou d'emprisonnement pour des représailles à l'encontre d'un lanceur d'alerte qui a fourni des éléments d'informations véridiques sur la commission d'infractions aux autorités chargées d'assurer leur respect**

#### **4.3. Un contrôle citoyen délicat.**

Les contentieux ont lieu essentiellement au stade pré-contractuel, c'est-à-dire avant la signature des contrats. La vie des contrats, qui va comporter le recours exagéré à des avenants, une opacité entre la prestation commandée et la prestation livrée (absence de service fait), ne fera que très rarement l'objet de recours contentieux. Or c'est souvent là que se cache une surfacturation, un détournement de fonds...

*M. B est habitant d'une commune de région parisienne. Il a à maintes reprises fait la demande d'accès à divers documents administratifs depuis juillet 2014, notamment la transmission de copies relatives, entre autres, à divers marchés publics tel que celui passé de 2008 à 2014 par sa commune avec la société Idéepole, filiale de Bygmalion. Il a par ailleurs demandé communication des indemnités et frais de bouche des élus de sa commune.*

*La Commission d'Accès aux Documents Administratifs (CADA) a confirmé dans un avis adressé au maire que cette demande citoyenne était bien fondée et les documents communicables. En effet, la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 reconnaît à toute personne le droit d'obtenir communication des documents détenus dans le cadre de sa mission de service public par une administration. Ce droit d'accès s'applique à tous les documents, quels qu'en soient la forme et le support, que produisent les autorités administratives, mais aussi aux documents qu'elles reçoivent des personnes publiques ou privées. L'article L.*

*2141-1 du Code Général des Collectivités Territoriales (CGCT) rappelle que le "le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci est un principe essentiel de la démocratie locale.*

*Devant l'indifférence de la mairie valant refus implicite en droit, M. B a déposé une requête auprès du Tribunal administratif afin d'obtenir la communication des documents sollicités il y a maintenant plus de cinq mois.*

**Proposition n° 6 : Prévoir une sanction pénale en cas de non-exécution d'une décision de la Commission d'accès aux documents administratifs.**

Plus généralement, il est difficile aux citoyens d'exercer leur vigilance. Dans ce contexte, Anticor a proposé aux candidats aux élections locales la signature d'une charte éthique. Sur ce modèle, le dernier rapport du SCPC propose l'élaboration d'une charge déontologique-type nationale, déclinée pour chaque collectivité, afin notamment de prévenir les conflits d'intérêts. Une formation adéquate devrait aussi permettre aux intéressés de s'approprier les dispositions de cette charte. Cette charte serait aussi opposable, c'est-à-dire que des sanctions seraient attachées au non respect de la déontologie.

**Proposition n° 7 : Elaborer une charte déontologique type pour les élus et fonctionnaires locaux.**

## 5. Une réponse juridictionnelle insuffisante

### 5.1. Des tribunaux administratifs peu saisis.

Les réformes successives du contrôle de légalité n'ont pas réussi à masquer la réduction drastique des moyens dont il a fait l'objet dans le cadre de la RGPP. Entre 2009 et 2011, les effectifs consacrés au contrôle de légalité et budgétaire ont été réduits de plus de 20%. Ils sont essentiellement composés de personnels de catégorie B ou C, alors que les actes des collectivités territoriales sont majoritairement élaborés par des agents de catégorie A. Le décalage entre « contrôleur » et « contrôlés » s'accroît, avec pour conséquence une disparition de facto du contrôle de légalité<sup>7</sup>.

Cela explique en partie au moins, un exercice très modéré par les préfets de leur pouvoir de déférer aux tribunaux administratifs des marchés publics posant un problème de légalité. Cette situation n'est pas compensée que très partiellement par la possibilité pour des citoyens de saisir cette juridiction, car ces derniers doivent démontrer leur intérêt particulier à agir.

Certes, le Conseil d'État a ouvert récemment aux tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif la possibilité de contester sa validité devant le juge du contrat<sup>8</sup>. Mais seuls certains tiers seront recevables à former un tel recours, et

<sup>7</sup> Rapport du Sénat, op. cit.

<sup>8</sup> 4 avril 2014, Département du Tarn-et-Garonne.

d'autre part, seuls certains moyens, tirés d'illégalités particulièrement graves ou en rapport direct avec l'intérêt lésé des tiers requérants, seront susceptibles d'être soulevés.

Enfin, lorsqu'elle est saisie, la juridiction administrative est lente. Devant un tribunal administratif, le délai moyen qui sépare le dépôt d'une requête de son jugement est compris entre sept mois et deux ans et demi selon la nature et la difficulté des dossiers.

Certes, le référé précontractuel permet aux opérateurs économiques de saisir le juge administratif, avant même que le contrat soit signé, à un stade où les éventuelles violations aux règles de publicité et de mise en concurrence peuvent encore être empêchées ou corrigées. Le référé contractuel permet de sanctionner rapidement, après la conclusion du contrat, dans des délais adaptés aux impératifs de la vie économique, les manquements les plus graves aux règles de publicité et de mise en concurrence. Mais ces procédures d'urgence ne tempèrent qu'en partie seulement la lenteur de ces juridictions.

#### **Proposition n° 8 : Rénover le contrôle de légalité en confiant ce contrôle à une nouvelle institution**

**Chiffres et témoignages conduisent à la même conclusion : le contrôle de légalité est devenu une véritable passoire. Cette situation est un facteur d'insécurité juridique, propice aux dérives dans l'application de la loi par les collectivités locales.**

**Mais ce n'est pas seulement une question de moyens : ce contrôle de légalité revient au préfet, qui est nommé par le président de la République. Il a donc une dimension politique, car le préfet ne peut prendre le risque de s'opposer durablement à des élus, surtout ceux de la majorité au pouvoir.**

**La possibilité de confier ce contrôle à une nouvelle institution qui serait créée dans les juridictions administratives doit être envisagée. Cela ne change rien à la nature de la mission des services de l'Etat en ce domaine, et notamment à la possibilité d'apporter une assistance juridique aux collectivités locales. En revanche, pour les manquements graves, la réponse de l'Etat ne dépendra que de magistrats indépendants et impartiaux. D'autres pays, comme l'Espagne ou le Portugal, disposent déjà d'un parquet administratif.**

**Cette réforme peut être faite à coût nul, par une évolution des fonctions des rapporteurs publics dont le rôle est aujourd'hui limité à la présentation de conclusions devant la juridiction administrative et la mise à leur disposition des fonctionnaires qui sont actuellement en charge du contrôle de légalité.**

#### **5.2. Une transmission insuffisante des informations entre les juridictions.**

En principe, la création des juridictions interrégionales spécialisées dans les affaires de grande complexité devait apporter un remède à la difficulté de saisir les affaires les plus importantes de commande publique .

Mais les agents d'enquête connaissent peu la finesse du droit public et n'identifient pas toujours un soupçon de délit, s'il n'y a pas de manière évidente dans le dossier des éléments déjà déposés de soupçon d'enrichissement personnel.

Surtout, la compétence qui existent au niveau des tribunaux administratifs, des chambres régionales des comptes, du trésor sur ces sujets ne sont pas mises de manière systématique à contribution : la décision de transmettre aux procureurs des faits susceptibles de constituer une infraction pénale dépend des juridictions et souvent des initiatives personnelles des magistrats concernés. Régulièrement, des circulaires rappellent l'opportunité d'une transmission plus rapide et systématique des informations entre ordres de juridictions, mais elles sont inégalement suivies<sup>9</sup>.

Le contrôle des juridictions financières portant souvent sur des pièces comptables disponibles plusieurs mois après la fin de l'exercice, dont l'examen dans le respect du principe de la contradiction nécessite du temps, il arrive que l'action publique sur les faits signalés à l'autorité judiciaire soit déjà prescrite. Un nombre encore trop important de signalements transmis par les juridictions financières est classé sans suite pour des motifs liés à la prescription. Les atteintes à la probité s'inscrivent dans des modes opératoires souvent complexes et revêtent par nature un caractère occulte, le préjudice étant souvent difficilement perceptible par les personnes physiques ou morales victimes.

*Monsieur H est salarié, responsable de gestion comptable de la SA d'un aéroport régional, dont l'actionnariat est pour partie public via la Chambre de Commerce et d'Industrie (CCI), l'Etat et les collectivités territoriales. Dans ce cadre, il a dénoncé un montage visant à détourner en accord avec les décideurs de l'entreprise des fonds publics. En septembre 2009, durant l'appel d'offres "Mission de conseil et d'expertise comptable et fiscale", M. H se rend compte que ce dernier ne respecte pas le principe d'égalité de traitement avec une offre remise et montée par un "homme de paille", derrière lequel se cachait un décideur de l'entreprise adjudicatrice, membre du conseil d'administration.*

*Par suite, un certain nombre de missions complémentaires non prévues ont été facturées à l'aéroport, couvrant des dépenses personnelles des dirigeants. De graves collusions d'intérêts entre ces contrats et les responsables de l'aéroport ont pu ensuite être mis en exergue grâce à la vigilance de M. H. Malheureusement M. H a été renvoyé de manière brutale en juin 2012, et a fait appel au défenseur des Droits qui a demandé une enquête.*

*Monsieur H a été entendu par un inspecteur du Service Régional de Police Judiciaire (SRPJ) en février 2014. En décembre 2014, l'enquêteur du SRPJ lui explique que son "dossier sur les marchés de l'aéroport" avait opportunément*

<sup>9</sup> par ex. [Circulaire du 10 décembre 2014 relative aux relations entre l'autorité judiciaire et les juridictions financières.](#)

*(?) disparu, et lui indique qu'il faudrait fournir à nouveau toutes les pièces pour le reconstituer...*

**Proposition n° 9 : Prévoir l'obligation pour les juridictions administratives, les chambres régionales des comptes et la Cour des comptes de transmettre aux juridictions judiciaires tous les éléments de nature à faire présumer une infraction pénale.**

### **5.3. L'irresponsabilité des élus ordonnateurs**

*La chambre régionale des comptes juge dans son ressort les comptes de sa compétence produits par les comptables publics. Elle juge également les comptes des personnes qu'elle a déclarées comptables de fait.*

*Ce contrôle vise à s'assurer du respect des règles d'exécution des recettes et des dépenses et du principe de la séparation des ordonnateurs et des comptables. Il s'agit d'un contrôle de régularité des opérations effectuées par les comptables publics.*

*Si les comptables n'ont pas satisfait en totalité aux obligations de leur charge et, notamment, s'ils n'ont pas exercé, en matière de dépenses et de recettes, les contrôles leur incombeant, la chambre peut exiger d'eux les justifications complémentaires nécessaires et, à défaut, les mettre en débet. Elle peut aussi les condamner à l'amende pour retard dans le dépôt de leurs comptes annuels.*

*Dès lors que ceux-ci ont satisfait à leurs obligations, la chambre les décharge de leur gestion et leur donne quitus lorsqu'ils ont quitté leurs fonctions.*

Ainsi, seuls les comptables publics sont traduits devant de telles cours, étant finalement les seuls garants de la fiabilité et de la qualité comptable. Cette responsabilité non partagée (alors qu'ils ne sont qu'agents d'exécution des paiements et encaissements et externes aux collectivités dont ils ne connaissent souvent pas assez le fonctionnement interne), les amènent à être mis en débet c'est-à-dire personnellement condamnés à rembourser les sommes dues à hauteur du délit. Le point essentiel c'est que leur défaillance éventuelle ne va concerner qu'un manquement au contrôle de régularité des pièces (le contrôle de la liquidation: existence des pièces, calculs justes, bonnes coordonnées de paiement, créance exigible )

Mais un contrat est souvent "bien écrit", les factures tout à fait justes fort heureusement. Ils ne contrôlent pas la légalité des pièces au sens du respect de la procédure en amont, la réalité du service fait, etc. Nous considérons qu'en matière d'exécution, et c'est bien à ce stade que l'on peut caractériser un délit (un contrat écrit n'est qu'une simple intention), personne n'est mis en responsabilité sur la légalité d'une transaction.

Certes, les juridictions financières ont aussi une mission de contrôle budgétaire et de gestion. Ce dernier porte sur la régularité des actes de gestion, l'économie des

moyens mis en œuvre et l'évaluation des résultats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'organe délibérant. Mais « l'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations ». Le juge financier, ne peut porter une appréciation sur les choix politiques faits par les élus mais il doit examiner *ex post* si les choix ainsi réalisés ont été atteints au vu des moyens financiers mis en œuvre et si l'argent public a, au final, été correctement utilisé.

**Proposition n° 10 : Imposer aux collectivités de rendre public, un an après un rapport d'observation de la Chambre régionale des comptes, le bilan des mesures de correction prises.**

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) est chargée de réprimer les infractions commises en matière de finances publiques. Institution associée à la Cour des comptes, elle constitue toutefois une juridiction financière distincte de cette dernière. Elle est chargée de sanctionner par des amendes les infractions à l'ordre public financier (art. L.313-1 et s. du code des juridictions financières). Les justiciables de la CDBF sont notamment les fonctionnaires civils et militaires, les ordonnateurs, les gestionnaires des organismes et collectivités soumis au contrôle de la Cour des comptes, ainsi que les membres de cabinets ministériels et les comptables publics. Les membres du Gouvernement ne sont pas justiciables de la Cour.

Point n'est besoin de commenter son activité : voici ce que nous retrouvons dans son rapport annuel 2013 : le nombre d'arrêts rendus en 2013 s'établit à quatre. Il est en nette diminution par rapport aux sept arrêts rendus en 2011 et en 2012, étant précisé que les chiffres de 2011 incluent deux décisions rendues sur voies de rétractation (demandes en rectification et en révision) dont les délais d'instruction et de traitement sont beaucoup plus courts. Ce fléchissement contribue à l'augmentation du nombre d'affaires en stock. Le nombre des dossiers en stock s'établit à 34 au lieu de 31 à fin 2012 (32 à fin 2011).

Seulement neuf procédures pénales avaient pour origine un contrôle budgétaire en 2008. La distinction entre parquets des juridictions financières et judiciaires ne facilite pas non plus la transmission des informations. Il en va différemment dans des pays, comme l'Espagne ou le Portugal, où le parquet constitue un corps unique, représenté devant toutes les juridictions.

Et les ministres comme les élus ne peuvent voir leur responsabilité de gestionnaire public engagée. Comme l'a souligné la Cour des comptes dans son rapport public sur l'affaire d'Hénin-Baumont, "les fautes de gestion graves et réitérées d'un ordonnateur élu ayant entraîné des préjudices importants pour une collectivité ne sont pas susceptibles d'être déférées à la CDBF". L'ampleur des manquements comptables et budgétaires avait pourtant conduit à la révocation du maire en 2009 et à des poursuites pénales contre celui-ci.

En juillet 2011, quelques députés ont soutenu un amendement visant à rendre les ministres et les élus locaux justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière. Ils soulignaient que toutes les démocraties représentatives voisines connaissent ce type de responsabilité.

Ils citaient aussi pour exemple de faits qui ne pourraient être sanctionnés ceux commis lors de la réunion de l'Union pour la Méditerranée : "Le ministère des affaires étrangères a dépensé 16 millions d'euros pour organiser cette manifestation qui n'a duré que quelques heures (...). Tout cet argent a été dépensé dans le plus grand désordre. (...). Il n'y a eu aucun appel d'offres. On a fait n'importe quoi, au point, d'ailleurs, que le comptable a refusé de payer. Le ministre du budget a trouvé une solution : il a expliqué à son collègue des affaires étrangères qu'il suffisait de réquisitionner le comptable, qui, dès ce moment, ne pouvait plus être considéré comme responsable d'avoir couvert toutes les irrégularités afférentes à ces 16 millions d'euros. Le ministre n'étant de toute façon pas responsable financièrement, tout était réglé !" Mais, à la demande du gouvernement, l'amendement a été rejeté.

**Proposition n° 11 : Généraliser la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière à l'ensemble des ordonnateurs.**

**La CDBF sanctionne les fautes personnelles des fonctionnaires qui engagent des dépenses en infraction avec les règles applicables. L'activité de cette juridiction est modeste. Elle a rendu en moyenne trois arrêts par an depuis sa création. Les élus ne doivent pas être exonérés de cette responsabilité. Il faut donc permettre à la CDBF de les sanctionner.**

**6. Renforcer la coopération sur le plan européen.**

La lutte contre la fraude et l'évasion fiscale doit être intégrée dans le droit de la commande publique.

**Proposition n° 12: Exclure des procédure de mise en concurrence des marchés publics, dans toute l'Union européenne, les opérateurs économiques condamnés pour des faits d'atteinte à la probité ou de fraude fiscale.**

Les principes de libre échange économique dans l'Union européenne profitent à la criminalité organisée. Déjà en 1996, des juges européens lançaient "l'appel de Genève": *Pour avoir une chance de lutter contre une criminalité qui profite largement des réglementations en vigueur dans les différents pays européens, il est urgent d'abolir les protectionnismes dépassés en matière policière et judiciaire. Il devient nécessaire d'instaurer un véritable espace judiciaire européen au sein duquel les magistrats pourront, sans entraves autres que celles de l'Etat de droit, rechercher et échanger les informations utiles aux enquêtes en cours.*(...).

En 1997, un groupe de juristes des quinze États membres, animé par Mireille Delmas-Marty tirait les conséquences de l'échec des formes traditionnelles de la coopération dans un cadre inter étatique. Il recommandait notamment la création d'un parquet européen. Le traité de Lisbonne prévoit la possibilité de créer une telle structure.

**Proposition n° 13 : Soutenir la mise en place d'un Parquet européen, en le dotant des ressources humaines et financières nécessaires; soutenir en même temps les agences européennes, telles qu'Europol et Eurojust, ainsi que les équipes communes d'enquête.**

Résumé des propositions:

1. Renforcer les Commissions d'appels d'offres locales en créant des jurys tirés au sort et en rendant obligatoire la convocation d'un représentant de l'État.
2. Créer des structures spécialisées et développer les conditions de contrôle de la commande publique.
3. Développer la formation initiale et continue des élus locaux et des fonctionnaires, comprenant notamment une sensibilisation à la prévention des atteintes à la probité.
4. Instaurer la transparence du recrutement et de la promotion des agents publics locaux.
5. Protéger efficacement les lanceurs d'alerte.
6. Prévoir une sanction pénale en cas de non-exécution d'une décision de la Commission d'accès aux documents administratifs.
7. Élaborer une charte déontologique type pour les élus et fonctionnaires locaux.
8. Rénover le contrôle de légalité en confiant ce contrôle à une nouvelle institution.
9. Prévoir l'obligation pour les juridictions administratives, les chambres régionales des comptes et la Cour des comptes de transmettre aux juridictions judiciaires les éléments de nature à faire présumer une infraction pénale.
10. Imposer aux collectivités de rendre public, un an après un rapport d'observation de la Chambre régionale des comptes, le bilan des mesures prises.
11. Généraliser la compétence de la Cour de discipline budgétaire et financière à l'ensemble des ordonnateurs.
12. Exclure des procédures de mise en concurrence des marchés publics les opérateurs condamnés dans un pays de l'Union européenne pour des faits d'atteinte à la probité ou de fraude fiscale.
13. Soutenir la mise en place d'un parquet européen.