GOUVERNEMENT

Liberté
Égalité
Fraternité

GUIDE DE L'ACHAT PUBLIC

MAÎTRISER LE RISQUE DE CORRUPTION DANS LE CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC

JUIN 2020

Conception et rédaction :
Agence française anticorruption
Direction des achats de l'État

Graphisme :
CMM

La licence implique que :

Le guide est placé sous le régime des licences creative commons (pictogramme « CC »)
Le guide peut être librement utilisé, reproduit et diffusé, à la condition de faire référence à la DAE (pictogramme « BY »)
Sa modification est autorisée mais l'utilisation du guide à titre commercial est interdite (pictogramme « NC »).

Michel GRÉVOUL
Directeur des achats de l'État

Charles DUCHAINE
Directeur de l'Agence française anticorruption

Le poids des marchés publics au sein de l'économie fait de la probité de l'ensemble des acteurs de l'achat public un sujet de préoccupation majeur.

Fondement d'une société de confiance, la lutte contre la corruption participe à la fois à la moralisation de la vie publique et à l'intégrité de la vie économique. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique répond à cette exigence de transparence et d'exemplarité en portant la législation française au niveau des meilleurs standards européens et internationaux en matière de lutte contre la corruption.

Résultant de la collaboration entre la Direction des achats de l'État et l'Agence française anticorruption, ce guide pratique sur la maîtrise du risque de corruption dans le cycle de l'achat public a également bénéficié de l'expertise d'un groupe de travail composé de professionnels de l'achat et de la déontologie.

Il a pour ambition d'accompagner les acteurs publics dans l'élaboration, la mise en œuvre et le déploiement d'un dispositif de prévention de la corruption.

Tout en rappelant les réflexes à adopter face aux situations à risques, il invite également l'ensemble des acteurs de l'achat public à se mobiliser pour décliner un référentiel anticorruption adapté à leur structure et ainsi créer les conditions favorables à des relations équilibrées avec leurs partenaires économiques.

En cela il n'est donc pas un guide de l'interdit en matière d'achat public mais au contraire un outil essentiel à la professionnalisation et à la performance de l'achat public.

Licence creative commons - CC BY NC

SOMMAIRE

Introduction....6

Chapitre I : Un préalable : bien organiser les achats....16
Fiche 1 : Organiser les achats et assurer leur transparence....17
- Section 1 : Bien connaître et analyser ses achats pour anticiper les situations à risque....18
- Section 2 : Bien programmer pour bien acheter....19
- Section 3 : Communiquer largement sur les achats de l'entité pour élargir l'accès à la commande publique et favoriser l'égalité de traitement des opérateurs économiques....19
- Section 4 : Assurer la transparence des données pour faciliter le contrôle externe....20
- Section 5 : Organiser la fonction achats....22

Chapitre II : Les fondements d'une démarche anticorruption....24
Fiche 1 : L'engagement des instances dirigeantes....25
- Section 1 : L'engagement des instances dirigeantes, condition de l'effectivité d'un programme anticorruption....26
- Section 2 : Que contient un programme anticorruption ?....28

Fiche 2 : La cartographie des risques d'atteinte à la probité....30
- Section 1 : Clarifier le rôle et les responsabilités de chacun dans l'élaboration, la mise en œuvre et la mise à jour de la cartographie....31
- Section 2 : Identifier les risques inhérents aux activités de l'entité....32
- Section 3 : Évaluer l'exposition aux risques de corruption : déterminer les risques bruts....33
- Section 4 : Évaluer l'adéquation et l'efficacité des moyens existants visant à maîtriser les risques bruts : déterminer les risques nets (ou résiduels)....34
- Section 5 : Hiérarchiser et traiter les risques nets (ou résiduels) : mettre en oeuvre un plan d'action....34
- Section 6 : Formaliser et tenir à jour la cartographie des risques....35

Chapitre III : Prévenir....36
Fiche 1 : La mise en œuvre des obligations déontologiques et le code de conduite anticorruption....37
- Section 1 : La mise en œuvre des obligations déontologiques....38
- Section 2 : Le code de conduite anticorruption....43

Fiche 2 : L'évaluation des tiers....48
• Section 1 : La mise en œuvre de l'évaluation des tiers....48
• Section 2 : La méthodologie de l'évaluation des tiers....50
• Section 3 : Quelles sont les conséquences de l'évaluation des tiers ?....54
Fiche 3 : Le dispositif de formation aux risques d'atteinte à la probité....57
• Section 1 : Pourquoi former les acteurs du cycle de l'achat public ?....57
• Section 2 : Qui former et à quoi ?....58
• Section 3 : Les modalités de formation....59
• Section 4 : Le suivi de l'efficience du dispositif de formation....60

Chapitre IV : Détecter....61
Fiche 1 : Le contrôle interne et l'audit interne....62
• Section 1 : Le contrôle interne dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité....62
• Section 2 : L'audit interne dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité....64
Fiche 2 : Les dispositifs d'alerte....66
• Section 1 : Le dispositif d'alerte spécifique aux « lanceurs d'alerte »....66
• Section 2 : Le dispositif d'alerte portant sur un manquement au code de conduite anticorruption....67
• Section 3 : Le signalement au procureur de la République....68

Chapitre V : Déployer un programme anticorruption....70
Fiche 1 : Déploiement du programme anticorruption....71
• Section 1 : Point de départ....71
• Section 2 : Déroulement des travaux....72
• Section 3 : Évaluation et actualisation du dispositif....72

Boîte à outils....75
Pas à pas de la cartographie des risques d'atteinte à la probité....76
Bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats....82
• Phase de préparation....82
• Phase de passation....87
• Phase d'exécution....92
Fiche réflexe pour un acteur du cycle des achats....95
Fiche réflexe pour un responsable de service....105
Exemple de contenu d'un code de conduite anticorruption....107

Annexes....111
Annexe 1 : Les infractions d'atteinte à la probité....112
Annexe 2 : Présentation détaillée des dispositifs d'alerte....129
Annexe 3 : Les missions de l'Agence française anticorruption....136
Annexe 4 : Les recommandations des organisations internationales sur la prévention de la corruption dans les marchés publics....138

Glossaire....142

Équipe projet....158

INTRODUCTION

MAÎTRISER LE RISQUE DE CORRUPTION

Corruption, délit d'octroi d'avantage injustifié, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêts… les achats publics constituent un terrain possible de commission de quasiment tous les manquements au devoir de probité. Pour autant, le risque pénal n'est pas une fatalité dans le cycle de l'achat ; il peut être anticipé, prévenu et maîtrisé grâce à une démarche anticorruption efficace.

Ainsi, si le cadre juridique des achats publics place la lutte anticorruption au cœur du dispositif (droit de la commande publique, droits et obligations des agents publics, obligation de publication des données…), l'adoption d'un programme anticorruption traitant le processus achat dans son intégralité donne aux pouvoirs adjudicateurs[1] une assurance supplémentaire que le risque d'atteinte à la probité est jugulé.

Plus généralement, la prévention de la corruption fait partie intégrante de la performance des achats. Elle implique de mettre en œuvre des pratiques vertueuses et responsables, tant du côté des opérateurs économiques que du côté des acteurs de la chaîne de l'achat public. Elle renforce la confiance des citoyens, des usagers du service public et de l'ensemble de la société dans la probité et l'exemplarité de l'administration et de ses dirigeants.

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique[2] a fait naître de nouvelles obligations de prévention et de détection des atteintes à la probité pour ces différents acteurs privés et publics.

OBJECTIFS ET PÉRIMÈTRE DE CE GUIDE

Fruit des travaux communs de la Direction des achats de l'État, de l'Agence française anticorruption et d'une équipe pluridisciplinaire associant tous les versants de la fonction publique, ce guide a pour vocation d'aider toute personne intervenant dans le cycle de l'achat public à adopter des mesures concrètes lui permettant de mieux prévenir et détecter le risque d'atteinte à la probité : acheteur, prescripteur, décideur ou approvisionneur.

Il présente également un intérêt pour toute personne dont les missions concourent à la prévention des atteintes à la probité, notamment les contrôleurs internes, les auditeurs internes, les référents déontologues, les référents alerte, les dirigeants ou les services ressources humaines des pouvoirs adjudicateurs par exemple.

Plus largement, les préconisations pratiques de ce guide peuvent être utiles pour les représentants des entreprises concourant à des marchés publics – ou leurs salariés – et à toute personne souhaitant exercer un regard citoyen sur la commande publique.

Ce guide traite plus particulièrement des marchés publics tels que définis et réglementés par le code de la commande publique, à l'exclusion d'autres formes de contrats publics (marchés de partenariat, concessions, autorisations d'occupation du domaine public…).

Le cycle de l'achat public y est abordé de la préparation à l'exécution. Par facilité de langage, le terme de « cycle des achats » pourra être employé pour désigner l'ensemble du cycle de l'achat public.

[1] Par convention, la notion de pouvoir adjudicateur est utilisée au sein de ce guide mais les propos s'appliquent également aux entités adjudicatrices.
[2] Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Licence creative commons - CC BY NC

Cycle de l'achat public

Source :
AFA et DAE

LE RISQUE D'ATTEINTE À LA PROBITÉ DANS LE CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC

L'achat public a pour objectif principal de fournir à une personne publique[3] les biens et services nécessaires à l'exécution de sa mission, en temps opportun, au moindre coût et avec efficience[4]. En 2018, les marchés publics représentaient en France un montant annuel de 101 milliards d'euros pour 153 324 marchés[5].

Comme l'indique l'OCDE, « *les marchés publics constituent pour les pouvoirs publics un domaine d'activité économique fondamental particulièrement exposé aux malversations, à la fraude et à la corruption* ». C'est le cas quand l'achat public est détourné de sa vocation de satisfaction de l'intérêt général, au profit du seul intérêt personnel d'un individu ou d'un groupe d'individus.

Prise dans son sens général, la notion de corruption regroupe en réalité différentes infractions du code pénal français désignées sous le terme « manquements aux devoirs de probité », appelées également atteintes à la probité. Cette catégorie regroupe les infractions suivantes :

[3] Pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice
[4] OCDE, Recommandation du conseil de l'OCDE sur les marchés publics, 2015
[5] Données chiffrées pour l'exercice 2018 in Observatoire économique de la commande publique

Licence creative commons - CC BY NC

PRÉSENTATION SYNTHÉTIQUE DES ATTEINTES À LA PROBITÉ AU SENS DU CODE PÉNAL FRANÇAIS[6]

Corruption

Fait pour une personne ayant une mission de service public de demander ou d'accepter un **avantage quelconque en contrepartie** de l'accomplissement ou du non accomplissement d'un acte de sa fonction (articles 433-1 1° et 432-11 1° du code pénal).

Trafic d'influence

Fait pour une personne ayant une mission de service public d'accepter ou de demander un avantage pour, en contrepartie, **user de son influence** sur une autorité publique (articles 433-1 2° et 432-11 2° du code pénal).

Favoritisme

Fait pour une personne ayant une mission de service public de ne pas respecter les règles de la **commande publique ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats** conduisant à l'octroi d'un avantage injustifié à une entreprise (article 432-14 du code pénal).

Prise illégale d'intérêts

Fait pour une personne ayant une mission de service public de prendre, **recevoir ou conserver un intérêt personnel** dans une affaire dont il a à connaître à l'occasion de ses fonctions (articles 432-12 et 432-13 du code pénal).

Détournement de fonds publics

Fait pour une personne ayant une mission de service public **de détourner, soustraire ou détruire des fonds ou des biens publics** qui lui ont été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission (articles 432-15, 432-16 et 433-4 du code pénal).

Concussion

Fait pour une personne ayant une mission de service public de profiter de sa fonction pour **percevoir sciemment des sommes indues** ou de s'abstenir de percevoir des sommes dues (article 432-10 du code pénal).

Toutes ces infractions ont pour point commun de mettre en jeu l'intégrité des acteurs du cycle de l'achat public dans l'exercice de leurs missions et responsabilités.

[6] Pour une présentation détaillée des infractions, voir annexe p. 112 à 128.
La qualité des personnes ayant une mission de service public visées dans le tableau varie selon les infractions. La terminologie utilisée renvoie aux personnes dépositaires de l'autorité publique (notamment les agents publics), à celles chargées d'une mission de service public (certains des opérateurs privés participant au cycle de l'achat) et à celles titulaires d'un mandat électif public.

Licence creative commons - CC BY NC

LES PRINCIPAUX CHIFFRES DES ATTEINTES À LA PROBITÉ EN FRANCE

En 2018, 390 personnes ont été poursuivies pour des infractions d'atteinte à la probité en France[7].

Durant la même année, 286 personnes ont été condamnées pour des infractions d'atteinte à la probité dont 131 pour des faits de corruption, 52 pour détournement de fonds public, 38 pour prise illégale d'intérêts et 29 personnes pour des faits de favoritisme.

Une étude montre par ailleurs que les acheteurs publics et privés sont particulièrement exposés. Ainsi, 16% des responsables achats et 25% des directeurs achats indiquent avoir fait l'objet d'une tentative de corruption au cours de leur carrière[8].

A titre de comparaison, 16% de la population française déclare connaître quelqu'un qui perçoit ou a perçu des pots de vin[9].

LA SPÉCIFICITÉ DE L'ACHAT PUBLIC : UN CADRE JURIDIQUE ORIENTÉ VERS LA PRÉVENTION DES ATTEINTES À LA PROBITÉ

Les différentes étapes de l'achat public sont encadrées par les principes fondamentaux de la commande publique (article L. 3 du code de la commande publique) :

- liberté d'accès à la commande publique
- égalité de traitement des candidats
- transparence des procédures.

En ce sens, la réglementation applicable à la commande publique est tournée vers la prévention des atteintes à **la probité** par nature puisque les manquements à ces règles sont susceptibles de constituer a minima l'infraction de favoritisme. Ces atteintes à la probité peuvent concerner l'ensemble des acteurs du cycle des achats publics.

[7] Source : Ministère de la justice, Pôle d'évaluation des politiques pénales de la Direction des affaires criminelles et des grâces, Manquements à la probité : éléments statistiques, 2019
[8] AgileBuyer et Groupement Achats HEC, Les priorités des services achats en 2015, ou la manière dont seront gérés les sous-traitants en 2015, 1er décembre 2014
[9] Commission européenne, Eurobaromètre spécial 470 – Corruption, décembre 2017, p. 71

Licence creative commons - CC BY NC

QUELS SONT LES ACTEURS DU CYCLE DES ACHATS PUBLICS ?

Ce guide s'adresse à toute personne intéressée par la prévention des atteintes à la probité dans le cycle de l'achat public.
Il aborde le rôle des différents acteurs dans le cycle des achats, les risques auxquels ces acteurs pourraient être confrontés et les mesures de prévention ou les bons réflexes à adopter.
Plus particulièrement, les quatre types d'acteurs suivants sont mentionnés dans le guide :

Le prescripteur : il définit le besoin

Rôle du prescripteur :

- déterminer le « juste besoin » ;
- participer avec l'acheteur à :
  - la veille technique et économique ;
  - la proposition de pistes d'économies et d'amélioration de la conduite du cycle de l'achat ;
  - la construction de la consultation ;
  - l'analyse des offres ;
  - l'appréciation de la performance des achats.

L'acheteur : il conduit l'acte d'achat

Rôle de l'acheteur :

- définir et mettre en œuvre les stratégies d'achat ;
- analyser les marchés fournisseurs (sourçage) et les prix pratiqués ;
- identifier, mettre en œuvre et piloter les objectifs de performance des achats ;
- coordonner la définition du « juste besoin » ;
- piloter la relation fournisseur ;
- analyser les candidatures et les offres.

Le décideur : il attribue, signe le marché et représente juridiquement le pouvoir adjudicateur

Rôle du décideur :

- attribuer le marché public sur la base de l'analyse des offres effectuée par ses services ;
- représenter juridiquement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ;
- signer les marchés publics et à ce titre, engager juridiquement le pouvoir adjudicateur sur le fondement d'une délégation, et sa responsabilité dans l'acte d'achat ;
- comme membre de l'instance dirigeante, promouvoir une démarche déontologique et de prévention des atteintes à la probité dans le cycle de l'achat.

L'approvisionneur : il exécute l'achat

Rôle de l'approvisionneur :

- gérer la relation fournisseur sur son périmètre de compétences ;
- vérifier l'existence de supports contractuels ;
- initier les demandes d'achats après avoir collecté et regroupé les besoins exprimés et identifié les groupes de marchandises demandées ;
- initier les demandes d'achats ;
- constater le service fait ;
- suivre l'exécution des marchés (consommations, gestion des litiges, des pénalités…).

Licence creative commons - CC BY NC

A ces acteurs « internes » s'ajoutent les opérateurs économiques eux-mêmes : candidats, soumissionnaires, titulaires et sous-traitants, acteurs économiques participant au processus de passation voire au suivi de l'exécution du marché (assistant à maîtrise d'ouvrage ci-après AMO, maître d'œuvre ci-après MOE, bureau d'études).

Par ailleurs, les pouvoirs adjudicateurs font l'objet de contrôles par des acteurs externes (corps de contrôle, comptable public, inspections…).

IMPARTIALITÉ, PROBITÉ ET INTÉGRITÉ : DES OBLIGATIONS DÉONTOLOGIQUES QUI CONCERNENT TOUS LES ACTEURS DU CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC

Les agents publics ont l'obligation d'exercer leurs fonctions avec impartialité, probité, intégrité, dignité et de veiller à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts[10]. Ces principes s'appliquent à l'ensemble des agents publics (fonctionnaires, notamment ceux détachés au sein des établissements publics, et aux contractuels des trois fonctions publiques) [11].

Afin de bénéficier d'une assistance dans la mise en œuvre de ses obligations déontologiques, tout agent public a le droit de consulter un référent déontologue[12], chargé de lui apporter tout conseil utile[13].

Pour les collectivités territoriales, les élus locaux exercent leur mandat dans le respect des principes déontologiques consacrés par la charte de l'élu local[14] :

1. l'élu local exerce ses fonctions avec impartialité, diligence, dignité, probité et intégrité.
2. dans l'exercice de son mandat, l'élu local poursuit le seul intérêt général, à l'exclusion de tout intérêt qui lui soit personnel, directement ou indirectement, ou de tout autre intérêt particulier.

Enfin, toute autorité constituée, tout officier public, et tout fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République[15].

LES NOUVELLES OBLIGATIONS DE PRÉVENTION DES ATTEINTES À LA PROBITÉ ISSUES DE LA LOI N° 2016-1691 DU 9 DÉCEMBRE 2016[16]

Afin de mieux faire face au risque d'atteinte à la probité, la loi du 9 décembre 2016 impose aux personnes publiques et à certaines entreprises d'adopter des mesures de prévention et de détection des atteintes à la probité. Elle répond en cela aux recommandations de plusieurs organisations internationales[17]. La loi du 9 décembre 2016 crée également l'Agence française anticorruption (AFA), chargée d'aider les personnes confrontées aux différents risques d'atteinte à la probité mais également de contrôler l'existence et l'efficacité de ces mesures préventives.

[10] Articles 25 à 26 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ; article 1 de la loi n°2013-907 du 11 octobre 2003 relative à la transparence de la vie publique (pour les personnes titulaires d'un mandat électif local et celles chargées d'une mission de service public)

[11] En outre, les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle et agir avec réserve. Certains sont également soumis au secret professionnel (article 26 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires)

[12] Depuis la loi du n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires, tout agent public doit pouvoir bénéficier des conseils d'un référent déontologue

[13] Article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

[14] Article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT)

[15] En application du deuxième alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale

[16] Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

[17] Les recommandations des organisations internationales sur la prévention de la corruption dans les marchés publics sont détaillées en annexe 4, p. 138

Licence creative commons - CC BY NC

Plus précisément, l'article 17 de la loi définit un ensemble de huit mesures et procédures, articulées autour de la cartographie des risques, qui permettent à l'entité d'acquérir une assurance raisonnable que le risque d'atteintes à la probité est maîtrisé. Cet article est applicable aux acteurs économiques, c'est-à-dire aux grandes sociétés et établissements publics industriels et commerciaux ayant plus de 500 salariés et réalisant plus de 100 millions d'euros de chiffre d'affaires.

Pour les acteurs publics (administrations d'État, collectivités locales, établissements publics…) et les associations et fondations reconnues d'utilité publique, la loi ne définit pas de référentiel. Cependant, dans sa Charte des parties prenantes aux contrôles[18], **l'AFA indique que par analogie avec ce que la loi prévoit pour les acteurs économiques, il est attendu des acteurs publics et des associations et fondations reconnues d'utilité publique qu'ils mettent en place un dispositif anticorruption comprenant les 8 mesures et procédures applicables aux acteurs économiques, en les adaptant à leurs spécificités.**

L'une des premières missions de l'AFA a été de détailler le contenu de ces mesures préventives dans le cadre de recommandations, publiées au Journal officiel le 22 décembre 2017.

Par ses recommandations, l'AFA définit et met à disposition des organisations les éléments leur permettant de déterminer leur dispositif de conformité anticorruption, composante de leur stratégie de gestion des risques notamment d'atteinte à leur réputation, à la réalisation de leurs activités opérationnelles, à leur climat social ou à leur survie économique.

Ces recommandations énoncent plus particulièrement les principes suivants :

« (…) Le référentiel anticorruption forme un corpus cohérent et indissociable et s'applique à toutes les organisations, quels que soient leur taille, leur forme sociale, leur secteur d'activité, leur chiffre d'affaires ou l'importance de leurs effectifs.

La déclinaison et l'appropriation de ce référentiel par les organisations restent toutefois fonction de la cartographie des risques, du modèle économique et des enjeux propres à chacun. (…) »

Ces recommandations permettent ainsi de préciser le contenu des mécanismes préventifs devant être mis en place par les acteurs privés et les acteurs publics (articles 17 et 3 de la loi du 9 décembre 2016).

[18] La charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle informe des procédures de contrôle que l'AFA a pour mission d'effectuer. L'annexe 3 du présent guide détaille les missions de l'AFA

Licence creative commons - CC BY NC

L'OBLIGATION D'ADOPTER UN PROGRAMME ANTICORRUPTION

La loi du 9 décembre 2016 crée deux types d'obligations :

	Obligations applicables aux sociétés et établissements publics industriels et commerciaux mentionnés à l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016	Obligations applicables aux acteurs publics, associations et fondations reconnues d'utilité publique, mentionnés à l'article 3 de la loi du 9 décembre 2016
Périmètre	La loi impose aux **dirigeants des sociétés, groupes de sociétés et établissements publics employant au moins 500 salariés et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros** de prendre les mesures destinées à prévenir et détecter la commission de faits de corruption et de trafic d'influence.	La loi impose **aux administrations d'État, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, aux associations et fondations reconnues d'utilité publique** d'adopter des procédures pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme.
Référentiel	La loi définit **un référentiel de huit mesures et procédures :** - un code de conduite ; - un dispositif d'alerte interne ; - une cartographie des risques ; - des procédures d'évaluation des tiers ; - des procédures de contrôles comptables ; - un dispositif de formation ; - un régime disciplinaire ; - un dispositif de contrôle et d'évaluation interne de ces mesures.	La loi ne définit **pas de référentiel** mais dans sa Charte des parties prenantes au contrôle, l'AFA indique que par analogie avec ce que la loi prévoit pour les acteurs économiques, **il est attendu des acteurs publics et des associations et fondations reconnues d'utilité publique qu'ils mettent en place un dispositif anticorruption comprenant les huit mesures et procédures applicables aux acteurs privés, en les adaptant à leurs spécificités.**
Conséquences d'un contrôle de l'AFA	Le contrôle donne lieu à l'établissement d'un rapport transmis aux représentants de l'entité contrôlée et aux autorités qui en sont à l'initiative, le cas échéant. Le non-respect de ces obligations peut conduire au prononcé d'une sanction administrative pouvant aller jusqu'à 200 000 euros pour les personnes physiques et 1 million d'euros pour les personnes morales.	Le contrôle donne lieu à l'établissement d'un rapport transmis notamment aux représentants de l'entité contrôlée et aux autorités qui en sont à l'initiative, le cas échéant.

Les articles 3 et 17 de la loi du 9 décembre 2016 ne sont pas exclusifs l'un de l'autre. Ainsi, les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) et les sociétés d'économie mixte (SEM) peuvent, sous réserve de l'atteinte des seuils mentionnés au I de l'article 17 de la loi précitée[19], faire l'objet d'un contrôle de l'AFA **à la fois au titre du 3° de l'article 3[20] et au titre du III de l'article 17.**

[19] 500 salariés avec un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros

[20] Article 3 3° : « l'Agence française anticorruption : 3° Contrôle, de sa propre initiative, la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre au sein des administrations de l'État, des collectivités territoriales, de leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte, et des associations et fondations reconnues d'utilité publique pour prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme. Elle contrôle également le respect des mesures mentionnées au II de l'article 17. »

Licence creative commons - CC BY NC

POURQUOI ADOPTER UN PROGRAMME ANTICORRUPTION AU SEIN D'UN POUVOIR ADJUDICATEUR ?

> Un programme anticorruption vise l'ensemble des activités de l'entité (ex : ressources humaines, attribution de subventions, délivrance de titres ou de droits, services à la population…). Le présent guide étudie plus particulièrement son application au cycle des achats. Ce focus thématique paraît nécessaire compte tenu de la particulière exposition du processus achat aux risques d'atteinte à la probité. Une démarche anticorruption n'a cependant pas vocation à traiter de ce seul processus mais à inclure l'ensemble des activités et procédures de l'entité.

Un service achats a pour support principal de son activité les règles de la commande publique. Un simple manquement à ces règles est susceptible de constituer l'infraction de favoritisme. Mais un acheteur public, parce qu'il contribue à l'élaboration de projets à forts enjeux financiers, est également exposé aux délits de corruption ou de détournement de fonds publics. En outre, le fait de ne pas réagir correctement face à une situation de conflit d'intérêts peut le conduire à être mis en cause pour prise illégale d'intérêts.

La commission de telles infractions au sein de ses services bouleverse durablement une administration publique. Les conséquences négatives peuvent être multiples :

Risques pénaux	Risques économiques et financiers	Risques pour la réputation ou l'image	Risques ressources humaines
• Condamnations pénales • Peines complémentaires[21]	• Difficultés budgétaires • Défiance des partenaires économiques • Peu de réponses aux marchés publics lancés • Risque d'annulation du marché	• Mises en cause régulières dans les medias • Défiance des administrés • Remise en cause des dirigeants	• Dégradation du climat social • Manque d'attractivité pour le recrutement • Sanctions disciplinaires pour le personnel • Turnover important

La prévention de ces risques est en partie assurée par certaines obligations auxquelles peuvent être soumis les pouvoirs adjudicateurs, selon le régime légal qui leur est applicable :

- les règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts et notamment les règles contenues dans le statut de la fonction publique (obligations d'impartialité, intégrité et probité, règles relatives au cumul d'activités, protection des lanceurs d'alerte, dépôt déclarations d'intérêts et de situation patrimoniale pour certains acteurs…) ;
- les règles de la commande publique, notamment les principes fondamentaux qui en découlent ou les motifs d'exclusion des procédures de passation ;
- les règles de la comptabilité publique ;
- les règles et méthodes liées à la détection (contrôle interne budgétaire et comptable, signalement au procureur de la République).

[21] Interdiction des droits civils, civiques et de famille, et notamment droit de vote et éligibilité (cette interdiction du droit de vote ou inéligibilité entraîne l'interdiction ou l'incapacité à exercer une fonction publique), interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Licence creative commons - CC BY NC

Pour autant, ce cadre n'est pas suffisant pour assurer une véritable maîtrise du risque d'atteinte à la probité car ces différentes règles interviennent de manière non coordonnée, peuvent s'avérer trop générales et ne reposent pas sur une analyse concrète des risques auxquels est exposé l'entité ou l'acheteur.

L'adoption d'un programme anticorruption permet d'apporter une assurance raisonnable que ce risque est maîtrisé. Il vient sécuriser l'action de l'acheteur et celle de la collectivité publique dans son ensemble. Cette mise en œuvre peut être réalisée par chaque entité en considération de sa taille et de la nature de ses risques.

Licence creative commons - CC BY NC

Chapitre I

UN PRÉALABLE : BIEN ORGANISER LES ACHATS

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 1

ORGANISER LES ACHATS ET ASSURER LEUR TRANSPARENCE

De quoi parle-t-on ?

Pour définir et conduire sa politique achats, une entité publique doit connaître précisément ce qu'elle achète et comment elle achète.

Grâce à cette analyse, elle est en mesure d'identifier les situations à risque du fait des délais de consultation prévisibles, des caractéristiques du marché (au sens économique) ou encore de la typologie de ses achats.

En réalisant une programmation de ses achats sur plusieurs années, elle peut mieux anticiper les pics d'activité ou encore procéder à des mutualisations de certains achats entre plusieurs services.

Dès lors que l'entité dispose d'un bilan quantitatif et qualitatif de ses achats, elle est en mesure d'en publier certains éléments. Il en va de même de sa programmation pluriannuelle des achats qu'elle a tout intérêt à faire connaître aux fournisseurs. Ce souci de transparence se retrouve dans l'impératif de publication des données essentielles des marchés publics.

Enfin, une organisation adaptée de la fonction achats, des règles et procédures internes connues et partagées par tous les acteurs de la « communauté de l'achat » sont autant d'éléments de contexte favorables pour mettre en place ensuite une démarche anticorruption.

Plan de la fiche

1. Bien connaître et analyser ses achats pour anticiper les situations à risque
2. Bien programmer pour bien acheter
3. Communiquer largement sur les achats de l'entité pour élargir l'accès à la commande publique et favoriser l'égalité de traitement des opérateurs économiques
4. Assurer la transparence des données pour faciliter le contrôle externe
5. Organiser la fonction achats

Pour aller plus loin, voir dans la boîte à outils :
• un ensemble de « Bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats», p.82 à 94.
• une fiche réflexe pour un acteur du cycle des achats, p.95.
• une fiche réflexe pour un responsable de service, p.105.

Licence creative commons - CC BY NC

Section 1

Bien connaître et analyser ses achats pour anticiper les situations à risque

Bien connaître ses achats, leur nature, le type de procédures adoptées, la typologie de ses fournisseurs permet à une entité d'identifier ses points de progrès et ses zones de risque. Cette démarche constitue un levier pour se réinterroger sur l'égal accès de tous les fournisseurs à la commande publique (analyse de la rotation des fournisseurs), le niveau de dépendance de l'organisation par rapport à certains fournisseurs (concentration de certains achats sur peu de fournisseurs) ou encore sur les achats non ou mal couverts par des procédures (risque de favoritisme).

Grâce à une meilleure connaissance de ses achats, il est plus facile de repérer les situations qui rendent l'entité vulnérable (dépendance par rapport à un ou plusieurs fournisseurs, pression éventuelle des services prescripteurs pour recourir à des procédures dérogatoires…) ou qui lui font courir un risque de favoritisme (méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique/octroi d'un avantage injustifié).

Exemples d'axes d'analyse des achats permettant de détecter une situation à risque

Axes d'analyse des achats	Exemples de données analysées ou d'indicateurs	Intérêt en matière de prévention du favoritisme (égalité de traitement, transparence, liberté d'accès)
Connaître ses achats	Cartographier les procédures par montant et niveau de publicité.	S'interroger sur les éventuels fractionnements injustifiés.
	Identifier les marchés stratégiques.	Leur caractère stratégique fait encourir un risque plus important de contournement des règles, afin de préserver les approvisionnements. Contrôler la régularité de la procédure de passation et notamment la justification des éventuelles dérogations.
Connaître ses fournisseurs	Analyser la répartition des achats par fournisseur.	Évaluer la dépendance de l'organisation par rapport à certains fournisseurs et celle des fournisseurs vis-à-vis de la personne publique.
Accès à la commande publique	Analyser le nombre moyen de réponses par procédure et selon les segments d'achat, analyser les écarts à la moyenne et s'interroger sur les raisons de ces écarts.	Évaluer : • l'égalité d'accès des fournisseurs à la commande publique de l'entité ; • l'audience de la programmation des achats auprès des fournisseurs ; • la pertinence de son profil d'acheteur (ex : son audience …).
	Analyser les recours éventuels des opérateurs économiques.	Mieux maîtriser le risque juridique pour la personne publique. Identifier les failles éventuelles dans les procédures de marchés publics (ex : défaut d'information des opérateurs économiques…).
	Identifier le nombre et la typologie des procédures infructueuses.	Vérifier leur justification, identifier les types d'achat ou les services prescripteurs les plus concernés par les procédures infructueuses.
Conditions d'exécution des marchés	Mesurer la fréquence du recours aux avenants et leur montant.	Vérifier leur justification, identifier les types d'achat ou les services prescripteurs les plus concernés par les avenants.
	Faire un bilan de l'application des pénalités incluses dans les marchés.	Vérifier l'application réelle des conditions d'exécution prévues par le contrat, identifier les types d'achat ou les services prescripteurs les plus ou les moins concernés par l'application des pénalités – examiner les motifs avancés.
	Le cas échéant, analyser les protocoles d'accord transactionnel conclu en cas de précontentieux.	Vérifier leur justification, identifier les types d'achat ou les services prescripteurs les plus concernés par ces protocoles. Détecter une utilisation « détournée » du protocole transactionnel ou du recours à la médiation.

Licence creative commons - CC BY NC

Section 2

Bien programmer pour bien acheter

Le manque d'anticipation, l'absence de ressources nécessaires dédiées à la conduite des procédures, la pression éventuelle, associée aux enjeux opérationnels et/ou financiers, aux services prescripteurs ou aux décideurs peuvent mener à des choix de procédure inadaptés (sous-estimation du besoin pour choisir une procédure plus rapide, recours injustifié à des procédures négociées sans mise en concurrence…). Le risque de favoritisme se trouve de fait accru.

Programmer et publier de manière transparente et gratuite ses projets d'achats sur plusieurs années (à échéance de renouvellement des marchés dont la durée est la plus longue) offre plusieurs avantages :

- planifier les charges de travail des acteurs (acheteurs, prescripteurs) et anticiper les pics d'activité ;
- prendre le temps de regrouper plusieurs procédures pour limiter les fractionnements injustifiés et optimiser l'acte d'achat ;
- choisir la procédure idoine sur la base de critères objectifs.

L'outil de programmation pluriannuelle des achats peut être un tableau partagé (service achats mais également services prescripteurs et services juridiques) contenant notamment les informations suivantes :

- le besoin ;
- l'estimation financière du marché ;
- la période du marché ;
- le service prescripteur (et ses caractéristiques) ;
- si le sourcing est prévu ;
- l'identité du titulaire actuel ;
- la date de fin du marché en cours, la date du besoin nouveau ou ponctuel ;
- le code de la nomenclature achats permettant la computation des seuils (ex : numéro du groupe de marchandises figurant dans la nomenclature des achats de l'État).

Section 3

Communiquer largement sur les achats de l'entité pour élargir l'accès à la commande publique et favoriser l'égalité de traitement des opérateurs économiques

Dès lors que l'entité connaît bien ses achats et planifie correctement ses procédures, elle a tout intérêt à diffuser largement ces informations. Cela renforce la transparence des procédures et élargit l'accès à la commande publique au-delà du cercle des actuels titulaires des marchés.

Licence creative commons - CC BY NC

Publication de la programmation des achats des services de l'État sur la période 2018 à fin 2021

En octobre 2018, la direction des achats de l'État a publié la programmation des achats que les ministères seront potentiellement amenés à réaliser sur la période d'octobre 2018 à fin 2021, hors achats de défense ou de sécurité.
La programmation publiée porte sur plus de 14 milliards d'euros de commande publique potentielle de l'État et sur la durée des marchés. Elle recouvre les achats potentiellement prévus par la direction des achats de l'État, les 13 plateformes régionales des achats de l'État ainsi que la quasi-totalité des ministères. Elle indique le sujet sur lequel portera l'achat envisagé, la tranche du montant prévisionnel et la durée de celui-ci, sa portée géographique et organisationnelle ainsi que les dates potentielles de publication de la consultation sur PLACE et de notification.
Pour en savoir plus : https://www.economie.gouv.fr/dae/programmation-des-achats-letat

Section 4

Assurer la transparence des données pour faciliter le contrôle externe

Développer la transparence sur le cycle des achats permet aux citoyens d'exercer un contrôle externe sur cet aspect de la gestion publique, en analysant les données publiées. La mise à disposition de plus d'informations à travers l'ouverture des données publiques est de nature à faciliter l'exercice par les citoyens ou tout autre acteur de ce contrôle externe. En cela, la transparence des données sur les marchés publics permet de mieux prévenir et détecter le favoritisme et les autres atteintes à la probité, et elle renforce la confiance dans l'action publique.

Le renforcement des obligations de publication des données sur les marchés publics

Depuis le 1er janvier 2020, deux situations sont à distinguer :

- **Les données essentielles des marchés publics (hors marchés de défense ou de sécurité) répondant à un besoin dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros HT** doivent être publiées sur les profils acheteurs (exemple : PLACE – plate-forme des achats de l'État).

Elles portent notamment sur la procédure de passation du marché, le contenu du contrat et l'exécution du marché et, lorsqu'il y a lieu, sur sa modification. Il s'agit de données minimales obligatoires mais au titre de la transparence, l'acheteur peut publier d'autres données via notamment des référentiels de données « étendues » qui seront prochainement publiés[22].

Les données doivent être publiées dans les deux mois de la notification du marché public[23].

- Pour les **marchés publics dont la valeur se situe entre 25 000 € HT et 39 999,99 € HT** (hors marchés de défense ou de sécurité) l'acheteur peut :
  - soit respecter volontairement les obligations applicables aux marchés dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 euros HT
  - soit publier au cours du premier trimestre de chaque année et sur le support de son choix, la liste des marchés conclus l'année précédente (article R. 2196-1 du CCP).

[22] Cf. Direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, Fiche publication des données essentielles de la commande publique (article 1 - Obligations juridiques). Il est également à noter que le développement de l'ouverture des données publiques trouve néanmoins une limite au titre de l'ordre public (données personnelles, secrets des affaires ...).
[23] Annexe 15 du code de la commande publique (article 4).

Licence creative commons - CC BY NC

QUELLES SONT LES DONNÉES ESSENTIELLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE ?

Marchés publics dont la valeur est supérieure ou égale à 25 000 € HT mais inférieure à 40 000 € HT
Possibilité de publier uniquement 5 données du contrat initial

- l'objet du marché ;
- le montant hors taxe ;
- la date de conclusion du marché ;
- le nom de l'attributaire ;
- le code postal de l'attributaire s'il est établi en France ou le pays de son principal établissement, s'il n'est pas établi en France.

Marchés publics dont la valeur est égale ou supérieure à 40 000 € HT
Obligation de publier 16 données du contrat initial [15]

- le numéro d'identification unique du marché public ;
- la date de notification du marché ;
- la date de publication des données essentielles du marché public initial ;
- le nom de l'acheteur ou du mandataire en cas de groupement ;
- le numéro SIRET de l'acheteur ou le numéro SIRET du mandataire en cas de groupement ;
- la nature du marché ;
- l'objet du marché ;
- le code CPV ;
- la procédure de passation utilisée ;
- le nom du lieu d'exécution ;
- l'identifiant du lieu principal d'exécution ;
- la durée initiale du marché exprimée en nombre de mois ;
- le montant hors taxe forfaitaire ou estimé maximum en euros ;
- la forme du prix : ferme, ferme et actualisable, révisable ;
- le nom du ou des titulaires du marché public ;
- le ou les numéros d'inscription du ou des titulaires au répertoire des entreprises et de leurs établissements ou à défaut le numéro de TVA intracommunautaire lorsque le siège social est domicilié dans un Etat membre de l'Union européenne autre que la France ou le numéro en vigueur dans le pays pour une domiciliation du siège social hors Union européenne.

7 données complémentaires

- la date de publication des données relatives à la modification apportée au marché public initial ;
- l'objet de la modification apportée au marché public ;
- la durée modifiée du marché public ;
- le montant hors taxe modifié en euros du marché public ;
- le nom du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire ;
- le numéro d'identifiant du nouveau titulaire, en cas de changement de titulaire ;
- la date de notification par l'acheteur de la modification apportée au marché public ;

[24] Annexe 15 du code de la commande publique (article 1 II)

Licence creative commons - CC BY NC

A QUOI PEUVENT SERVIR CES DONNÉES ?

Acteurs	Intérêt des données ouvertes sur l'achat public
Pour l'acheteur	• Disposer d'indicateurs de pilotage sur la politique achat • Renforcer le climat de confiance à son égard • Renforcer les garanties de transparence et de contrôle
Pour les entreprises	• Mieux connaître les achats de l'entité • Mieux identifier les besoins de l'acheteur • Réutiliser ces données publiques • Anticiper les échéances de renouvellement de marchés
Pour les citoyens et toute personne intéressée	• S'informer sur l'utilisation des deniers publics • Analyser les données et poser des questions • Exercer une forme de contrôle externe • Détecter des anomalies

SECTION 5

Organiser la fonction achats

Définir clairement les règles applicables au cycle des achats et les procédures d'achat en commun

La formalisation des règles applicables dans l'entité en matière de commande publique est un préalable indispensable pour prévenir le favoritisme et plus généralement les atteintes à la probité. Trois axes de travail peuvent être adoptés :

- Formaliser les règles et procédures internes des achats dans un guide/recueil des procédures, connu de tous les acteurs du cycle des achats et régulièrement mis à jour.
- Si une commission d'appel d'offres, une commission ad hoc ou une commission d'analyse des offres existe, assurer la collégialité de son organisation et définir ses modalités de fonctionnement.
- Vérifier que l'organisation et les procédures ne font pas apparaître des situations pouvant limiter la mise en place d'un contrôle interne (fonctions non couvertes, organisation soustrayant certains acteurs à des règles communes, procédures inexistantes sur certains secteurs).

Un bon réflexe : la vérification régulière des arrêtés de délégation de signature

Réinterroger régulièrement la définition des montants et les natures d'achats donnant lieu à délégation.
Vérifier les arrêtés de délégations de signatures, leur publicité (opposabilité aux tiers), et la régularité de la signature des actes.

Licence creative commons - CC BY NC

Intégrer les acheteurs et prescripteurs au sein d'une « communauté de l'achat »

Faire face aux zones de risque ou à des tentatives d'atteinte à la probité ou de pression requiert de la part des acteurs du cycle de l'achat une attitude adaptée. Organiser sur le plan interne des échanges de pratiques entre eux permet d'éviter l'isolement des acteurs confrontés à des situations sensibles.

La « communauté de l'achat » au service de la prévention des risques

En fédérant les différents acteurs internes du cycle de l'achat, une « communauté de l'achat » peut émerger. Les travaux de ce réseau interne de l'achat peuvent porter sur des retours d'expérience des acteurs :

- sur les situations à risques ;
- sur l'application concrète du code de conduite anticorruption dans leur pratique professionnelle ;
- sur l'application des règles communes et leur adaptation ;
- sur leurs besoins de formation.

De plus, ce réseau peut examiner les évolutions de la législation et de la jurisprudence en matière de commande publique dans un but de professionnalisation continue et de prévention du favoritisme et des autres atteintes à la probité.

À retenir

Bien connaître ses achats permet à l'entité de les programmer de manière à éviter de faire face à des situations d'urgence qui auraient pu être anticipées.

Une entité publique a également tout intérêt à communiquer sur la programmation de ses achats afin de renforcer le libre accès à ses marchés. Les obligations de publication des données essentielles des marchés publics contribuent également à la transparence des procédures.

Une fonction achats bien organisée, dont les règles et procédures sont formalisées, connues et partagées entre tous les acteurs du cycle des achats facilite la mise en place d'un dispositif anticorruption.

le cadre juridique

- Article R. 2196-1 du code de la commande publique.
- Annexe 15 du code de la commande publique relative aux données essentielles dans la commande publique.

Licence creative commons - CC BY NC

Chapitre II
LES FONDEMENTS D'UNE DÉMARCHE ANTICORRUPTION

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 1

L'ENGAGEMENT DES INSTANCES DIRIGEANTES

De quoi parle-t-on ?

L'engagement des instances dirigeantes d'une entité publique dans l'adoption d'un programme anticorruption manifeste sa volonté d'assurer et d'encourager des comportements répondant à des règles strictes en matière d'intégrité.

Il se traduit concrètement par l'adoption d'une politique de tolérance zéro face au risque d'atteinte à la probité, la prise en compte de l'anticorruption dans les procédures et politiques de l'organisation, le fait de placer la gouvernance du programme de conformité au plus haut niveau de l'organisation et la mise en place d'une politique de communication interne et externe adaptée.

L'adoption d'un programme anticorruption consiste à mettre en place, après une évaluation des risques d'atteinte à la probité, des mesures de prévention, de détection et d'organisation de l'entité qui lui permettent de maîtriser ces risques.

Plan de la fiche

1. L'engagement des instances dirigeantes, condition de l'effectivité d'un programme anticorruption
2. Que contient un programme anticorruption ?

Licence creative commons - CC BY NC

Section 1

L'engagement des instances dirigeantes, condition de l'effectivité d'un programme anticorruption

L'engagement clair et sans équivoque des instances dirigeantes pour promouvoir des comportements répondant à des règles strictes d'intégrité constitue un élément fondateur de la démarche anticorruption d'une personne morale ou d'un service.

Dans le cadre des achats publics peuvent être considérés comme instance dirigeante les plus hauts représentants de l'exécutif d'une structure ainsi que l'instance collégiale de direction. Ces hauts dirigeants peuvent être élus ou nommés.

Quelles sont les instances dirigeantes ?

- **Pour les services de l'État** : ministre, secrétaire général, directeur d'administration centrale, préfet de département ou de région, responsable de services déconcentrés.
- **Pour les établissements publics, sociétés d'économie mixte, associations et fondations reconnues d'utilité publique** : président du conseil d'administration et directeur.
- **Pour les collectivités territoriales** : maire, président d'établissement public de coopération intercommunale (EPCI), de conseil départemental ou régional… Sont également inclus les membres de l'assemblée délibérante (conseil municipal, départemental ou régional) mais également la commission d'appel d'offres et les directeurs généraux des services.
- **Pour les établissements publics de santé** : directeur, directoire, conseil de surveillance.

Leur engagement effectif se traduit notamment par :

1. **l'adoption explicite d'une politique de tolérance zéro envers tout comportement contraire à l'intégrité et à la probité ainsi qu'au code de conduite anticorruption**. En application de cette politique, les instances dirigeantes doivent faire un usage réel et proportionné des sanctions disciplinaires. Elles la rappellent régulièrement à leurs agents et en informent les tiers. Au titre des bonnes pratiques, les instances dirigeantes peuvent assurer le portage du code de conduite de l'entité, notamment par des propos introductifs au code mais également en veillant à sa bonne diffusion. Elles peuvent également demander la diffusion anonymisée des sanctions disciplinaires.

2. **la prise en compte de l'anticorruption dans les procédures et politiques de l'organisation**. S'agissant du processus achat, les risques d'atteinte à la probité induits par la commande publique lui confèrent une place particulière. En effet, un manquement aux règles des marchés publics peut conduire à la caractérisation de l'infraction de favoritisme. En outre, il s'agit d'une activité qui suppose la manipulation de fonds et une interface importante avec le secteur économique privé, ce qui génère des risques spécifiques (sélection des fournisseurs, engagement de crédits…).

   Ces enjeux doivent conduire les instances dirigeantes à promouvoir l'adoption d'une politique spécifique de prévention pour l'activité d'achat, incluant tant les services prescripteurs que les services achats. Cette politique permet la conciliation entre les impératifs de gestion publique (continuité, réactivité) et le strict respect des principes de probité et d'intégrité qui régissent l'activité des agents publics. Elle se traduit par exemple par l'introduction d'une dimension déontologique dans les fiches de poste et l'instauration d'un dialogue sur la gestion des conflits d'intérêts lors des entretiens d'évaluation des agents intervenant dans le processus achat.

Licence creative commons - CC BY NC

3. le fait de **placer la gouvernance du programme de conformité au plus haut niveau de l'organisation.** L'engagement des instances dirigeantes se traduit ainsi par la désignation d'un responsable du dispositif anticorruption doté de l'indépendance et des pouvoirs nécessaires à l'accomplissement de sa mission. Ce responsable doit être clairement identifié par les acteurs du cycle des achats, d'autant que son positionnement peut varier d'une structure à l'autre (ex : direction de l'audit, mission de maîtrise des risques, responsable du service juridique, responsable du service achats, chef de projet, direction des ressources humaines…).

   Cet engagement suppose également que l'entité alloue des moyens adaptés à la mise en œuvre du programme anticorruption. Par exemple, au sein d'un service achats, les instances dirigeantes doivent permettre aux agents qui en sont chargés de dégager le temps nécessaire à leurs missions de cartographie et de contrôle interne ou encore de réaliser un travail en binôme lorsque les procédures internes le prévoient. Elles doivent également mettre à disposition des agents un dispositif d'alerte effectif.

4. **la mise en place d'une politique de communication interne et externe adaptée**. En matière d'achats publics, cet engagement se traduit par la publicité des différents dispositifs anticorruption de l'entité. Par exemple, les instances dirigeantes doivent s'assurer que le déploiement du dispositif d'alerte (voir fiche sur les dispositifs d'alerte, p. 69) au sein du service s'accompagne d'une communication interne permettant aux agents d'en avoir connaissance et de savoir l'utiliser rapidement.

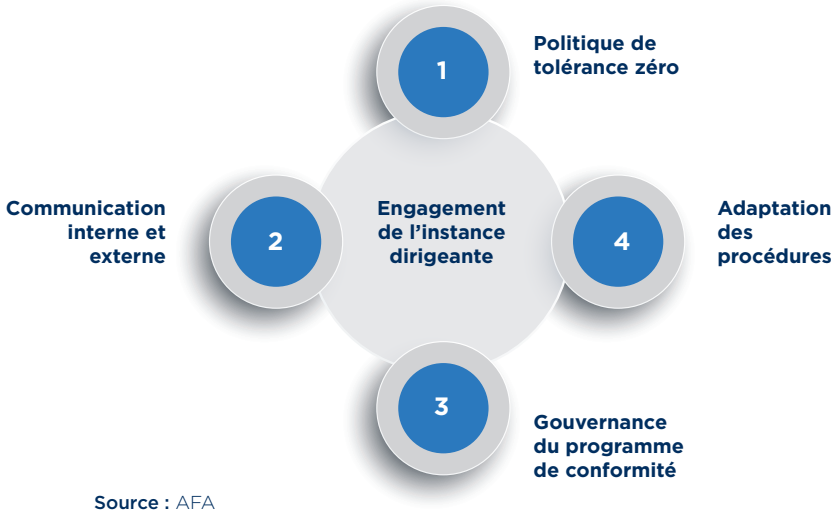
   Au titre de la communication externe, tout pouvoir adjudicateur peut communiquer aux entreprises soumissionnaires son code de conduite anticorruption, notamment la partie relative à sa politique en matière de cadeaux et d'invitations. Sur son site internet institutionnel, l'entité peut également publier les principaux éléments de son programme anticorruption (publicité sur certaines actions de formation, principales informations susceptibles d'être utilisées par des cocontractants au titre de l'évaluation des tiers[25]…).

Dans les entités publiques, et plus particulièrement les services achats, la prévention et la détection des atteintes à la probité constituent ainsi l'un des objectifs prioritaires du service. Cette priorité affichée répond à l'impératif de bonne utilisation des deniers publics, ainsi qu'aux devoirs d'intégrité et de probité qui s'imposent aux agents publics.

A ce titre, les instances dirigeantes doivent également se montrer exemplaires. Par leur attitude quotidienne, les hauts dirigeants contribuent à la diffusion d'une culture de l'intégrité au sein de leurs services, par exemple en appliquant strictement la politique en matière de cadeaux et d'invitations ou encore en ayant un usage rigoureux des moyens du service.

Les représentants de l'entité se placent ainsi en position de rendre compte de leur gestion de manière transparente, conformément au principe énoncé à l'article 15 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789[26].

Les différentes dimensions de l'engagement des instances dirigeantes



Source : AFA

[25] Par exemple : identité des dirigeants, budget, principaux éléments d'organisation, existence d'un programme de prévention de la corruption, identification du responsable de ce programme, communication sur certains outils d'un programme anticorruption (code de conduite au moins dans sa partie relative aux relations avec les tiers, dispositif d'alerte…), liens vers des articles traduisant l'engagement des instances dirigeantes…

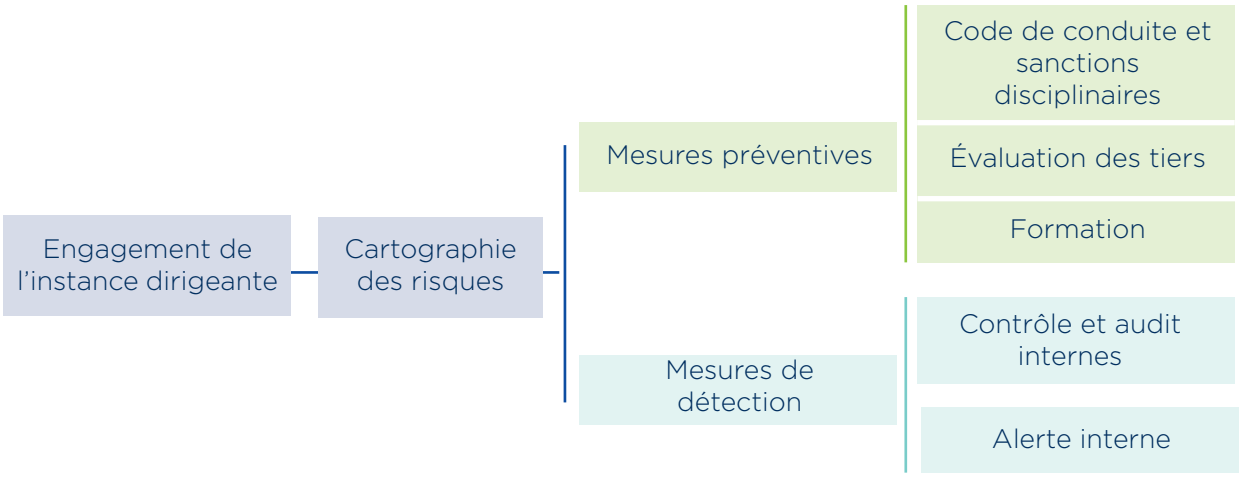
[26] La Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration.

Licence creative commons - CC BY NC

Section 2

Que contient un programme anticorruption ?

Initiée par la direction de l'entité, la démarche anticorruption débute par la réalisation d'une cartographie des risques. A cette occasion, l'entité publique recense l'ensemble des processus liés à ses activités (recrutement, marchés publics, délivrance d'autorisations, octroi de subventions…). Elle évalue les risques d'atteinte à la probité liés à chacune de ces activités et notamment celles liées au cycle des achats.



Les mesures d'un programme anticorruption forment ainsi un ensemble qui vient mettre en cohérence les dispositions préventives évoquées précédemment (règles de prévention des conflits d'intérêts, règles comptables, dispositifs de signalement au procureur de la République…).

L'entité publique est alors mieux armée pour faire face au risque d'atteinte à la probité. Si ces mesures n'empêchent pas de manière infaillible la commission d'un acte isolé, elles permettent en revanche à l'entité de rendre sa survenance plus difficile et d'en maîtriser l'ampleur par une détection plus rapide.

Plus largement, l'adoption d'un programme anticorruption contribue à l'émergence d'une culture de la probité au sein d'un service et conduit les agents à mieux identifier les situations à risques. Elle favorise également la clarification des processus internes, conduisant ainsi à une meilleure prévention de la corruption.

Licence creative commons - CC BY NC

Le saviez-vous ?

La Charte Relations Fournisseurs Responsables conçue en 2010 par la Médiation des entreprises et le Conseil National des Achats incite les donneurs d'ordres signataires (publics et privés) à adopter des pratiques d'achats responsables vis-à-vis des fournisseurs, notamment dans la prévention des conflits d'intérêts.

Cet engagement est repris dans le Label Relations Fournisseurs et Achats Responsables qui valorise les donneurs d'ordres faisant preuve de relations durables et équilibrées avec leurs fournisseurs. Il intègre notamment dans ses engagements n°8 et n°9 la mise en place de « procédures et processus pour prévenir les conflits d'intérêts, les pratiques de corruption active et/ou passive au sein des processus achats : dessous de table, extorsion, fraudes, règles relatives aux cadeaux et invitations ».

Certains acteurs publics ont d'ores et déjà signé la charte et/ou ont été labellisés.
Source : http://www.rfar.fr

À retenir

L'engagement des instances dirigeantes constitue le socle d'une démarche anticorruption. Il se traduit par :

- l'adoption d'une politique de tolérance zéro face aux comportements contraire à l'intégrité ;
- la prise en compte de l'anticorruption dans les procédures et politiques de l'entité, notamment celles du cycle des achats ;
- la désignation d'un responsable du dispositif anticorruption doté de l'indépendance et des pouvoirs nécessaires ;
- la mise en place d'une politique de communication interne et externe adaptée.

Un programme anticorruption repose sur la cartographie des risques d'atteinte à la probité. Il est constitué de mesures préventives : un code de conduite, une évaluation de l'intégrité des tiers de l'entité et un dispositif de formation des personnels exposés.

Mais également de mesures de détection : des mesures de contrôle et d'audit interne et un dispositif d'alerte interne.

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 2

LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES D'ATTEINTE A LA PROBITÉ

De quoi parle-t-on ?

La cartographie des risques vise à identifier, évaluer, et hiérarchiser les risques d'atteinte à la probité inhérents aux activités de l'entité, en vue de leur maîtrise.

La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique précise que cette cartographie prend la forme « *d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité*[27] ».

Elle aboutit à un plan d'action qui permet de réduire les risques identifiés.

Plan de la fiche

1. Clarifier le rôle et les responsabilités de chacun dans l'élaboration, la mise en œuvre et la mise à jour de la cartographie
2. Identifier les risques inhérents aux activités de l'entité
3. Évaluer l'exposition aux risques de corruption : déterminer les risques bruts
4. Évaluer l'adéquation et l'efficacité des moyens existants visant à maîtriser les risques bruts : déterminer les risques nets (ou résiduels)
5. Hiérarchiser et traiter les risques nets (ou résiduels) : mettre en oeuvre un plan d'action
6. Formaliser et tenir à jour la cartographie des risques

Pour aller plus loin, voir dans la boîte à outils :
« Pas à pas de la cartographie des risques d'atteinte à la probité » pour des conseils pratiques de réalisation, p.76.

Voir également d'autres exemples de risques potentiels dans les trois tableaux sur les bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats, p.82 à 94 de la boîte à outils.

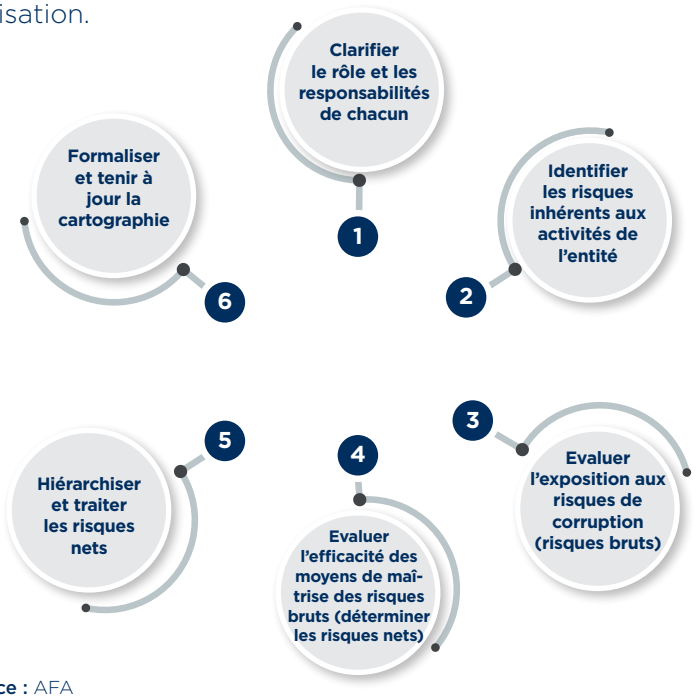
[27] Article 17 II 3° de la loi du 9 décembre 2016 précitée

Licence creative commons - CC BY NC

La cartographie des risques constitue le socle de la stratégie de gestion des risques d'atteinte à la probité de l'entité.

Six étapes sont nécessaires à sa réalisation.

Schéma du déroulement d'une cartographie des risques d'atteinte à la probité



Source : AFA

Section 1

Clarifier le rôle et les responsabilités de chacun dans l'élaboration, la mise en œuvre et la mise à jour de la cartographie

Qui est concerné par l'exercice ?

Les instances dirigeantes prennent la décision et endossent la responsabilité, au nom de l'entité, d'engager une démarche de lutte contre le risque d'atteinte à la probité. Elles initient et mènent à bien l'exercice de cartographie des risques, et allouent les moyens humains et financiers à la hauteur des enjeux.

Un responsable du dispositif anticorruption est désigné par les instances dirigeantes. Ce responsable peut, si besoin, être assisté d'un prestataire externe, à condition que l'entité valide la cartographie et vérifie ainsi l'effectivité de l'exercice. Le responsable du dispositif anticorruption pilote le déploiement, la mise en œuvre, l'évaluation et l'actualisation du programme anticorruption. Il coordonne l'élaboration de la cartographie des risques en accompagnant chaque service dans l'audit de ses fonctions, des processus mis en œuvre, des risques induits et des mesures préventives en place ou axes d'améliorations.

Les responsables des services opérationnels et supports rendent compte des risques spécifiques au périmètre relevant de leur responsabilité afin de contribuer à l'identification des risques et à leur cotation.

L'ensemble du personnel peut apporter son concours à l'exercice de cartographie en rendant compte des situations spécifiques aux fonctions exercées afin qu'en soient tirées les conséquences sur la probabilité d'occurrence, l'impact et la cotation des risques.

Licence creative commons - CC BY NC

Mobiliser et fédérer les différents acteurs autour du projet de cartographie des risques :

Les enjeux et les objectifs de la cartographie des risques d'atteinte à la probité doivent être présentés et explicités aux services et aux personnels concernés par la gouvernance institutionnelle et le responsable du projet de cartographie. Ces échanges permettent :

- d'objectiver la démarche afin de mobiliser les différents acteurs ;
- de sensibiliser les agents aux obligations en matière de prévention et de détection des atteintes à la probité ;
- de les interroger sur les axes d'amélioration possibles en la matière (ex : formation, procédures ...).

Section 2

Identifier les risques inhérents aux activités de l'entité

A quels risques d'atteinte à la probité l'entité est-elle exposée au regard de ses activités ?

Cette étape vise à dresser **la typologie des risques à partir de la revue des processus de l'entité.**

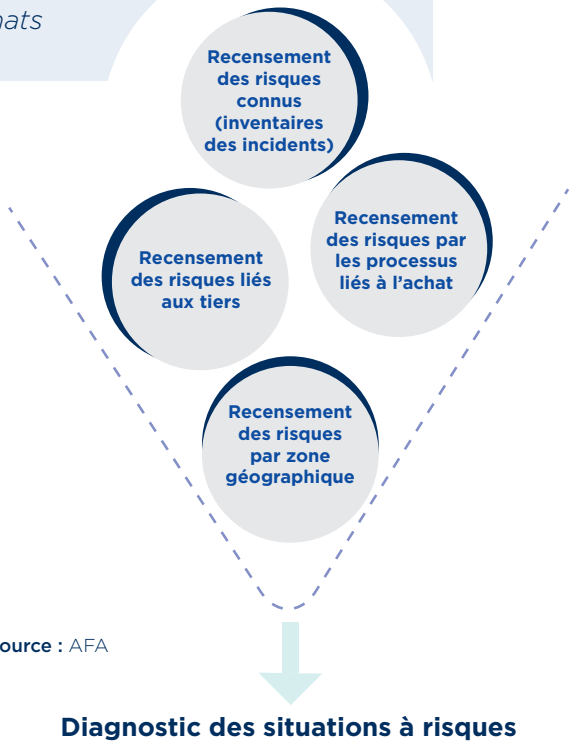
Appliqué au cycle des achats, il s'agit de recenser les risques d'atteinte à la probité propres à chaque étape (sourcing, analyse des candidatures et des offres, exécution du marché public...) sur la base d'entretiens individuels avec des personnes spécialisées dans chacune de ces activités. Un recensement par l'envoi de questionnaires peut également être envisagé, tout en veillant à son bon degré de précision (éviter les questionnaires posant des questions trop fermées).

A titre d'exemple, les risques suivants peuvent être associés au cycle des achats :

- risques de transmission d'informations privilégiées au profit de certains candidats (par exemple, dans le cadre du sourcing ou de la négociation, transmettre des informations sur le coût estimé, la consistance des travaux...) ;
- risques de fractionnement illicite de marchés (« saucissonnage ») ;
- risques liés aux modifications du marché (par exemple : avenants modifiant l'équilibre économique du marché...).

Pour plus d'exemples, voir dans la boîte à outils le tableau sur les bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats

Schéma des diverses sources d'information permettant de recenser les risques d'une entité



Source : AFA

Le recensement des risques inhérents aux activités nécessite que les personnes sélectionnées pour les entretiens de cartographie aient **une connaissance approfondie de l'entité et des rôles impartis, ainsi que la maîtrise fine des processus mis en œuvre**. Il paraît important de consulter des acteurs intervenant au quotidien dans des opérations d'achats, afin qu'ils puissent apporter une analyse précise sur les risques auxquels ils sont exposés. A cette étape, il ne s'agit pas de se censurer dans la liste des situations à risques recensées.

Licence creative commons - CC BY NC

Exemples :
- **recensement des risques connus** : faits ayant donné lieu à sanction disciplinaire, situation anonymisée ayant donné lieu à consultation du référent déontologue, manquements au code de conduite, veille jurisprudentielle sur des acteurs similaires, remarques de la Cour des comptes et de la chambre régionale des comptes, retour d'expérience tiré du contrôle de légalité…
- **recensement des risques par processus liés à l'achat** ;
- **recensement des risques liés aux tiers** : examen des relations avec les principaux titulaires de marchés publics pour y relever les risques d'atteinte à la probité (voir fiche sur l'évaluation des tiers p 48). Ex : conflits d'intérêts risquant de conduire à une prise illégale d'intérêts, risque lié à la position du prestataire sortant lors du renouvellement d'un marché.

Section 3

Évaluer l'exposition aux risques de corruption : déterminer les risques bruts

Sans tenir compte des mesures de prévention existantes, quel est le niveau de vulnérabilité de l'entité pour chaque risque d'atteinte à la probité identifié ?

Les **risques bruts** sont les risques sélectionnés **SANS la prise en compte des moyens de prévention existants** et **mis en œuvre au sein de l'entité**.

> **Cette étape vise à évaluer objectivement le niveau de vulnérabilité de l'entité** pour chaque risque d'atteinte à la probité identifié.
>
> À ce stade, il est important de souligner que **chaque entité doit élaborer sa propre grille d'évaluation des risques d'atteinte à la probité** au regard notamment de ses activités et de son contexte institutionnel.

Deux indicateurs sont mobilisables :

1. *Les impacts liés aux risques identifiés*

Ces risques peuvent notamment être opérationnels, humains, organisationnels, impacter la situation financière de l'entité, dégrader sa réputation ou encore engager sa responsabilité juridique.
La gravité potentielle des risques doit être classée selon une échelle d'intensité à laquelle est associé un barème d'évaluation.

2. *La probabilité d'occurrence des risques identifiés*

Cet indicateur représente la fréquence potentielle des risques identifiés et s'apprécie également sur la base d'une **échelle et d'un barème associé** (voir exemple dans la boîte à outils page 79).
La probabilité d'occurrence doit être établie sur la base des données spécifiques à l'entité (ex : historique des incidents, activité dans des secteurs à risques, fréquence de l'activité, exemples d'incidents rencontrés par des services analogues…).
La cotation du risque brut peut résulter du produit des notes d'impact et d'occurrence.

> **Cotation du risque brut = note d'impact x note d'occurrence**

Certains facteurs peuvent contribuer à affiner la cotation du risque en tenant compte du secteur économique (secteur particulièrement peu concurrentiel…) ou géographique (marchés internationaux en lien avec un pays à risques, volonté de favoriser les entreprises locales…).

Licence creative commons - CC BY NC

Section 4

Évaluer l'adéquation et l'efficacité des moyens existants visant à maîtriser les risques bruts : déterminer les risques nets (ou résiduels)

Quels sont les dispositifs de maîtrise des risques ? Sont-ils efficaces et suffisants ?

Déterminer le risque net consiste à réévaluer le risque brut en prenant en considération les moyens de prévention mis en œuvre par l'entité : processus, procédure, contrôles, organisation, formations....
C'est sur la base de la cotation des risques nets que l'entité sera en mesure par la suite de déterminer le **degré d'acceptabilité des risques cartographiés et d'apporter les mesures correctives idoines.**

Section 5

Hiérarchiser et traiter les risques nets (ou résiduels) : mettre en oeuvre un plan d'action

Quelles mesures mettre en oeuvre pour corriger les lacunes du dispositif de prévention ?

Une fois les risques nets déterminés, ils sont hiérarchisés en distinguant les risques pour lesquels le niveau de contrôle interne est considéré comme suffisant (assurance raisonnable que le risque est maîtrisé) et ceux pour lesquels les instances dirigeantes souhaitent améliorer la maîtrise.

Pour corriger ces lacunes, l'entité peut par exemple mettre en œuvre des mesures :
- de sécurisation des procédures ;
- de renforcement du contrôle interne ;
- de changement d'affectation de certains agents ou responsables, nommés ou élus ;
- de limitation des droits d'accès aux systèmes d'information ;
- de vérification de l'intégrité des cocontractants et partenaires ;
- de renforcement du contrôle de la passation et de l'exécution des marchés.

Pour les risques d'atteinte à la probité le nécessitant, un **plan d'action du programme de conformité doit être élaboré**. Dès lors, il s'agit de déterminer avec l'aval des instances dirigeantes :

- le niveau de risque acceptable pour chaque situation ;
- les moyens et ressources ;
- les actions préventives ou correctives (sécurisation des procédures, processus de formation ...) ;
- les responsables des actions ;
- le calendrier des actions à mettre en œuvre ;
- les points de vérification par le contrôle interne de la mise en œuvre du plan d'action (voir fiche sur le contrôle et l'audit internes, p. 62).

Licence creative commons - CC BY NC

Section 6

Formaliser et tenir à jour la cartographie des risques

La cartographie des risques est **ÉCRITE et STRUCTURÉE**.

Le document livrable doit notamment comporter les éléments suivants :

- la méthodologie utilisée ;
- les échelles d'évaluation des risques (impacts et occurrence) ;
- une présentation de l'ensemble des risques bruts et nets dans un document unique ;
- une fiche de risques pour chaque groupe de processus.

Ce document est présenté de manière **SYNTHÉTIQUE** aux instances dirigeantes qui **valident la cartographie, le plan d'action et donnent les moyens associés à sa réalisation.**

En ce qui concerne le suivi et la mise à jour de la cartographie des risques, il est recommandé :

- de travailler la cartographie des risques afin d'en faire un OUTIL de PILOTAGE des risques d'atteinte à la probité ;
- d'organiser la documentation par métier et par processus ;
- de s'interroger au minimum chaque année sur la nécessité de mettre à jour la cartographie et dans tous les cas en fonction de l'évolution de l'activité et de l'environnement (ex : évolution des politiques publiques, mutualisation des services, nouvelles compétences attribuées ...) ;
- d'apprécier et de réévaluer dans le temps et pour chaque risque identifié, l'évolution du niveau de vulnérabilité de l'entité (régression, progression du risque) afin d'apporter les mesures correctives idoines.

À retenir

Support essentiel d'une démarche anticorruption, la cartographie consiste à évaluer les risques d'atteinte à la probité induits par les différentes activités de l'entité, notamment l'activité d'achats.

Elle suppose de recenser les risques, les évaluer et les classer. Au terme de cette démarche, l'entité disposera d'un plan d'action pour limiter leur impact ou le risque de survenance et ainsi renforcer sa capacité à résister à ces risques.

Le cadre juridique

- **La cartographie des risques** : article 17 II 3° de la loi du 9 décembre 2016.

« *II. - Les personnes mentionnées au I mettent en oeuvre les mesures et procédures suivantes : 3° Une cartographie des risques prenant la forme d'une documentation régulièrement actualisée et destinée à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de la société à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels la société exerce son activité* »

Licence creative commons - CC BY NC

Chapitre III
PRÉVENIR

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 1

LA MISE EN ŒUVRE DES OBLIGATIONS DÉONTOLOGIQUES ET LE CODE DE CONDUITE ANTICORRUPTION

De quoi parle-t-on ?

Les agents intervenant dans le cycle des achats publics peuvent être soumis, chacun selon le régime qui lui est applicable, à un certain nombre de **règles déontologiques** prévues notamment par la législation et qui contribuent à prévenir la commission d'infractions d'atteinte à la probité, notamment l'infraction de prise illégale d'intérêts. Leur mise en oeuvre effective renforce la maîtrise des risques d'atteinte à la probité.

La loi du 9 décembre 2016 implique également pour les entités publiques d'adopter **un code de conduite anticorruption** [28]. Quelle que soit son appellation, il s'agit d'un document qui recense les comportements attendus des agents en matière de prévention et de détection des atteintes à la probité. Il définit et illustre les différents types d'attitudes à proscrire, comme étant susceptibles de caractériser des faits d'atteinte à la probité.

Il a vocation à s'adresser à toutes les parties prenantes de l'entité : personnels, membres des instances dirigeantes.

Il rappelle les sanctions disciplinaires et pénales susceptibles d'être encourues en cas de manquement aux règles du code de conduite ou d'atteinte à la probité.

Plan de la fiche

1. La mise en œuvre des obligations déontologiques
2. Le code de conduite anticorruption

Pour aller plus loin, des précisions sur le contenu d'un code de conduite anticorruption figurent dans la boîte à outils à la rubrique «Exemple de contenu d'un code de conduite anticorruption», p.107.

[28] Article 17 II 1° de la loi du 9 décembre 2016 précitée

Licence creative commons - CC BY NC

Section 1

La mise en œuvre des obligations déontologiques

Les développements ci-dessous rappellent les principales obligations déontologiques applicables aux agents publics.

Si ces obligations sont mises en œuvre de manière effective et appropriée, elles contribuent à prévenir les atteintes à la probité. Par exemple, une gestion appropriée d'une situation de conflit d'intérêts peut permettre à l'agent d'éviter de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts.

Un manquement à ces obligations est susceptible de conduire au prononcé de sanctions disciplinaires voire dans certains cas pénales.

En fonction de leur statut, tous les acteurs de la chaîne achats ne sont pas forcément soumis à l'ensemble de ces obligations. Réciproquement, certains acteurs peuvent être soumis à des obligations déontologiques qui leur sont propres (par exemple pour le secteur de la santé, la loi n°2011-2022 du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé). En conséquence, les références juridiques rappelées dans cette fiche n'ont pas vocation à être exhaustives.

1

Respecter les principes déontologiques

Tout acteur de la chaîne de l'achat ayant la qualité d'agent public doit respecter les obligations statutaires et déontologiques définies à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 : le fonctionnaire exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité.

A cette fin, tout agent public peut consulter son **référent déontologue** pour qu'il lui apporte tout conseil utile dans la mise en œuvre au quotidien de ces principes déontologiques.

Membres du gouvernement, élus et personnes chargées d'une mission de service public doivent également exercer leurs fonctions avec dignité, probité et intégrité et veillent à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts.

2

Prévenir les conflits d'intérêts

> **Qu'est-ce qu'un conflit d'intérêts ?**
>
> Constitue un conflit d'intérêts « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* » (article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et article 2 de la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires).

La loi énonce le principe suivant : « *le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver* » (article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires)[29].

Cette vigilance incombe à l'agent public et à son supérieur hiérarchique en faisant appel au besoin au référent déontologue désigné à cet effet[30] et permet d'éviter la commission d'infractions pénales comme la prise illégale d'intérêts.

[29] Cette obligation s'impose également aux élus locaux : « l'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote » (article L. 1111-1-1 du CGCT).

[30] Article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983

Licence creative commons - CC BY NC

Comment peut se manifester une situation de conflit d'intérêts ? liste non exhaustive

- ✓ certains liens familiaux entre l'agent ou des membres de la commission d'appel d'offres et un candidat ou soumissionnaire ;
- ✓ détention de participation financière de l'agent dans une entreprise ;
- ✓ exercice direct ou indirect d'une activité par l'agent pour son compte ;
- ✓ lien direct ou indirect susceptible de créer une influence sur l'élaboration, la passation ou l'exécution d'un marché public.

La simple existence de tels liens n'est pas suffisante pour constituer un conflit d'intérêts. Encore faut-il qu'ils soient de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction.

Cette influence est évaluée au cas par cas par le juge et au regard d'un faisceau d'indices, propre à chaque situation. Parmi les critères susceptibles d'être pris en compte figurent : le caractère direct ou indirect de l'intérêt (affecte-t-il l'acheteur personnellement ou l'un de ses proches ?), la proximité dans le temps avec l'opération d'achat, son caractère permanent ou ponctuel…[31]

Ainsi, s'agissant de la régularité du marché, le juge administratif estime que la méconnaissance du principe d'impartialité en matière de passation d'un marché public constitue un conflit d'intérêt (TA de Pontoise 6 nov 2018, Société Passavant Impianti).
Il en est de même en matière de concession d'aménagement (CE 15 mars 2019, SAGEM).

En revanche, le recrutement d'un salarié de l'AMO par la société titulaire d'un marché ne constitue pas automatiquement un conflit d'intérêts dès lors qu'il doit être démontré le lien d'influence sur la procédure (CE,12 sept 2018, n° 420454).

Comment détecter une situation de conflit d'intérêts ?

Il peut s'avérer utile à l'occasion d'une prise de poste ou de fonctions d'effectuer un entretien avec son supérieur hiérarchique pour identifier les éventuels conflits d'intérêts susceptibles de naître à l'occasion de ses fonctions. Ce questionnement doit accompagner l'agent tout au long de sa vie professionnelle. En effet, au cours de sa carrière, des conflits d'intérêts peuvent apparaître, par exemple parce que son conjoint a changé de métier ou que l'agent a investi dans une société. C'est pourquoi il faut sensibiliser régulièrement les agents sur cette obligation permanente.

En cas de doute, le supérieur hiérarchique ou le référent déontologue peuvent aider tout acteur de la chaîne achats à déterminer s'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts.

[31] En matière de prise illégale d'intérêts, le juge pénal estime, s'agissant des relations amicales, que constitue cette infraction le fait pour le collaborateur de cabinet d'un maire de rédiger le CCTP d'un marché et de présenter le rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la CAO alors qu'il entretenait avec le gérant de l'entreprise attributaire des liens amicaux caractérisés par de nombreux emplois dans des sociétés communes, un transfert de clientèle entre l'ancienne société du collaborateur de cabinet et l'attributaire, une immatriculation des deux sociétés à la même adresse, des nombreux échanges téléphoniques durant la période d'élaboration des offres et un statut d'ami Facebook (Cass. crim. 13 janvier 2016, n° 14-88.382). Inversement, ne constitue pas un intérêt au sens de ce délit le seul fait pour un maire d'autoriser une société de production de films à tourner dans des locaux municipaux sans paiement d'une redevance, alors que l'associé majoritaire de cette société était l'un de ses dix-huit adjoints et qu'ils s'étaient retrouvés dans les mêmes lieux lors de manifestations officielles de la commune, étant précisé qu'ils n'entretenaient pas de relation amicale ni de liens dans une société ou une association (Cass.crim. 13 mars 2018, n°17-86.548). D'autres exemples de conflits d'intérêts constituant l'infraction de prise illégale d'intérêts figurent en p. 120 à 123.

Licence creative commons - CC BY NC

Rappel : certains acheteurs, prescripteurs ou décideurs peuvent être soumis à l'obligation d'effectuer une déclaration d'intérêts ou de situation patrimoniale.

La déclaration d'intérêts[32] *(prévention des conflits d'intérêts)*

La déclaration d'intérêts, recense l'ensemble des activités, des fonctions, des mandats et des participations du déclarant. Les liens d'intérêts peuvent être familiaux, professionnels, moraux ou financiers.

La déclaration de situation patrimoniale[33] *(détection des cas d'enrichissement indus)*

La déclaration de situation patrimoniale est la photographie de ce que possède le déclarant.

Par exemple, dans la fonction publique d'État, sont soumis à une obligation de déclaration d'intérêts : les responsables de plate-forme régionale des achats de l'État[34] ou encore certains agents dont la liste est fixée par arrêté et dotés d'un pouvoir de signature de contrats relevant du code de la commande publique.

Sont par ailleurs soumis à une obligation de déclaration de situation patrimoniale : les responsables ministériels des achats, les responsables de la fonction achats des établissements publics administratifs de l'État[35] ou encore les officiers généraux et du rang de colonel dont les responsabilités en matière d'achat le justifient[36].

Nota bene : En vertu des textes en vigueur, des prescripteurs et décideurs peuvent également, au regard de leurs fonctions, être soumis à de telles obligations.

Comment réagir en cas de conflit d'intérêts ?

Afin d'éviter tout risque de conflit d'intérêts, il est **recommandé à l'agent public de s'interroger sur sa participation à l'instruction et à l'analyse des offres**, si un lien familial ou personnel avec un soumissionnaire est de nature à influencer son analyse ou est susceptible d'affecter le processus de décision. Une procédure de déport peut alors être mise en œuvre. Dans l'hypothèse où la taille de la structure ne permettrait pas de mettre en œuvre le déport ou la délégation de compétence (absence totale de compétences similaires au sein de la structure…), l'instruction du dossier en question peut associer d'autres acteurs afin de la rendre plus collégiale. Par précaution, il convient alors de documenter l'absence d'alternative possible à la collégialité et de la consigner par écrit.

Le déport est l'acte par lequel un agent ou un élu s'abstient ou cesse d'intervenir dans une situation dans laquelle il estime se trouver en situation de conflit d'intérêts. Il peut être formalisé dans un arrêté/une décision de déport pris par le représentant légal de l'entité publique.

[32] Articles 25 ter et 25 nonies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983
[33] Articles 25 quinquies et 25 nonies de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983
[34] Décret n°2019-1594 du 31 décembre 2019 relatif aux emplois de direction de l'État
[35] Décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale prévue à l'article 25 quinquies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires
[36] Article R.4122-42 du code de la défense

Licence creative commons - CC BY NC

Comment réagir en cas de conflit d'intérêts ?
Article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires

- ✓ lorsque l'agent est dans une situation de subordination hiérarchique : information du supérieur direct pour la mise en place d'un déport ;
- ✓ en cas de délégation de signature, s'abstenir d'en faire usage ;
- ✓ en cas d'appartenance à une instance collégiale, s'abstenir d'y siéger ou de délibérer même si l'instance n'émet qu'un simple avis et quand bien même la décision débattue ferait l'unanimité ;
- ✓ lorsqu'il s'agit d'une compétence dévolue en propre à l'agent, il devra la déléguer et s'abstenir de donner des instructions à son délégataire.

S'agissant des élus, lorsqu'ils se trouvent en situation de conflit d'intérêts :

1. pour l'ensemble des élus, afin d'éviter de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts, ils doivent s'abstenir de prendre part à toute décision de l'organe délibérant, de manière directe ou par procuration au bénéfice de la personne ou de la structure avec laquelle ils ont un intérêt. L'élu doit quitter physiquement la salle tant au moment de la délibération qu'à celui du vote, avec mention au procès verbal de séance. En outre, l'élu ne doit pas prendre part aux travaux préparatoires de cette décision (émission d'un avis, participation aux travaux en commission ou à un groupe de travail préalable…).

2. pour les exécutifs des collectivités territoriales et les bénéficiaires de délégations de signature, des mécanismes de déport sont prévus aux articles 5 et 6 du décret n°2014-90 du 31 janvier 2014.

3. s'agissant plus spécifiquement du maire, dans le cas où ses intérêts se trouvent en contradiction avec ceux de la commune pour une opération, l'article L. 2122-26 du CGCT prévoit que le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune soit en justice, soit dans les contrats.

3

Etre vigilant en cas de changement ou de cumul d'activités

Le changement d'activité

Un fonctionnaire ou agent contractuel qui cesse temporairement ou définitivement ses fonctions et qui souhaite exercer une activité privée doit déposer une demande auprès de son autorité hiérarchique avant le début de cette activité.

L'autorité hiérarchique peut l'autoriser avec réserve(s) ou refuser, au terme d'une analyse déontologique et pénale. En cas de doute sérieux, elle saisit le référent déontologue compétent. Si le doute n'est pas levé, le dossier est transmis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) dont l'avis s'impose.

Si la demande d'autorisation émane d'un agent occupant un emploi soumis à déclaration d'intérêts, la transmission à la HATVP est obligatoire.

Licence creative commons - CC BY NC

Tout changement de situation dans les trois ans de la cessation de la fonction publique doit faire l'objet de la même procédure.
En cas de non-respect de l'avis de la HATVP, l'agent peut faire l'objet de sanctions disciplinaires ou d'une retenue sur pension s'il est retraité. S'il est non titulaire, son contrat de travail prend fin de plein droit à la date de notification de l'avis et l'administration ne peut plus le recruter au cours des trois années qui suivent.

Exemple de situation à risque

Un agent public rejoignant une entreprise du secteur privé qui se trouverait en situation de soumissionner à des marchés publics lancés par son ancien employeur.

Le cumul d'activités

Un agent public doit en principe se consacrer intégralement à son activité professionnelle à titre principal. Il peut être autorisé à cumuler son emploi public avec une ou plusieurs activités accessoires, publiques ou privées à plusieurs conditions[37] :

- ☑ sur autorisation hiérarchique (sauf pour les activités bénévoles au bénéfice d'une entité publique ou privée sans but lucratif), le cas échéant après avis du référent déontologue[38]. Si le doute persiste malgé cet avis ou que l'agent est soumis à déclaration d'intérêts, la HATVP doit être saisie ;
- ☑ à condition que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ou ne mette pas l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêts ;
- ☑ uniquement pour certaines activités (ex : activité d'expertise et de consultation, enseignement et formation, activité sportive ou culturelle, travaux de faible importance réalisés chez des particuliers…) ;
- ☑ si l'activité est exercée en-dehors des heures de service.

L'autorisation accordée :

- ☑ peut comprendre des réserves ;
- ☑ doit faire l'objet d'une nouvelle demande en cas de changement des conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité accessoire ;
- ☑ peut être retirée à tout moment si l'intérêt du service le justifie.

Des régimes dérogatoires existent pour certaines fonctions, ainsi que pour la création ou la reprise d'entreprise ou encore les agents à temps partiel.

Exemple de situation à risque

Un agent public créant une auto-entreprise dans un domaine concurrentiel et qui serait susceptible de répondre à des marchés publics lancés par l'employeur de l'agent public (ex : juriste marchés publics également formateur en marchés publics).

[37] Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique
[38] Article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires

Licence creative commons - CC BY NC

Section 2

Le code de conduite anticorruption

Le code de conduite anticorruption constitue un outil mis à disposition de l'ensemble des parties prenantes de l'entité qui **recense les comportements attendus en matière de prévention et de détection des faits de corruption.**

Il rappelle les règles déontologiques et les règles internes applicables en matière d'atteinte à la probité. Sur la base de la cartographie des risques de corruption, il aborde le cycle des achats en identifiant les bonnes pratiques organisationnelles et les bons réflexes individuels pour faire face aux situations à risque. Il définit et illustre les différents types d'attitudes à proscrire. Il rappelle les sanctions disciplinaires et pénales susceptibles d'être encourues en cas de manquement aux règles du code de conduite ou d'atteinte à la probité.

1

Assurer la collégialité du projet de rédaction du code de conduite anticorruption

La mise en œuvre d'un code de conduite anticorruption est une démarche qui intègre l'ensemble des acteurs du cycle des achats. A ce titre, un comité de rédaction peut être créé sous l'impulsion des instances dirigeantes.

Cet engagement au plus haut niveau permet d'afficher clairement la politique de l'entité en matière de lutte contre les atteintes à la probité et d'assurer la coordination des travaux de rédaction. Le code de conduite anticorruption étant **un document opérationnel, en lien avec les activités et le contexte institutionnel de l'entité**, le comité peut utilement être composé de membres ayant participé à l'élaboration de la cartographie des risques.

2

Le contenu : clarifier le contexte légal et répertorier les comportement susceptibles de caractériser des faits d'atteinte à la probité

Le code de conduite anticorruption doit être précis et adapté aux risques identifiés dans le cadre de la cartographie des risques. Il s'agit d'appliquer les principes déontologiques dans la pratique quotidienne et de fixer les règles de comportement face aux situations concrètes rencontrées par les acteurs publics.

Un code de conduite anticorruption contient :
- un propos introductif signé par l'instance dirigeante ;
- un rappel et des précisions sur la mise en œuvre des obligations déontologiques au sein de l'entité (désignation d'un déontologue, prévention des conflits d'intérêts, encadrement des mobilités public/privé, de l'exercice d'activités accessoires) ;
- des précisions sur ce que les agents peuvent accepter ou non en matière de cadeaux et d'invitations ;
- une présentation des dispositifs de signalement existants ;
- un rappel des sanctions encourues en cas de non-respect du code.

Voir un exemple de contenu de code de conduite en annexe 7 p. 107

Le code de conduite ne se confond ni avec la « Charte de l'Élu local »[39], ni avec un simple rappel des obligations déontologiques du fonctionnaire.

Dans l'hypothèse où un service dispose d'une charte de déontologie généraliste, celle-ci peut constituer une première étape dans l'élaboration d'un code de conduite appuyé sur une cartographie des risques.

[39] Issue de la loi n° 2015-366 du 31 mars 2015 visant à faciliter l'exercice par les élus locaux, de leur mandat (article L. 1111-1-1 du CGCT)

Licence creative commons - CC BY NC

3

Communiquer, diffuser le code de conduite et former les acteurs concernés

Après son adoption ou sa mise à jour, le code de conduite doit être largement diffusé (les modes de diffusion visés ne sont pas exhaustifs) :

Modes de diffusion interne possibles	Modes de diffusion externe possibles
✓ Transmission officielle à l'ensemble des agents (ex : courriel ...)	✓ Mise en ligne sur le site internet institutionnel*
✓ Mise en ligne sur l'intranet	✓ Diffusion aux partenaires extérieurs (opérateurs économiques, usagers ...) dans le cadre d'évènements organisés par l'entité
✓ Publication dans le journal interne	✓ Communiqué de presse
✓ Information dans le cadre d'une session d'information, de formation, de prise de poste ...	** pour ce type de diffusion et en fonction des activités de l'entité, il peut être utile de prévoir au moins une traduction en anglais*
✓ Message vidéo de la gouvernance exposant les enjeux du code de conduite	

En tout état de cause, l'ensemble des collaborateurs, des dirigeants et membres des instances décisionnelles doivent être sensibilisés au code de conduite. **Les personnes les plus exposées doivent quant à elles bénéficier d'une formation qui en détaille le contenu** (cf. fiche formation, p. 57).

4

Mettre en œuvre le code de conduite

Une fois diffusé, le code de conduite anticorruption doit être appliqué. Les règles qu'il fixe étant opposables aux acteurs concernés, **leur non-respect est passible de sanctions disciplinaires :**

- lorsque l'entité est soumise ou s'est dotée d'un règlement intérieur, le code de conduite doit y être intégré tout en respectant les formalités nécessaires (ex : information / consultation des instances paritaires). Le non-respect de chacune de ses règles fait encourir à l'agent des sanctions disciplinaires ;

- lorsque l'entité ne dispose pas de règlement intérieur, il convient de rappeler que le code se fonde sur les grands principes déontologiques de la fonction publique notamment les principes de dignité, d'impartialité, d'intégrité et de probité. Les manquements à ces principes généraux, dont le code constitue une déclinaison, peuvent également entraîner des sanctions disciplinaires.

Par ailleurs, la mise en application du code de conduite peut être suivie sur la base **d'indicateurs spécifiques relatifs à son appropriation.**

Licence creative commons - CC BY NC

Exemples d'indicateurs

- suivi de la diffusion du code de conduite, des actions de communication et des formations associées (formations initiales ou liées à l'actualisation du code) ;
- utilisation des outils, comme le dispositif d'alerte interne (connaissance du dispositif de signalement, efficacité du suivi et des remontées liées aux alertes internes) ;
- suivi de l'application des sanctions prononcées en cas de manquements.

L'analyse des indicateurs associée aux procédures de contrôle et d'évaluation internes pourront déboucher le cas échéant sur l'élaboration de plans d'actions (formations, amélioration des outils de communication, mise à jour du code de conduite ...).

5

Mettre à jour le code de conduite

Le code de conduite est évolutif. Il est mis à jour à la suite des modifications significatives de la cartographie des risques (réorganisation des services, attribution d'une nouvelle compétence à la personne publique...), au contrôle exercé par une autorité administrative ou à la suite de l'évaluation régulière qui est faite de ce document.

La mise à jour du code de conduite doit être documentée, tracée et centralisée.

Les procédures susceptibles d'être régulièrement modifiées et mises à jour peuvent être prévues dans des annexes détaillées.

Enfin, la date de la modification doit apparaître sur le document.

À retenir

Les acteurs du cycle de l'achat public peuvent être soumis à des obligations déontologiques qui permettent de prévenir la commission d'atteinte à la probité. La bonne mise en œuvre de ces obligations est nécessaire afin de maîtriser ce risque. Ces obligations sont rappelées dans un code de conduite.

Le code de conduite est un document rappelant à l'ensemble des parties prenantes de la chaîne achats les situations concrètes de risques d'atteinte à la probité et les moyens de les prévenir. Outre un rappel des obligations déontologiques et de leur mise en œuvre pratique, il aborde également les modalités de gestion des principaux risques identifiés grâce à la cartographie des risques. Il définit la politique de l'entité en matière de gestion de cadeaux, invitations et autres avantages.

Il rappelle les modalités de signalement ainsi que les sanctions disciplinaires et pénales susceptibles d'être encourues en cas de manquement aux règles du code de conduite ou d'atteinte à la probité.

Licence creative commons - CC BY NC

Le cadre juridique

Sur les obligations déontologiques

- loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment les articles 25 à 26.

- article 1 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

Sur le conflit d'intérêts (hors secteurs d'activité particuliers)

- **Définition du conflit d'intérêts** : article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

- **Obligation de déport** : article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, articles 5 et 6 du décret du 31 janvier 2014, article L. 2122-26 du code général des collectivités territoriales, article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

- **Déclaration d'intérêts** : loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique (déclarations d'intérêts transmises à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique - HATVP) ; article 25 ter de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et décret n° 2020-37 du 22 janvier 2020 modifiant le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 ter de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

- **Déclaration de situation patrimoniale** : loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique ; article 25 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et décret n°2016-1968 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale prévue à l'article 25 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Sur le cumul d'activités

- Loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique, notamment son article 34 modifiant l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983.

- Article 25 septies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

- Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

Licence creative commons - CC BY NC

Sur le code de conduite anticorruption

- **Loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (articles 17 II 1° et 7°)**

  «II. - Les personnes mentionnées au I mettent en oeuvre les mesures et procédures suivantes :
  1° Un code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptibles de caractériser des faits de corruption ou de trafic d'influence. Ce code de conduite est intégré au règlement intérieur de l'entreprise et fait l'objet, à ce titre, de la procédure de consultation des représentants du personnel prévue à l'article L. 1321-4 du code du travail ;»
  «7° Un régime disciplinaire permettant de sanctionner les salariés de la société en cas de violation du code de conduite de la société ;»

- **Référent déontologue**
  - Article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
  - Décret du 10 avril 2017 relatif au référent déontologue dans la fonction publique.

- **Alerte interne**
  - articles 6 à 15 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
  - décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'État.
  - circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, et aux garanties et protections qui leur sont accordées dans la fonction publique.

- **Signalement au procureur de la République** : article 40 du code de procédure pénale.

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 2
L'ÉVALUATION DES TIERS

De quoi parle-t-on ?

Associée à la chaîne achats, l'évaluation des tiers porte à la fois sur la vérification des motifs d'exclusions de la procédure de passation prévus par le code de la commande publique et sur le contrôle de l'intégrité des tiers tout au long du cycle de l'achat public.

Plan de la fiche

1. La mise en œuvre de l'évaluation des tiers
2. La méthodologie de l'évaluation des tiers
3. Quelles sont les conséquences de l'évaluation des tiers ?

Section 1
La mise en œuvre de l'évaluation des tiers

1
Quels sont les objectifs de l'évaluation des tiers ?

En matière de marchés publics, l'évaluation des tiers prévue à l'article 17 II 4° de la loi du 9 décembre 2016 s'articule avec les dispositions du code de la commande publique qui organisent le contrôle par la personne publique des motifs d'exclusions des opérateurs économiques.

L'objectif est donc double :

1. Au regard du droit de la commande publique, il s'agit de vérifier que l'opérateur économique (candidat, soumissionnaire, titulaire, cotraitant, sous-traitant[40]) **ne tombe pas sous le coup d'une exclusion[41], soit au cours de la procédure de passation, soit en cours d'exécution du contrat.**

> **Les motifs d'exclusion de la procédure de passation**
>
> **Les exclusions de plein droit[42]** font suite à la commission d'infractions ou de comportements constatés par une autorité ou une entité extérieure (juge pénal, tribunal de commerce, services de l'inspection du travail, administrations chargées du recouvrement des impôts, des cotisations et des contributions sociales ...). Si leur champ d'application est plus large que les seules atteintes à la probité, dans un souci de clarté la fiche n'évoquera que ces dernières.
>
> **Les exclusions à l'appréciation de l'acheteur[44]** reposent sur des faits constatés par une personne publique.

[40] Les sous-contractants des marchés de défense ou de sécurité (article L. 2393-1 et suivants et R. 2393-1 et suivants du code de la commande publique) sont également des tiers de la personne publique et sont donc concernés par l'évaluation.
[41] Articles R. 2144-7 et R. 2344-4 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique.
[42] Articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2341-1 à L. 2341-3 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique
[43] Articles L. 2141-7 à L. 2141-11 et L. 2341-5 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique.

Licence creative commons - CC BY NC

Le contrôle des motifs d'exclusion permet à la personne publique d'inviter un ou des candidats à participer à la suite de la procédure, d'attribuer le marché public, de maintenir la relation contractuelle en cours mais également d'organiser, en cas de conflit d'intérêts, le déport[44] d'un élu, d'un agent public ou d'un opérateur économique agissant au nom de la personne publique (ex : assistant à maîtrise d'ouvrage, maître d'œuvre, etc.).

2. **Au titre de la loi du 9 décembre 2016, l'évaluation de l'intégrité des tiers** participe à la **prévention des risques d'atteinte à la probité en adaptant l'organisation interne du pouvoir adjudicateur dans les différentes phases du cycle de l'achat, ainsi que la relation avec le tiers**. Ces mesures d'organisation doivent être mises en œuvre dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats aux marchés publics.

   L'évaluation des tiers permet ainsi :
   - de se prémunir d'un éventuel risque de réputation ;
   - de protéger les agents publics des risques de corruption, de prise illégale d'intérêts, de favoritisme, de détournement de fonds ;
   - de protéger les dirigeants du risque d'atteinte à la probité, notamment le délit de prise illégale d'intérêts ;
   - d'organiser le déport en cas de conflit d'intérêts identifié ;
   - en phase d'exécution, d'organiser, de piloter la relation avec le fournisseur afin de sécuriser ses processus (adaptation des modalités de la relation) et notamment son approvisionnement.

2

Qui évaluer ?

1) Qui sont les tiers de l'entité ?

En matière de marchés publics, les tiers évalués sont notamment **les opérateurs économiques candidats, soumissionnaires, les titulaires de marchés publics, les sous-traitants.**

2) Quels sont les tiers concernés par l'évaluation ?

- **Au regard des motifs d'exclusions prévus par le code de la commande publique au stade de la procédure de passation et en cours d'exécution**

La vérification des motifs d'exclusion lors de la procédure de passation concerne le **seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public, ses cotraitants et/ou sous-traitants éventuels.** Néanmoins, dans l'hypothèse d'une limitation du nombre de candidats admis à participer à la suite de la procédure, ce contrôle n'intervient qu**'auprès des candidats (cotraitants et sous-traitants le cas échéant) admis à poursuivre la procédure[45].**

Au stade de l'exécution du marché public, le contrôle des motifs d'exclusion concerne **les titulaires (ou co-titulaires en cas de groupement d'opérateurs économiques)** de marchés publics et leur(s) **sous-traitant(s)**.

- **Au regard de l'évaluation de l'intégrité des tiers**

L'entité cherche à identifier le niveau de risque auquel elle peut s'exposer ou s'expose du fait de sa relation contractuelle avec **les titulaires (ou co-titulaires) du marché public et les sous-traitants potentiels. Cela ne signifie pas pour autant que tous les partenaires économiques doivent faire l'objet d'une évaluation.**

En effet, celle-ci s'appuie sur la cartographie des risques et s'intègre donc nécessairement dans une stratégie propre à chaque entité. **Doivent ainsi être évalués en priorité et de manière plus approfondie les tiers jugés les plus à risques** (cf. rubrique relative à la méthodologie d'évaluation des tiers).

[44] Une définition du déport figure dans le glossaire du présent guide
[45] En ce qui concerne les marchés publics de défense ou de sécurité, se reporter aux dispositions de l'article R. 2344-2 du code de la commande publique.

Licence creative commons - CC BY NC

Le saviez-vous ?

La personne publique peut également être destinataire de questionnaires d'évaluation émanant d'opérateurs économiques avec lesquels elle est ou non liée par un contrat. En effet, la personne publique constitue un tiers pour une société et cette dernière peut avoir l'obligation d'évaluer le risque de corruption[46] résultant du marché auquel elle candidate ou dont elle est titulaire.

Dans un but **de transparence et afin d'alléger les réponses à ces questionnaires, la personne publique a tout intérêt à rendre disponibles les principales informations concernant sa situation** et notamment celles relatives à ses mécanismes de prévention de la corruption. Ces données peuvent être publiées sur son site internet institutionnel.

Attention, ces mesures ne doivent pas être confondues avec l'obligation de mise à disposition des données essentielles des marchés publics prévue aux articles L. 2196-2 et R. 2196-1 du code de la commande publique (cf. p. 21).

Section 2

La méthodologie de l'évaluation des tiers

1

Constatation des motifs d'exclusion prévus par le code de la commande publique

1) Les exclusions de plein droit liées aux atteintes à la probité

En l'espèce, la personne publique n'a **pas de pouvoir d'appréciation** et ne fait que constater la présence de motifs d'exclusions sur la base d'éléments fournis par l'opérateur économique et l'absence ou l'insuffisance de mesures d'auto-apurement lorsque celles-ci sont possibles.

À ce titre, **une déclaration sur l'honneur transmise par le tiers est acceptée comme preuve suffisante attestant qu'il ne se trouve pas sous le coup d'une exclusion liée aux atteintes à la probité[47].**

Le **DUME[48]** ou **les formulaires DC 1 (lettre de candidature), DC 4 (déclaration de sous-traitance) et ATTRI 2[49] (acte spécial de sous-traitance)** peuvent être utilisés à cet effet.

Néanmoins rien n'interdit à la personne publique qui aurait accès aux extraits de casier judiciaire de procéder elle-même à cette vérification[50]. Cette démarche peut s'avérer utile en cas de **doute sérieux sur la sincérité de la déclaration sur l'honneur ou lorsque le marché présente un risque particulièrement fort au regard de la cartographie des risques.**

Attention, la personne publique **ne peut aller au-delà des vérifications prévues par les textes sous peine d'entacher la procédure d'irrégularité** (ex : imposer la production de documents non exigibles en tant que moyen de preuve, examen de la situation de personnes non concernées par les vérifications).

[46] Article 17 I et II 4° de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

[47] Article R. 2143-6 et R. 2343-8 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique. A noter que contrairement aux marchés publics classiques, l'extrait de casier judiciaire demeure un moyen de preuve suffisant pour les marchés de défense et de sécurité (Article R. 2343-8 précité).

[48] Document Unique de Marché Européen : Partie III du formulaire issu du règlement d'exécution (UE) 2016/7 de la Commission du 5 janvier 2016

Licence creative commons - CC BY NC

Les exclusions de plein droit suite à une condamnation définitive pour des faits d'atteinte à la probité

- Concussion (article 432-10 du code pénal)
- Corruption passive et trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique (article 432-11 du code pénal)
- Prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal)
- Corruption active et trafic d'influence commis par les particuliers (articles 433-1 et 433-2 du code pénal)
- Atteintes à l'administration publique ou à l'action de la justice, par corruption ou trafic d'influence actif ou par influence supposée sur ces autorités (articles 435-3, 435-4, 435-9 et 435-10 du code pénal)
- Corruption passive et active des personnes n'exerçant pas une fonction publique, y compris la corruption auprès d'un acteur d'une manifestation sportive donnant lieu à des paris sportifs, afin que ce dernier modifie, par un acte ou une abstention, le déroulement normal et équitable de cette manifestation (articles 445-1 à 445-2-1 du code pénal).

2) Les exclusions laissées à l'appréciation de l'acheteur

Ces motifs d'exclusion **résultent de faits directement constatés** par la personne publique. Leur mise en œuvre dépend donc tout d'abord des éléments d'appréciation qu'elle détient et notamment du caractère suffisant des preuves dont elle dispose.

L'exclusion de la procédure de passation n'est pas automatique. L'opérateur économique doit avoir été mis en capacité d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats[51].

À l'issue de cette procédure contradictoire et sur la base des éléments apportés, il appartiendra à l'entité de vérifier si l'exclusion est justifiée et proportionnée à la gravité des faits.

Il existe des causes d'exclusion qui ne sont pas consécutives à des atteintes à la probité. Tel est le cas par exemple de l'entente entre opérateurs économiques. Par souci de clarté, l'ensemble des causes d'exclusion sont recensées ci-dessous.

Les causes d'exclusion laissées à l'appréciation de l'acheteur

Mauvaise exécution contractuelle antérieure (article L. 2141-7 du code de la commande publique)	Vise les personnes qui « *au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable* [52] *du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur* » **À la charge de la personne publique :** Procéder à un examen *in concreto* des faits reprochés et apprécier les manquements constatés afin de pouvoir justifier une éventuelle exclusion[53]. Pour être mobilisables, les manquements doivent impérativement avoir donné lieu à des sanctions mais également avoir fait l'objet d'une procédure contradictoire préalable au cours de laquelle l'opérateur économique peut, par tout moyen, légitimer sa candidature en démontrant, éléments objectifs à l'appui, qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements énoncés et qu'il ne se trouverait donc plus dans une telle configuration si le marché public venait à lui être attribué.

[49] Les formulaires DC1, DC4 et ATTRI 2 sont téléchargeables sur le site de la DAJ : https://www.economie.gouv.fr/daj/formulaires-declaration-du-candidat
[50] Sur ce point, consulter la fiche technique de la DAJ relative à « l'examen des candidatures » : https://www.economie.gouv.fr/daj/examen-candidatures-2019
[51] Articles L. 2141-11 et L. 2341-5 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique
[52] Les « sanctions comparables » visent les différents cas de résiliation d'un marché public
[53] CE, 10 juin 2009, Région Lorraine, n°324153

Licence creative commons - CC BY NC

Tentative d'influencer la décision ou d'obtenir des informations confidentielles (article L. 2141-8 1° du code de la commande publique)	Vise les personnes qui « *ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution* » **À la charge de la personne publique :** Tracer les relations avec les tiers pour caractériser la tentative d'influence (contacts, sollicitations durant la procédure ou lors de procédures antérieures[54] , interventions extérieures…). La personne publique ne peut déclencher la procédure contradictoire que si elle dispose d'éléments suffisamment précis. Ce type de comportement peut également justifier une transmission au procureur de la République.
Distorsion de concurrence (article L. 2141-8 2° du code de la commande publique)	Vise les personnes qui « *par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.* » **À la charge de la personne publique :** La participation préalable d'une entreprise ne constitue pas intrinsèquement un motif justifiant l'exclusion de la consultation. Il appartient à l'acheteur d'apprécier, au moyen d'éléments objectifs, si cet opérateur économique dispose, du fait de sa participation préalable à la procédure de passation, d'un avantage concurrentiel sur les autres candidats[55]. Afin d'éviter de fausser la concurrence, la personne publique doit donc veiller à supprimer toute dissymétrie d'informations entre les opérateurs économiques (ex : communiquer à l'ensemble des candidats les informations dont dispose l'opérateur économique qui a participé à la procédure de passation et qui sont susceptibles de l'avantager. La personne publique veille également à allonger les délais de réception des candidatures ou des offres pour laisser à l'ensemble des candidats, un délai suffisant pour prendre connaissance de ces informations).
Entente (article L. 2141-9 du code de la commande publique)	Les ententes visées impliquent une volonté des opérateurs économiques d'empêcher, fausser, restreindre le jeu de la concurrence. **À la charge de la personne publique :** Disposer « *d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence* ». En cas de doute, la personne publique peut se rapprocher des services de la direction générale de la concurrence, consommation et répression des fraudes (DGCCRF).
Conflits d'intérêts (article L. 2141-10 du code de la commande publique)	Vise les personnes qui « *par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché*[56]. » **À la charge de la personne publique :** Une vigilance particulière devra être accordée au contrôle de l'impartialité du processus de décision dans l'hypothèse où il existerait un lien entre un acteur de la chaîne achats ou un prestataire de service agissant au nom de la personne publique (ex: AMO) et une entreprise candidate ou son sous-traitant. L'évaluation des tiers facilite la détection d'éventuels conflits d'intérêts et permet le cas échéant d'y remédier par le déport des acteurs concernés (cf. p. 51).

[54] Sur les procédures de passation antérieures : CE, 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, n°428866
[55] CJCE, 3 mars 2005, Fabricom SA, aff. C-21/03 et C-34/03
[56] Sur les conséquences d'une situation de conflit d'intérêts sur les marchés publics, voir notamment : CJUE 12 mars 2015, Evigilo Ltd, C-538/13 (§ 42 et s.) ; CE 14 octobre 2015, Société Applicam, n°390968 ; CE 24 juin 2011, Ministre de l'écologie et Société Autostrade, n°347720 ; CE 12 septembre 2018, Société Otus, n°420454 ;

Licence creative commons - CC BY NC

2

L'évaluation de l'intégrité des tiers

L'évaluation ne porte pas nécessairement sur l'ensemble des tiers. La priorisation de l'évaluation des tiers doit être cohérente avec la cartographie des risques d'atteinte à la probité.

Elle repose sur des critères objectifs, par exemple la taille de l'opérateur économique, l'enjeu financier ou opérationnel associé au marché, le degré de concurrence du secteur, l'importance du risque de réputation. Ces indices peuvent être croisés pour élaborer la stratégie d'évaluation, qui peut également intégrer un choix de tiers évalués aléatoirement (par sondage par exemple).

Une fois la stratégie définie, l'évaluation peut porter sur les informations suivantes :

Le secteur économique	Le marché public	L'opérateur économique
• Degré de concentration du secteur économique • Sensibilité du secteur concerné • ...	• Objet du marché • Montants financiers en jeu • Modifications du marché en cours d'exécution • Pénalités ou sanctions infligées en cours d'exécution • ...	• Identité du ou des cocontractants, du ou des sous-traitants • Structure juridique, personnes habilitées à engager la société • Modalités et flux de paiement (domiciliation bancaire) • Évaluation en cours de marché des réelles capacités techniques, professionnelles, économiques et financières • Existence d'un dispositif de prévention et de détection de la corruption • Comportements, coopération notamment au regard de relations contractuelles antérieures • ...

Il est possible de tenir compte de facteurs objectifs (ex : prise en compte de sanctions infligées et dans un délai que le pouvoir adjudicateur juge raisonnable ...) ou qualitatifs (ex : degré de coopération...).

La démarche d'évaluation associe les services opérationnels et les services supports, notamment le service des marchés publics s'il existe. En tout état de cause, l'évaluation des tiers doit demeurer **compatible avec les objectifs de bonne gestion des consultations, de bonne exécution des prestations**, ainsi qu'avec la réglementation sur la protection des données personnelles.

Enfin, les moyens déployés pour mettre en œuvre l'évaluation des tiers doivent également **être proportionnés aux risques identifiés** (temps consacré, moyens techniques déployés) et aux moyens dont dispose la personne publique.

Plusieurs outils sont mobilisables pour collecter les informations sur le tiers :

Contenu du dossier de candidature

- Eléments pouvant être pris en compte par la personne publique : identité de l'opérateur économique, structure juridique, capacités économiques, financières, techniques et professionnelles...
- Documents mobilisables : Formulaires DC1, DC2, DUME...

Élaboration d'un bilan «déontologique» d'exécution du marché public

- En plus du bilan d'exécution, l'élaboration d'un bilan «déontologique» doit être encouragée.
- Le bilan peut se fonder sur des retours d'expérience des agents intervenus dans l'exécution du marché, de leurs encadrants, sur l'exploitation du registre des cadeaux, des alertes recensées, du suivi des modifications affectant le contrat, de l'application des pénalités, voire d'une appréciation qualitative de l'attitude déontologique des parties.

Questionnaire adressé aux tiers concernés

En phase d'exécution, **transmission d'un questionnaire au tiers concerné** portant sur le contenu de ses dispositifs de prévention et de détection des atteintes à la probité.

Recherches en source ouverte

- Ex : presse, bases de données ouvertes, moteurs de recherche...
- Les éléments recueillis par l'intermédiaire de ces sources doivent toutefois être considérés avec prudence et doivent, dans la mesure du possible, être étayés par des éléments objectifs.

Licence creative commons - CC BY NC

Section 3

Quelles sont les conséquences de l'évaluation des tiers ?

1

Les motifs d'exclusion prévus par le code de la commande publique

1) **Durant la procédure de passation,** un opérateur économique candidat tombant sous le coup d'une cause d'exclusion des marchés publics voit sa candidature déclarée irrecevable et est par conséquent éliminé[57].

2) **En cours d'exécution du marché,** lorsque le titulaire est placé dans l'un des cas d'exclusions prévus au code de la commande publique, il informe sans délai la personne publique de ce changement de situation qui peut alors résilier le contrat pour ce motif[58].

Il est à noter qu'un opérateur économique à l'encontre duquel il existe un motif d'exclusion ne peut être accepté ou maintenu en qualité de sous-traitant, dans les mêmes conditions que le titulaire du contrat de la commande publique.

Enfin, dans l'hypothèse où une situation de conflit d'intérêts serait détectée en cours de passation, la personne publique doit mettre en œuvre une procédure de déport afin de garantir l'impartialité du processus de décision et/ou de prévenir le risque d'exclusion de l'opérateur économique concerné. En cours d'exécution du marché public, la procédure de déport peut également être utilisée pour assurer l'impartialité et le bon déroulement ou suivi des prestations.

2

L'évaluation de l'intégrité des tiers

L'évaluation de l'intégrité des tiers permet à la personne publique d'adapter sa relation avec les tiers jugés à risque.

1) Durant la phase de préparation

- En fonction du degré de risque identifié sur le secteur économique, renforcer la collégialité du sourcing (par exemple, mise en place d'un binôme acheteur/prescripteur).
- Renforcer la collégialité de la rédaction du cahier des charges et ses étapes de validation.
- Mettre en place des mesures adaptées de contrôle interne (relecture croisée des documents, sollicitation d'un acteur neutre, rehaussement du niveau de validation).
- Renforcer la sensibilisation et la formation des agents chargés de la préparation d'un marché avec un tiers risqué ou sur un secteur identifié comme sensible dans la cartographie des risques.
- Être particulièrement vigilant aux situations de conflits d'intérêts et organiser, le cas échéant, le déport.

2) Durant la phase de passation

- Renforcer les mesures permettant d'assurer un niveau d'information similaire entre opérateurs économiques, par exemple en diffusant des éléments de bilan du marché antérieur.
- En cas de procédure avec négociation, renforcer les équipes chargées de la négociation et accroître la traçabilité des échanges.
- Assurer la collégialité de l'analyse des offres et de la prise de décision.
- Lorsque cela est possible, rehausser le niveau de signature du marché.

[57] Articles R. 2144-7 et R. 2344-4 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique
[58] Articles L. 2195-4 et L. 2395-2 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique

Licence creative commons - CC BY NC

- Renforcer la sensibilisation et la formation des agents chargés de la passation d'un marché avec un tiers risqué ou sur un secteur identifié comme sensible dans la cartographie des risques.
- Être particulièrement vigilant aux situations de conflits d'intérêts et organiser, le cas échéant, le déport. Cela peut concerner les agents de la personne publique mais également les acteurs économiques participant au processus de passation. Pour ces derniers, à titre d'exemple s'agissant d'un marché public d'assistance à maîtrise d'ouvrage, il est envisageable de prévoir une clause imposant au titulaire de porter à la connaissance du pouvoir adjudicateur, sur simple demande, les liens qui l'uniraient à des opérateurs économiques susceptibles de candidater.

3) Durant la phase d'exécution

- Adapter les modalités de passation des commandes, en ajustant le niveau hiérarchique de validation.
- Adapter la fréquence et la profondeur du contrôle sur la réalité du service fait (contrôles par sondages, périodicité, contrôles inopinés, niveau des contrôles).
- Renforcer la sensibilisation et la formation des agents chargés du suivi d'un marché avec un tiers risqué.
- Adapter les modalités d'organisation de la relation (ex : fonctionnement par binômes, rotation des effectifs, contrôle hiérarchique renforcé).
- Organiser le déport en cas de conflits d'intérêts (contrôle facilité par la présence, à titre d'exemple pour un marché public d'assistance à maîtrise d'ouvrage, d'une clause imposant au titulaire de porter à la connaissance du pouvoir adjudicateur, sur simple demande, les liens qui l'uniraient à l'entreprise titulaire du marché ou à d'éventuels sous-traitants).
- Adapter la durée du marché public (lorsque sa reconduction est facultative).
- Justifier des sanctions contractuelles.
- Documenter, le cas échéant, une cause d'exclusion laissée à l'appréciation de l'acheteur lors d'une prochaine consultation…

Tout au long de l'exécution du marché, les acteurs de la chaîne achats contribuent à documenter les difficultés qui ont pu être rencontrées.

Tableau de synthèse des conséquences tirées de l'évaluation des tiers

	Survenance d'une cause d'exclusion prévue par le code de la commande publique (articles L. 2141-1 à L. 2141-11)	Évaluation de l'intégrité d'un tiers jugé à risques en cours d'exécution du marché public
Au stade de la préparation du marché public	N/A	• Adaptation de l'organisation interne • Vigilance renforcée, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique (notamment l'égalité de traitement des candidats)
Au stade de la procédure de passation du marché public	• Candidature déclarée irrecevable entraînant l'élimination du candidat • Non acceptation du sous-traitant • Mise en œuvre d'une procédure de déport en cas de conflit d'intérêts	• Adaptation de l'organisation interne .• Vigilance renforcée, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique (notamment l'égalité de traitement des candidats)
Au stade de l'exécution du marché	• Résiliation du marché public[59] • Non acceptation / non maintien du sous-traitant • Mise en œuvre d'une procédure de déport en cas de conflit d'intérêts	• Adaptation de la relation avec le titulaire (adaptation des modalités de passation des commandes et de vérification du service fait, audits…) • Adaptation de l'organisation interne (fonctionnement par binôme, rehaussement des niveaux de validation, formation…)

[59] Article L.2195-4 du code de la commande publique

Licence creative commons - CC BY NC

À retenir

L'évaluation des tiers se fonde sur des dispositions du code de la commande publique et de la loi du 9 décembre 2016.

Tous les tiers ne sont pas concernés par l'évaluation.

Seuls les motifs d'exclusion prévus par le code de la commande publique sont susceptibles d'entraîner l'irrecevabilité d'une candidature ou la résiliation d'un contrat.

Le contrôle de l'intégrité des tiers au cours du cycle des achats permet d'adapter la relation avec un tiers évalué comme risqué.

Le cadre juridique

- **Procédure d'évaluation des tiers** : article 17 II 4° de la loi du 9 décembre 2016.
  « II. - Les personnes mentionnées au I mettent en oeuvre les mesures et procédures suivantes :
  4° Des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques »

- **Examen des candidatures (modalités de vérification des motifs d'exclusion)** : articles R. 2144-7 et R. 2344-4 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique.

- **Exclusions de plein droit** : articles L. 2141-1 à L. 2141-5 et L. 2341-1 à L. 2341-3 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique.

- **Exclusions à l'appréciation de l'acheteur** : articles L. 2141-7 à L. 2141-11 et L. 2341-5 (pour les marchés de défense ou de sécurité) du code de la commande publique.

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 3

LE DISPOSITIF DE FORMATION AUX RISQUES D'ATTEINTE A LA PROBITÉ

De quoi parle-t-on ?

Vecteur de la culture d'intégrité au sein de l'organisation, un dispositif interne de formation efficace et adapté favorise une large diffusion des engagements en matière de lutte contre les atteintes à la probité pris par les instances dirigeantes, leur appropriation par les collaborateurs et la constitution d'un socle de connaissance commun aux personnels exposés.

Une action de formation consiste à procurer les connaissances et les compétences nécessaires à l'exercice d'une activité ou d'un métier (acheteur public par exemple).

Une action de sensibilisation permet aux participants d'être mieux informés et réceptifs aux enjeux de la lutte contre les atteintes à la probité dans une optique de prévention.

Plan de la fiche

1. Pourquoi former les acteurs du cycle de l'achat public ?
2. Qui former et à quoi ?
3. Les modalités de formation
4. Le suivi de l'efficience du dispositif de formation

Section 1

Pourquoi former les acteurs du cycle de l'achat public ?

L'achat public étant considéré comme un processus à risques, l'ensemble des acteurs y concourant doit être formé à l'anticorruption.

La formation de ces acteurs aux risques d'atteinte à la probité permet de **construire une culture d'intégrité** au sein de la personne publique en les informant à la fois sur la nécessaire vigilance dont ils devront faire preuve dans le cadre de leurs activités mais également sur les comportements qu'ils devront adopter face aux situations à risques. A terme, elle a pour **effet de limiter les risques d'atteinte à la probité identifiés dans la cartographie des risques.**

Prolongement de la cartographie des risques, un **plan de formation dédié détermine les différents niveaux de formations à dispenser aux agents concernés** au regard notamment des fonctions exercées, des missions et du niveau et de la fréquence d'exposition aux risques d'atteinte à la probité.

Licence creative commons - CC BY NC

Section 2

Qui former et à quoi ?

Les résultats de la cartographie des risques permettent d'identifier les acteurs les plus exposés qui doivent bénéficier d'actions de formation leur permettant de :

- **s'approprier le dispositif anticorruption** de l'entité ;
- **prévenir et détecter les faits d'atteinte à la probité** auxquels ils pourraient être eux-mêmes confrontés.

Les acteurs exposés dans une moindre mesure doivent bénéficier d'actions de sensibilisation.

A titre d'exemple, les contenus ci-dessous peuvent être proposés dans le cadre de formation / sensibilisation.

Formation

- sur l'engagement des instances dirigeantes et sur le code de conduite anticorruption de l'entité
- sur la connaissance des risques d'atteinte à la probité identifiés dans la cartographie des risques et les mesures de prévention et de détection
- sur les comportements à adopter face aux situations à risques (sollicitations, cadeaux ...)
- sur les obligations juridiques (anticorruption, droit de la commande publique, droits et obligations des fonctionnaires ...)
- sur le dispositif de conformité anticorruption
- sur les spécificités du milieu économique des fournisseurs

Acteurs potentiellement concernés par une formation :

Acheteurs publics, prescripteurs, approvisionneurs et décideurs

Sensibilisation

- sur l'engagement des instances dirigeantes et sur le code de conduite anticorruption de l'entité
- sur la connaissance des risques d'atteinte à la probité
- sur les comportements à adopter face aux situations à risques (sollicitations, cadeaux ...)

Acteurs potentiellement concernés par une action de sensibilisation :

Agents des services supports à l'exécution du marché public (services comptables, financiers ...)

Licence creative commons - CC BY NC

Les formations doivent être **pragmatiques et pédagogiques.**

A l'instar du code de conduite, elles s'appuient notamment sur des **cas pratiques et des scenarii personnalisés par public et adaptés aux risques d'atteinte à la probité identifiés au sein de l'entité**.

A ce titre, des agents peuvent être invités à partager leur expérience en la matière, leurs réactions et les conclusions qu'ils en ont tirées, donnant ainsi lieu à des échanges au plus près des contraintes opérationnelles.

La prévention de la corruption dans le cursus de formation certifiante «acheteur» proposé par la DAE et l'Institut de gestion publique et du développement économique (IGPDE)

Dans le cadre de sa stratégie de professionnalisation des acteurs de la fonction achat, la Direction des achats de l'État en partenariat avec l'IGPDE propose un cursus « acheteur » certifiant, à l'attention des acheteurs publics de l'État. Son contenu intègre notamment les dimensions éthique et déontologique associées à l'achat public ainsi que les risques d'atteinte à la probité auquel l'acheteur public peut faire face dans le cadre de ses missions.

Ainsi, le module 1 du cursus «Maitriser les fondamentaux de l'achat» aborde plus spécifiquement la prévention de la corruption : une définition précise ainsi qu'un synoptique des mécanismes d'engrenage y sont proposés : un quizz sur l'attitude à adopter face à des situations ambigües ou d'exposition à la corruption, y est proposé en fin de séquence.

Section 3

Les modalités de formation

Selon le choix de l'entité, les **formations peuvent être assurées par des agents en interne ou être dispensées par un prestataire extérieur** dans le cadre d'un marché public.
Dans l'hypothèse d'une externalisation, il est nécessaire que la personne publique participe à la conception et à la mise en œuvre de la formation afin que ses spécificités soient prises en compte et que le contenu de la formation soit en cohérence avec la politique déployée en la matière (ex : éléments relatifs au code de conduite, à la cartographie des risques…).

Des formations en présentiel sont à privilégier pour les acteurs les plus exposés aux risques d'atteinte à la probité. Les actions de sensibilisation peuvent quant à elles être réalisées à distance.

Enfin, il est à noter que les faits d'atteinte à la probité peuvent également être abordés dans le cadre de formations relevant d'autres thèmes (droit de la commande publique, achats, management, prise de poste à responsabilité…).

Licence creative commons - CC BY NC

Section 4

Le suivi de l'efficience du dispositif de formation

Il est recommandé de mettre en place des indicateurs afin d'assurer le suivi du dispositif de formation y compris dans l'hypothèse d'une externalisation des formations.

Exemples d'indicateurs de suivi des actions de formation

- taux de couverture de la formation au regard du public visé ;
- nombre d'heures de formation sur l'anticorruption ;
- qualité des formations (évaluation par les participants).

À retenir

Afin de développer une culture de l'intégrité, une entité publique doit former ses agents les plus exposés notamment les acheteurs, prescripteurs, approvisionneurs et décideurs aux risques d'atteinte à la probité.

Certains acteurs du cycle des achats, moins exposés, peuvent bénéficier d'actions de sensibilisation, notamment ceux appartenant aux services supports à l'exécution des marchés (services comptables et financiers).

La formation porte notamment sur l'appropriation du dispositif anticorruption de l'entité (dont le code de conduite anticorruption) mais également sur la prévention et la détection des faits d'atteinte à la probité.

Le cadre juridique

- **Mise en oeuvre du dispositif de formation anticorruption :** Article 17 II 6° de la loi du 9 décembre 2016.
  « II. - Les personnes mentionnées au I mettent en oeuvre les mesures et procédures suivantes : 6° Un dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés aux risques de corruption et de trafic d'influence ».

- **Droit à la formation professionnelle :** Article 22 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Licence creative commons - CC BY NC

Chapitre IV
DÉTECTER

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 1
LE CONTRÔLE INTERNE ET L'AUDIT INTERNE

De quoi parle-t-on ?

Le contrôle et l'audit internes constituent des mesures de vérification régulières (contrôle interne) ou plus ponctuelles (audit interne) permettant de s'assurer de la robustesse des mesures et procédures de la maîtrise du risque d'atteinte à la probité au sein de l'entité.

Plan de la fiche

1. Le contrôle interne dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité
2. L'audit interne dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité

Pour aller plus loin, voir dans la boîte à outils un ensemble de «Bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats» comprenant des exemples de points de contrôle et une rubrique sur les principaux signes d'alerte, p.82 à 94.

Section 1
Le contrôle interne dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité

1
Définition

Au sein des administrations d'État, le contrôle interne est défini comme « l'ensemble des dispositifs formalisés et permanents [...], qui visent à maîtriser les risques liés à la réalisation des objectifs de chaque ministère.»[60]

Appliqué au cycle des achats, le contrôle interne comprend par exemple :

Types de contrôles internes	Exemples
L'autocontrôle par les personnes du service elles-mêmes, qu'il s'agisse du service achats ou des services opérationnels/prescripteurs	• Autocontrôle à partir d'états de suivi automatisés mis à disposition dans le système d'information
Les mécanismes de contrôle et de prévention au sein de l'équipe	• Vérification (croisée, le cas échéant) par un pair • Collégialité des décisions
Les contrôles réalisés par la hiérarchie de proximité	• Vérifications systématiques de certaines catégories d'actes ou de certaines procédures plus sensibles • Contrôle par sondage ou échantillon

[60] Article 1er du décret n°2011-775 du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration.

Licence creative commons - CC BY NC

Le contrôle interne est intégré dans les différentes étapes du cycle des achats ; il est réalisé au cours de ces étapes, de manière permanente.

Les facteurs de réussite pour un contrôle interne efficace

- Formaliser les procédures dans un guide des procédures achat qui rappelle :
  - les responsabilités des différents acteurs (séparation des tâches, délégations de signature, etc.)
  - les points de contrôle interne (À quel moment ? Par qui ? Sous quelle forme ?)
- Orienter le contrôle interne en fonction des risques pointés par la cartographie des risques
- Mettre à profit les résultats des contrôles pour actualiser la cartographie des risques
- Former les agents au « réflexe » du contrôle interne notamment les encadrants
- Disposer de systèmes d'information :
  - prévoyant des contrôles automatisés
  - intégrant des éditions automatiques de certains états d'aide au contrôle ou à l'autocontrôle
  - garantissant une habilitation d'accès adaptée, circonscrite aux tâches dévolues à chaque intervenant

2

Focus : le contrôle interne comptable dans la maîtrise des risques d'atteinte à la probité

« Le contrôle interne comptable a pour objet la maîtrise des risques afférents à la poursuite des objectifs de qualité des comptes depuis le fait générateur d'une opération jusqu'à son dénouement comptable[61] ». S'agissant de l'État, est contrôlé le « respect des critères de réalité, de justification, de présentation et bonne information, de sincérité, d'exactitude, de totalité, de non-compensation, d'imputation et de rattachement à la bonne période comptable et au bon exercice»[62].

D'une manière générale, le contrôle interne comptable peut contribuer à réduire certains risques d'atteinte à la probité (notamment le détournement de fonds publics), sans pour autant être suffisant (par exemple pour prévenir les risques de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts).

- **Appliqué au cycle des achats**, un contrôle interne comptable adapté aux risques identifiés doit être mis en œuvre par l'ordonnateur et le comptable public au cours de la phase d'exécution comptable du marché public.

Le contrôle interne comptable, outil de détection des atteintes à la probité Illustrations		
La vérification du service fait par le gestionnaire à travers l'examen matériel des prestations rendues ou des biens livrés.	**Facilite** →	La détection d'une facturation de prestations non réalisées ou de biens non livrés = détection de détournements de fonds publics, de faits de corruption.
La vérification des pièces justificatives par le comptable public.		La détection d'une facturation de prestations ou de biens à un prix plus élevé sans motif = détection de détournements de fonds publics, de faits de corruption.
La tenue régulière de l'inventaire physique et comptable.		La détection de détournements de biens publics qui seraient identifiés comme manquants au cours d'opérations de mise à jour.

[61]Articles 170 et 215 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.
[62]Article 170 du décret du 7 novembre 2012 précité

Licence creative commons - CC BY NC

Section 2

L'audit interne dans la maîtrise du risque d'atteinte à la probité

1

Définition

L'audit interne constitue une « activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations et lui apporte ses conseils pour l'améliorer. L'audit interne s'assure que les dispositifs de contrôle interne d'une organisation sont efficaces [63]».

L'audit interne intervient a posteriori et ponctuellement. Dans les organisations publiques d'une certaine taille, cette fonction existe et est exercée par un service ou une direction de l'audit interne ou des services d'inspection[64].

L'audit interne a pour mission d'évaluer l'efficacité et l'efficience du contrôle interne mis en œuvre au sein de l'entité publique (administration centrale, déconcentrée, collectivités territoriales ou établissements publics). L'audit interne émet des recommandations de manière indépendante et impartiale sur l'organisation au sein de laquelle il est constitué[65].

- **Appliqué au cycle des achats[66]**, le programme annuel d'audit d'une organisation publique peut prévoir une ou des études ou missions sur les achats.

2

Exemples de sujets d'audits relatifs au cycle de l'achat

Les étapes du cycle des achats	• Audit sur la phase de sourcing, d'analyse des offres, négociation …
Les acteurs du cycle des achats	• Audit sur la direction de la commande publique, d'un service achats, d'un service opérationnel/prescripteur • Audit sur l'articulation entre les acteurs du cycle de l'achat • Audit sur la politique de formation des acheteurs
Un point clé du cycle des achats ou des contrats de la commande publique	• Audit sur le recours à la négociation • Audit sur l'application des pénalités de retard • Audit sur les délais de paiement
Une série de marchés ou un marché unique	• Audit sur le respect des obligations d'anticorruption dans le cadre de la procédure de ce(s) marché(s)
Un audit sur l'organisation générale de la fonction achats	• Audit sur la maîtrise du risque d'atteinte à la probité, avec une attention portée sur la coordination entre acteurs du cycle de l'achat

[63] Extraits des « Normes de qualification et de fonctionnement du cadre de référence de l'audit interne dans l'administration de l'État », Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État, 2013.
[64] Il convient de noter qu'un audit externe est également possible, par exemple par la Cour des comptes, les Chambres régionales et territoriales des comptes, par un cabinet privé spécialisé, ou encore en cas de contrôle par l'Agence française anticorruption.
[65] Par exemple, décret n° 2011-497 du 5 mai 2011 relatif à la maîtrise des risques et à l'audit interne au sein des ministères chargés des affaires sociales.
[66] Pour aller plus loin, Comité d'harmonisation de l'audit interne, Guide d'audit de la fonction achat, avril 2014.

Licence creative commons - CC BY NC

Facteurs de réussite pour un audit interne efficace

- Programmation régulière de missions d'audit sur la fonction achats
- Orientation du programme d'audit interne en fonction des risques pointés par la cartographie des risques
- Collaboration de tous les acteurs du cycle des achats avec les auditeurs
- Mise en œuvre effective des recommandations formulées à la fin du rapport d'audit
- Mise à profit des résultats des audits pour actualiser la cartographie des risques

En conclusion, contrôle et audit internes ont une finalité commune : donner une assurance raisonnable de maîtriser le risque d'atteinte à la probité dans le cycle des achats. En outre, ils en facilitent la détection.

À retenir

Le contrôle interne des marchés publics regroupe les dispositifs formalisés et permanents visant à maîtriser les risques d'atteinte à la probité. Ils comprennent notamment l'auto-contrôle, les vérifications par un pair, les contrôles par sondage de la part de la hiérarchie de proximité ou encore le contrôle comptable et financier.

L'audit interne est quant à lui exercé par un service autonome, ponctuellement. Il peut porter par exemple sur une étape du cycle des achats, sur certains acteurs ou sur certains points clés du processus achats.

Le cadre juridique

- **Audit interne dans les administrations d'État**
  - décret du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration
  - circulaire du Premier ministre n°5540/SG du 30 juin 2011 relative à la mise en œuvre de l'audit interne dans l'administration

- **Contrôle interne comptable**
  - décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 2
LES DISPOSITIFS D'ALERTE

De quoi parle-t-on ?

Une alerte peut être émise à toutes les étapes du cycle des achats, pour signaler un comportement ou une situation potentiellement contraire au code de conduite anticorruption, ou une infraction. Elle peut prendre au moins trois formes.

Plan de la fiche

1. Le dispositif d'alerte spécifique aux « lanceurs d'alerte »
2. Le dispositif d'alerte interne portant sur un manquement au code de conduite anticorruption
3. Le signalement au procureur de la République

Pour aller plus loin, une présentation détaillée des dispositifs d'alerte figure en annexe, p. 129

Section 1
Le dispositif d'alerte spécifique aux « lanceurs d'alerte »
(articles 6 à 15 de la loi du 9 décembre 2016)

Une procédure spécifique est à mettre en œuvre en matière de signalement par les lanceurs d'alerte[67].

1
Quelles entités doivent mettre en place un recueil des alertes et signalements[68] ?

- les personnes morales de droit public ou de droit privé > 50 agents ou salariés ;
- les administrations de l'État, Autorités administratives indépendantes et Autorités publiques indépendantes ;
- les collectivités territoriales (dont les communes > 10 000 habitants) et établissements publics locaux en relevant ;
- les EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune > 10 000 habitants.

[67] Article 8 de la loi du 9 décembre 2016.
[68] Article 8 de la loi du 9 décembre 2016 et décret du 19 avril 2017 précité.

Licence creative commons - CC BY NC

2

Qui peut être un lanceur d'alerte ?

Toute personne physique (salarié, fonctionnaire, agent public, collaborateur extérieur ou occasionnel, stagiaire, apprenti) **en relation de travail.**

S'ajoutent à cela des **conditions cumulatives** :

- il doit agir de manière désintéressée (pas d'intérêt personnel, financier) et de bonne foi (sans intention de nuire) ;
- il doit avoir eu personnellement connaissance des faits ;
- les faits révélés doivent être graves.

Les infractions d'atteinte à la probité entrent dans ce champ.

Si ces conditions sont respectées et que le lanceur d'alerte suit la procédure en 3 paliers[69] prévue dans la loi du 9 décembre 2016, il bénéficiera d'une protection renforcée.

Le rôle d'orientation du Défenseur des droits

Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte. Le Défenseur des droits n'intervient pas pour faire cesser les dysfonctionnements à l'origine de l'alerte, mais il peut intervenir au cas où un lanceur d'alerte serait victime de mesures de rétorsion ou représailles suite à son alerte.
https://www.defenseurdesdroits.fr/

Section 2

Le dispositif d'alerte portant sur un manquement au code de conduite anticorruption (articles 3 3° et 17 II 2° de la loi du 9 décembre 2016)

Dans le cadre du dispositif anticorruption, le dispositif d'alerte interne est la procédure mise en œuvre par les organisations afin de permettre à leurs agents ou salariés, de signaler un comportement ou une situation potentiellement contraire au code de conduite anticorruption dont ils seraient témoins.

Il s'agit d'un outil permettant de détecter des comportements inappropriés, pouvant conduire à des faits d'atteinte à la probité (corruption, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds ...).

Pour les entités concernées par les deux obligations (mise en œuvre d'un dispositif de protection des lanceurs d'alerte et d'un dispositif d'alerte en cas de manquement au code de conduite anticorruption), **il est possible de mettre en place un seul et unique dispositif de recueil de ces signalements.**

1

Qui est concerné par l'obligation de se doter d'un dispositif d'alerte interne ?

Cette mesure étant un des volets d'un programme anticorruption, elle concerne toutes les entités soumises à l'obligation de se doter d'un programme.

[69] Palier 1) Saisine du supérieur hiérarchique (direct ou indirect) ou du référent alerte
Palier 2) Saisine de l'autorité judiciaire, de l'autorité administrative ou des ordres professionnels
Palier 3) Divulgation publique de l'alerte

Licence creative commons - CC BY NC

2

Le contenu du dispositif d'alerte interne

L'objectif est de signaler les situations contraires au code de conduite et orienter le personnel qui s'interrogerait sur le comportement à adopter dans une situation à risque. Ainsi, les **recommandations de l'AFA indiquent que le dispositif doit expliciter le rôle du supérieur hiérarchique et qu'un référent alerte doit être désigné**.

Pour assurer la confidentialité des échanges, des dispositions doivent être prises pour protéger l'identité de la personne qui fait le signalement ; les modalités de transmission de ces informations doivent être précisées.
L'auteur du signalement doit être tenu informé à chaque étape du traitement de son signalement.

Section 3

Le signalement au procureur de la République

(article 40 al.2 du code de procédure pénale)

Contrairement aux deux autres alertes, ce signalement est spécifique aux agents publics ; il a un caractère obligatoire.

L'article 40 du code de procédure pénale impose aux agents publics d'informer « sans délai » le procureur de la République lorsqu'ils ont connaissance de crimes et de délits dans l'exercice de leurs fonctions. Ils doivent lui transmettre tous les renseignements, procès-verbaux et actes relatifs aux signalements.

Qui doit alerter ?

- toute autorité constituée ;
- tout officier public ;
- tout agent public.

L'acheteur public peut, dans l'exercice de ses fonctions, être confronté à la découverte personnelle de crimes ou délits, d'atteinte à la probité pour lesquels il devra informer sans délai le procureur de la République (par exemple détournement de fonds publics découvert lors de la vérification du service fait, corruption passive ou pacte de corruption entre une entreprise et un intervenant du cycle des achats, prise illégale d'intérêts concernant un acteur du cycle des achats qui disposerait d'un intérêt dans une entreprise attributaire d'un marché…).

Le fait de lancer une alerte dans le cadre du dispositif prévu pour les lanceurs d'alerte ne décharge pas l'agent public de son obligation d'alerter le procureur de la République. Il bénéficiera ainsi du régime de protection fonctionnelle accordée à tout fonctionnaire ou agent public dans l'exercice de ses fonctions.

Le référent déontologue

En cas de doute sur la conduite à tenir dans la mise en oeuvre d'une obligation déontologique ou face à une situation sensible, tout agent public peut consulter son référent déontologue. Il doit être obligatoirement mis en place dans les administrations publiques en application de l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983.

Licence creative commons - CC BY NC

À retenir

Face à une situation à risque, un acteur du cycle des achats dispose de trois possibilités qui peuvent le cas échéant se cumuler :

- bénéficier de la protection relative aux lanceurs d'alerte s'il signale les faits à son autorité hiérarchique et s'il respecte la procédure d'alerte prévue par la loi ;
- si l'entité à laquelle il appartient dispose d'un dispositif d'alerte dédié, signaler un manquement au code de conduite anticorruption en y recourant ;
- en tant qu'agent public, il a en outre l'obligation de signaler au procureur de la République tout fait suffisamment établi constituant une infraction d'atteinte à la probité dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Le cadre juridique

- articles 25, 26 et 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;
- article 2 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie, droits et obligations des fonctionnaires (définition du conflit d'intérêts) ;
- articles 3 3°, 6 à 15 et 17 2°, loi du 9 décembre 2016 ;
- article L151-8 2° code de commerce ;
- décret du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte ;
- circulaire de la DGAFP du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- circulaire du 31 janvier 2018 (Ministère de la justice) relative à l'application de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- délibération CNIL n°2019-139 du 18 juillet 2019 (JO 10 décembre 2019) ;
- article 40 al.2 du code de procédure pénale.

Licence creative commons - CC BY NC

Chapitre V
DÉPLOYER UN PROGRAMME ANTICORRUPTION

Licence creative commons - CC BY NC

Fiche n° 1
DÉPLOIEMENT D'UN PROGRAMME ANTICORRUPTION

De quoi parle-t-on ?

Se lancer dans une démarche anticorruption suppose de la part de toute entité publique une organisation du déploiement des différents outils de prévention et de détection. Cette fiche présente quelques exemples de bonnes pratiques permettant de faciliter une telle démarche. Il ne s'agit que d'exemples, le déploiement d'un dispositif anticorruption devant être adapté à l'organisation, aux risques spécifiques et à l'histoire de chaque entité.

Plan de la fiche

1. Point de départ
2. Déroulement des travaux
3. Evaluation et actualisation du dispositif

Section 1
Point de départ

L'engagement des instances dirigeantes permet de lancer une démarche anticorruption. Elle prend notamment la forme d'une communication sur cette démarche et de la désignation d'un référent (individuel ou comité - voir fiche engagement des instances dirigeantes, p. 25).

Il peut être alors utile de dresser un autodiagnostic de l'état de maturité de l'entité sur les différents outils composant un programme de mise en conformité.

Par exemple :
- L'entité a-t-elle déjà été conduite à dresser une cartographie des risques (risques budgétaires et comptables, risques opérationnels...) ?
- Dispose-t-elle d'une charte déontologique ?
- A-t-elle mis en place une procédure de signalement d'incidents (par exemple à travers la mise en place d'une adresse courriel dédiée) ?
- Quel est l'état de maturité du contrôle interne ?
- Les formations internes qu'elle dispense contiennent-elles une dimension déontologique ou anticorruption ?

Ce recensement permet de mieux cibler les éléments du programme anticorruption qui devront être déployés en priorité. Il contribue à capitaliser le savoir-faire de l'entité et à montrer aux agents que cette démarche ne leur est pas inconnue.

Licence creative commons - CC BY NC

Section 2

Déroulement des travaux

La cartographie des risques d'atteinte à la probité constitue le support essentiel du déploiement d'un programme anticorruption car elle permet une évaluation fine de l'exposition de l'entité, au regard de ses activités.

Cependant, l'exercice de cartographie peut s'avérer long à mettre en œuvre, notamment si l'entité ne dispose pas de formalisation de ses activités (fiches de procédure notamment) et qu'elle doit réaliser cet exercice de description *ex nihilo*.

Il importe alors de ne pas attendre l'aboutissement de la réalisation de la cartographie des risques pour commencer à déployer les autres outils de prévention et de détection. Ces outils provisoires seront réactualisés une fois la première version de la cartographie des risques achevée.

Ces déploiements simultanés permettent à l'entité de renforcer rapidement ses moyens d'atténuation du risque d'atteinte à la probité.

Section 3

Évaluation et actualisation du dispositif

Afin d'être effectif, le déploiement d'un programme anticorruption constitue une démarche progressive.

D'une part, **l'évaluation des risques telle qu'elle résulte de la cartographie a vocation à structurer et enrichir l'ensemble des outils d'un programme anticorruption**. Par exemple, c'est sur la base de cette évaluation :

- que seront déterminés les agents les plus exposés devant bénéficier d'une formation et que sera établi le plan de formation ;
- que le programme d'audit interne sera construit ;
- que sera organisée la stratégie d'évaluation des tiers.

Plus largement, les différents outils d'un programme anticorruption ont vocation à s'enrichir mutuellement. Par exemple, le bilan des alertes internes dressé périodiquement, ainsi que les sanctions disciplinaires prononcées ont vocation à alimenter l'actualisation de la cartographie des risques. De même, les alertes et les sanctions prononcées pourront enrichir le code de conduite.

D'autre part, la loi du 9 décembre 2016 demande à chaque entité de mettre en place « un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre »[70] au titre du programme anticorruption. Cette évaluation périodique permet de s'assurer de l'efficacité des différentes mesures et de les mettre en cohérence.

L'actualisation des différents outils (révision de la cartographie des risques, complément au code de conduite, modification du plan de formation, adaptation du contrôle interne…) renforce leur robustesse et permet à l'entité de s'adapter aux nouvelles formes de menaces. Elle contribue également à l'appropriation des outils anticorruption par les agents en les associant aux opérations de révision et en diffusant à leur attention les outils actualisés.

Un exemple – fictif – de phasage du déploiement d'un programme anticorruption au sein d'une entité publique est présenté ci-après.

[70] Article 17 II 8° de la loi du 9 décembre 2016 :« II. - Les personnes mentionnées au I mettent en œuvre les mesures et procédures suivantes : (…)
8° Un dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre. »

Licence creative commons - CC BY NC

À retenir

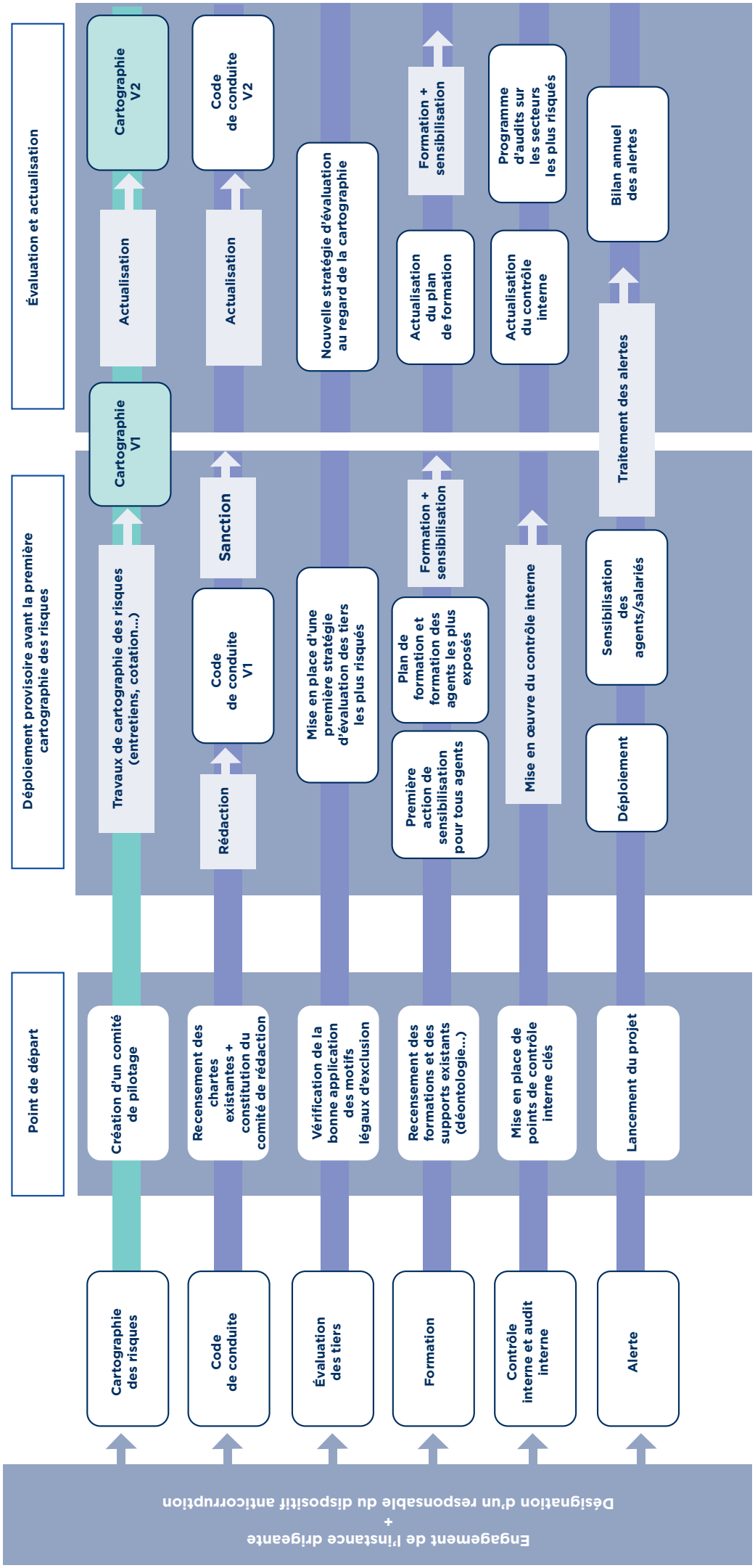
La cartographie des risques constitue l'élément central du déploiement d'un programme anticorruption.

Cependant, il n'est pas nécessaire d'attendre l'achèvement de la première version de cet instrument pour déployer – au moins à titre provisoire – les autres outils d'un dispositif anticorruption.

L'ensemble de ces outils doivent être évalués régulièrement et s'alimentent mutuellement, afin de renforcer progressivement la maîtrise des risques d'atteinte à la probité.

Licence creative commons - CC BY NC

Exemple de déploiement d'un programme anticorruption



Source :
AFA et DAE

Licence creative commons - CC BY NC

DISPONIBLE DANS

la boîte À OUTILS

- Pas à pas de la cartographie des risques d'atteinte à la probité
- Bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats Phase de préparation
- Bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats Phase de passation
- Bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats Phase d'exécution
- Fiche réflexe pour un acteur du cycle des achats
- Fiche réflexe pour un responsable de service
- Exemple de contenu d'un code de conduite anticorruption

Licence creative commons - CC BY NC

1 PAS A PAS DE LA CARTOGRAPHIE DES RISQUES D'ATTEINTE À LA PROBITÉ

Avertissement méthodologique

L'exemple développé ci-dessous a pour objectif d'illustrer la réalisation d'une cartographie des risques. Il ne vise pas à imposer une méthode, chaque entité étant libre de déterminer celle qui lui paraît la plus adaptée.

Cet exemple repose sur un cas fictif, par nature parcellaire car il ne prend en compte qu'un seul processus, celui des achats, et uniquement certains risques au sein de ce processus. En outre, les explications données pour présenter la cotation de chaque risque ne reposent pas sur des entretiens réalisés auprès d'agents et nécessiteraient des développements détaillés, ce que le format de la présente fiche ne permet pas de réaliser.

Comment déterminer le niveau de vulnérabilité de l'entité ?

1

Recenser les risques

Pour les besoins de l'exemple, seuls trois scénarios de risques seront examinés, correspondant à l'étape « détermination du besoin à satisfaire et évaluation financière » de la phase de préparation du tableau sur les bonnes pratiques anticorruption dans le cycle des achats (voir p. 83) :

- R1 - « Risque de favoritisme : (...) sous-estimation volontaire de la valeur du besoin permettant d'autoriser le recours à la négociation et ainsi privilégier une entreprise. »
- R2 - « Risque de corruption : sollicitation, acceptation d'un cadeau ou d'une invitation (voyages ...) dans le but d'exercer une influence sur la détermination du besoin. »
- R3 - « Risque de prise illégale d'intérêts : intervention d'un acheteur ayant des liens d'intérêts avec l'un des opérateurs économiques sourcés qui exerce ensuite une influence sur les travaux préparatoires du marché. »

Rappel : un risque (par exemple le favoritisme) peut être lié à un ou plusieurs scénarios différents.

2

Coter les risques bruts

Sur la base des indicateurs mentionnés plus haut p. 33, des échelles d'évaluation sont établies pour graduer l'intensité de l'impact et l'occurrence des risques identifiés.

La nature de l'impact est propre à chaque entité. Les sous-critères et leur cotation respective proposés dans le tableau ci-dessous sont indépendants les uns des autres. A titre d'exemple, une intensité qualifiée de « moyenne » n'implique pas à la fois une couverture médiatique négative au niveau régional, l'annulation d'un marché public et un fort mécontentement au sein de l'entité.

Licence creative commons - CC BY NC

Tableau 1 - Exemple d'échelle d'impact des risques identifiés (cas fictifs)

Intensité de l'impact	Note	Nature de l'impact (liste non exhaustive de sous-critères)				
		Financier	Réputation	Juridique	Opérationnel	Humain
Faible	1	Pertes financières / surcoût de moins de x % du coût du marché	Rumeur au niveau local	Obligation de verser des dommages intérêts	Retard ne remettant pas en cause la réalisation ou la performance de la prestation	Mécontentement dans un service de la part de quelques agents
Moyen	2	Pertes financières / surcoût entre x et x % du coût du marché, obérant les autres dépenses de la personne publique	Couverture médiatique négative régionale sur une courte durée. Réaction des fournisseurs, des partenaires et des usagers	Annulation du marché	Mauvaise exécution d'une prestation entraînant le mécontentement des usagers	Fort mécontentement dans une entité au-delà du service mis en cause
Fort	3	Pertes financières / surcoût de plus de x % du coût du marché, déséquilibrant durablement le budget de la personne publique	Campagne de presse régionale sur une période significative. Insatisfaction des partenaires, fournisseurs et de la société civile. Interpellation du ministre, de l'élu par l'opposition	Engagement de la responsabilité pénale d'un élu et /ou d'un agent	Retard ou inexécution des prestations occasionnant une rupture ponctuelle de la continuité d'un service public	Climat social très dégradé
Très fort	4	Pertes financières / surcoût de plus de x % du coût du marché, mettant en péril le budget de la personne publique	Campagne de presse nationale sur une période significative. Insatisfaction des partenaires, fournisseurs et de la société civile. Risque de démission de l'instance dirigeante	Engagement de la responsabilité pénale d'un élu et /ou d'un agent. Le cas échéant, engagement de la responsabilité pénale de la personne morale	Retard ou inexécution des prestations occasionnant une rupture de longue durée de la continuité d'un service public	Démotivation des personnels, difficulté à fidéliser le personnel et à combler les postes vacants

Licence creative commons - CC BY NC

Tableau 2 - Exemple d'échelle d'occurrence des risques identifiés

Probabilité	Note	Description	Occurrence
Rare	1	Evénement risquant de se produire uniquement dans des cas exceptionnels	Moins d'une fois en x années.
Éventuel	2	Evénement risquant de se produire à un moment donné	Au moins une fois en x années.
Probable	3	Evénement ayant de fortes chances de se produire à un moment donné	Au moins une fois en x années.
Fortement probable	4	Evénement qui doit se produire dans un futur proche	Au moins une fois en x années.

La cotation du risque brut peut alors résulter du produit de la note d'impact et de la note d'occurrence, soit :

Risque brut = note d'impact x note d'occurrence

Afin d'effectuer la cotation de l'impact et de l'occurrence, plusieurs méthodes sont envisageables, par exemple :

- **Attribuer une note globale** pour l'impact d'une part et l'occurrence d'autre part, en se servant des sous-critères (financier, réputation, responsabilité…) comme d'un support de réflexion → c'est l'option qui sera retenue dans l'exemple ci-dessous.

- **Attribuer à chacun des sous-critères une note propre**, la moyenne des notes des sous-critères permettant d'obtenir la note d'impact. Il est alors possible de pondérer les sous-critères, par exemple si l'entité souhaite ne pas accorder le même poids à l'impact financier et à l'impact réputationnel.

Ex : l'entité décide que l'impact financier aura un coefficient 2 et les autres sous-critères un coefficient 1. Elle attribue les notes suivantes aux différents sous-critères :

- financier : 3/4 (coefficient 2)
- réputation : 4/4 (coefficient 1)
- responsabilité : 3/4 (coefficient 1)
- opérationnel : 1/4 (coefficient 1)
- humain : 3/4 (coefficient 1)

La note d'impact sera alors la moyenne pondérée de ces différentes notes : **soit 2,8 arrondi à 3.**

Il convient de rappeler qu'il n'existe pas de méthode de cotation préconisée, chaque entité devant privilégier d'adopter celle qui correspond le plus à son activité. Il est en revanche important d'expliciter la méthodologie retenue et d'annexer ce document à la cartographie finale.

Licence creative commons - CC BY NC

Exemple de cotation des risques bruts au regard des échelles d'impact et d'occurrence

Risques liés aux marchés publics	Impact	Occurrence	Risque brut
R1 - Risque de favoritisme : (...) sous-estimation volontaire de la valeur du besoin permettant d'autoriser le recours à la négociation et ainsi de privilégier une entreprise.	**Note : 3** *Critères d'analyse retenus par l'entité :* - risque d'annulation de marchés et de pertes entraînant un déséquilibre durable du budget ; - risque de campagne de presse régionale ; - responsabilité pénale de l'agent ; - rupture de longue durée de la continuité du service public ; - démotivation des personnels.	**Note : 4** *Critères d'analyse retenus par l'entité :* - réticence avérée de certains services de l'entité à mettre en œuvre les règles des marchés publics, rendant fortement probable ce type de pratiques ; - un antécédent connu ayant donné lieu à sanctions disciplinaires.	**Note globale 12**
R2 - Risque de corruption : sollicitation, acceptation d'un cadeau ou d'une invitation (voyages...) dans le but d'exercer une influence sur la détermination du besoin.	**Note : 4** *Critères d'analyse retenus par l'entité :* - risque d'annulation de marchés et de pertes entraînant un déséquilibre durable du budget ; - risque de campagne de presse nationale et de démission de l'instance dirigeante ; - risque d'engagement de la responsabilité pénale de l'agent et de la personne morale ; - risque de mauvaise exécution de la prestation (retard) entraînant le mécontentement des usagers ; - démotivation des personnels.	**Note : 2** *Critères d'analyse retenus par l'entité :* - aucune antériorité de tentative de corruption au sein de l'entité, ni cas connu dans les domaines d'activité de l'entité.	**Note globale 8**
R3 - Risque de prise illégale d'intérêts : intervention d'un acheteur ayant des liens d'intérêts avec l'un des opérateurs économiques sourcés qui exerce ensuite une influence sur les travaux préparatoires du marché.	**Note : 3** *Critères d'analyse retenus par l'entité :* - risque d'annulation de marchés et de pertes entraînant un déséquilibre durable du budget ; - risque de couverture médiatique régionale négative sur une courte durée ; - risque d'engagement de la responsabilité pénale de l'agent ; - rupture ponctuelle de la continuité du service public ; - climat social dégradé, risques psychosociaux.	**Note : 3** *Critères d'analyse retenus par l'entité :* - pas d'antériorité connue mais engagement d'une proportion importante de contractuels provenant du secteur privé au sein du service achats.	**Note globale 9**

Licence creative commons - CC BY NC

3

Coter le risque net par l'évaluation des moyens mis en oeuvre pour maîtriser les risques identifiés

La prise en compte des mesures de prévention préexistantes permet de pondérer le risque brut afin de déterminer les risques nets auxquels est soumise l'entité.

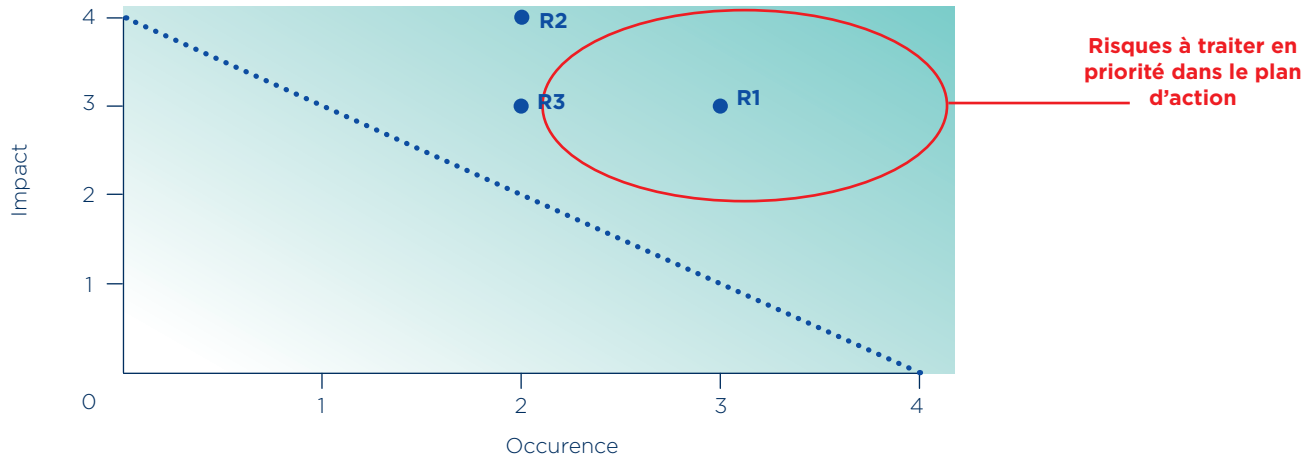
Exemple de passage des risques bruts aux risques nets

Détermination des risques bruts			Détermination des risques nets		
Risques identifiés	**Indicateurs**	**Cotation du risque brut**	**Mesures de prévention**	**Indicateurs**	**Cotation du risque net**
R1 - Risque de favoritisme : (...) sous-estimation volontaire de la valeur du besoin permettant d'autoriser le recours à la négociation et ainsi de privilégier une entreprise.	Intensité de l'impact : forte Note d'impact : 3 Probabilité d'occurrence : fortement probable Note d'occurrence : 4	12	• L'entité dispose d'une procédure assurant l'exploitation collégiale des résultats du sourcing et la diffusion des éléments nécessaires aux personnes associées au projet pour rapprocher l'expression du besoin du marché fournisseur (compte rendu, grille d'entretien fournisseurs...). **Impact des mesures de prévention préexistantes** →	Intensité de l'impact : forte Note d'impact : 3 Probabilité d'occurrence : probable Note d'occurrence : 3	9
R2 - Risque de corruption : sollicitation, acceptation d'un cadeau ou d'une invitation (voyages ...) dans le but d'exercer une influence sur la détermination du besoin.	Intensité de l'impact : très forte Note d'impact : 4 Probabilité d'occurrence : éventuelle Note d'occurrence : 2	8	• Aucune mesure existante. **Impact des mesures de prévention préexistantes** →	Intensité de l'impact : très forte Note d'impact : 4 Probabilité d'occurrence : éventuelle Note d'occurrence : 2	8
R3 - Risque de prise illégale d'intérêts : intervention d'un acheteur ayant des liens d'intérêts avec l'un des opérateurs économiques sourcés qui exerce ensuite une influence sur les travaux préparatoires du marché.	Intensité de l'impact : forte Note d'impact : 3 Probabilité d'occurrence : probable Note d'occurrence : 3	9	• Lors de l'entretien de prise de fonctions, un bilan sur les conflits d'intérêts est effectué avec tout nouvel acheteur. **Impact des mesures de prévention préexistantes** →	Intensité de l'impact : forte Note d'impact : 3 Probabilité d'occurrence : éventuelle Note d'occurrence : 2	6

Licence creative commons - CC BY NC

Une fois les risques nets déterminés, ils peuvent être reportés sur un tableau de synthèse.

Exemple de représentation de la cotation des risques nets



On aboutit à une hiérarchisation des risques à traiter :

- **en priorité le risque 1 (note 9) ;**
- **puis le risque 2 (note 8) ;**
- **puis le risque 3 (note 6).**

4

Adopter un plan d'action

A l'issue de la cotation des risques nets, l'entité sera en mesure de hiérarchiser les risques identifiés, d'en déterminer le degré d'acceptabilité et enfin d'y apporter les mesures correctives à travers un plan d'action. La mise en œuvre de ce plan d'action pourra faire l'objet de vérifications au titre du contrôle et de l'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Exemple de plan d'action résultant de la cartographie des risques

Risque	Mesures correctives envisagées	Bénéfice attendu	Échéance	Personne respon-sable
R1 - Risque de favoritisme : (...) sous-estimation volontaire de la valeur du besoin permettant d'autoriser le re-cours à la négociation et ainsi de privilé-gier une entreprise.	Vérification systématique de la cohérence entre le projet d'achat et l'évaluation financière (justifica-tion du recours à des procédures adaptées ouvrant à négociation).	Diminution de l'occurrence du risque.	6 mois	M. X.
R2 - Risque de corruption : sollicitation, acceptation d'un cadeau ou d'une invitation (voyages ...) dans le but d'exercer une influence sur la détermina-tion du besoin.	A court terme, obligation d'auto-risation de l'autorité hiérarchique avant d'accepter tout cadeau et création d'un registre dédié.	Diminution de l'occurrence.	6 mois	Mme Y.
	A moyen terme, rédaction et diffusion d'un code de conduite anticorruption, comportant des préconisations sur la conduite à tenir face aux sollicitations et aux propositions de cadeaux/invita-tions.	Diminution de l'occurrence.	18 mois	Création d'un comité de rédac-tion présidé par Mme Y
R3 - Risque de prise illégale d'intérêts : intervention d'un acheteur ayant des liens d'intérêts avec l'un des opérateurs éco-nomiques sourcés qui exerce ensuite une influence sur les travaux préparatoires du marché.	Formation de l'ensemble des acheteurs sur le conflit d'intérêts et la conduite à tenir dans une telle situation.	Diminution de l'occurrence.	1 an	Mme Z

La cotation des risques doit être réévaluée à l'aune des résultats de ce plan d'action.

Licence creative commons - CC BY NC

2 PHASE DE PRÉPARATION - BONNES PRATIQUES ANTICORRUPTION DANS LE CYCLE DES ACHATS

Avertissement : Certaines bonnes pratiques identifiées sont pertinentes pour différentes étapes du cycle des achats et sont donc reproduites à plusieurs reprises dans les tableaux ci-dessous.

De quoi parle-t-on ?

Ce tableau présente pour chaque étape de la phase de préparation d'un achat public :
1. des exemples (non exhaustifs) de risques d'atteinte à la probité
2. des bonnes pratiques d'organisation ou de contrôle permettant de limiter les risques
3. des signaux d'alerte liés à cette phase[71]

Sourcing	
1. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Transmission d'informations privilégiées sur les attentes de l'acheteur, la consistance d'une opération, son coût (risque d'asymétrie de l'information entre les candidats). **Risque de corruption** • Sollicitation, acceptation d'un cadeau ou d'une invitation (voyages, invitations à des salons) dans le but d'exercer une influence sur les travaux préparatoires. **Risque de prise illégale d'intérêts** • Intervention d'un acheteur ayant des liens d'intérêts avec l'un des opérateurs économiques sourcés qui exerce ensuite une influence sur les travaux préparatoires du marché.
2. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser le sourcing[72]** • Communiquer de manière transparente et identique sur les besoins du pouvoir adjudicateur (réunions sur les intentions d'achats, publication de la programmation pluriannuelle des marchés). • Anticiper la programmation des marchés et effectuer le sourcing suffisamment en amont. • Varier les types d'opérateurs économiques sollicités (taille de l'entreprise, entreprises leader, émergentes, innovantes ...) et contacter les relais telles que les organisations professionnelles ou économiques représentatives du secteur d'activités, les structures consulaires (ex : chambres de commerce et d'industrie, chambres d'artisanat ...). • Formaliser l'invitation au sourcing (invitations transmises directement aux opérateurs économiques, tirage au sort de l'ordre de passage). • Assurer la collégialité du sourcing : - Réunions internes avant l'écriture du cahier des charges avec, le cas échéant, des acteurs neutres vis-à-vis du besoin à satisfaire. - Création d'un binôme acheteur/prescripteur lorsque cela est possible (par exemple si la participation d'un agent est susceptible de créer une situation à risque) et ne nuit pas à l'organisation du sourcing. • Définir la participation et le rôle de chacun dans le sourcing (encadrement de la participation d'un assistant à maîtrise d'ouvrage ...). • Définir la teneur des entretiens (informations transmises aux opérateurs économiques, durée, élaboration d'une grille d'entretien, questionnaire ...).

[71] Les rubriques « Principaux signaux d'alerte » ont notamment pour source le Guide de l'audit de la fonction achat publié par le Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État et téléchargeable via le lien : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/chaie/guide-audit-fonction-achat.pdf
[72] Pour de plus amples informations, le guide de l'achat public relatif au sourcing opérationnel est accessible via le lien suivant : https://www.economie.gouv.fr/dae/guides-lachat-public

Licence creative commons - CC BY NC

Sourcing	
3. Bonnes pratiques identifiées	• Assurer la traçabilité et la transparence des échanges (compte rendu écrit ou grille d'entretien fournisseurs[73]) et contrôler la diffusion des informations obtenues (diffusion en interne aux personnes associées au projet). • Assurer la transparence : - Publication de la programmation pluriannuelle des achats, des appels à compétence ... - Traçabilité en interne des rencontres des acheteurs dans le cadre du sourcing (compte rendu ...) • Encadrer la participation à des salons, à des visites de sites de production (invitation en lien avec l'objet de l'achat), invitations (repas d'affaire, loisirs sur le temps de travail), gestion des cadeaux, repas d'affaire ... • Encadrer les tests de produits à titre « gratuit » (informatique, matériels ...). **Organiser le contrôle** S'assurer de la formalisation, de la complétude des comptes rendus et plus globalement de la teneur des informations transmises.
4. Principaux signaux d'alerte	• L'analyse par typologie de fournisseurs met à jour un très faible taux de rotation et une forte récurrence de certains, y compris dans des champs très concurrentiels. • L'analyse de la base fournisseurs met en avant un nombre élevé de doublons, susceptible de fausser le contrôle par fournisseur.
Détermination du besoin à satisfaire et évaluation financière	
5. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Participation directe d'un opérateur économique à la rédaction du marché public lui permettant d'obtenir des informations privilégiées pour son obtention. • Spécifications techniques sur mesure ne permettant la sélection que d'un seul opérateur économique. • Sous-estimation volontaire de la valeur du besoin permettant d'autoriser le recours à la négociation et ainsi privilégier une entreprise. **Risque de corruption** • Sollicitation, acceptation d'un cadeau ou d'une invitation (voyages ...) dans le but d'exercer une influence sur la détermination du besoin. **Risque de détournement de fonds publics** • La surévaluation du besoin dans le cahier des charges génère une manne financière née de l'écart entre les réalisations réelles et le montant du marché qui est versée à l'agent par l'attributaire ; ce mode opératoire peut également résulter d'une appréciation délibérément faussée des coûts estimés ou de la marge d'erreur. **Risque de prise illégale d'intérêts** • Intervention d'un acheteur ayant des liens d'intérêts avec l'un des opérateurs économiques sourcés qui exerce ensuite une influence sur les travaux préparatoires du marché.
6. Bonnes pratiques identifiées	**Objectiver la détermination du besoin et son évaluation financière** • Exploiter les résultats du sourcing en assurant la collégialité des travaux et la diffusion des éléments nécessaires aux personnes associées au projet pour rapprocher l'expression du besoin du marché fournisseur (compte rendu, grille d'entretien fournisseurs ...). • Favoriser le parangonnage sur le même type d'achat par des acteurs similaires afin d'objectiver le besoin au-delà des suggestions résultant des opérateurs économiques « sourcés ». • Valoriser l'expression des besoins en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles. • Établir un processus de gestion des achats de faible montant, également soumis à l'obligation de définition préalable des besoins.

[73] Cf. « Grille d'entretien fournisseurs » de la boîte à outils du guide de l'achat public relatif au sourcing opérationnel

Licence creative commons - CC BY NC

Détermination du besoin à satisfaire et évaluation financière	
7. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser le contrôle** • Vérifier le lien et la proportionnalité entre les besoins exprimés ainsi que : - les conditions relatives aux capacités techniques, professionnelles, économiques et financières éventuellement exigées des opérateurs économiques ; - les critères d'attribution afin d'éviter que la définition du besoin ne soit faite de manière à avantager un fournisseur potentiel. • Contrôler la neutralité des spécifications techniques et/ou fonctionnelles (y compris lorsqu'un acteur économique extérieur est en charge de l'assistance à la détermination du besoin). • Contrôler systématiquement la cohérence entre le projet et l'évaluation financière qui en découle (en lien notamment avec le sourcing opéré).
8. Principaux signaux d'alerte	• Nombre élevé de consultations déclarées sans suite (ce qui pourrait révéler une mauvaise définition initiale du besoin). • Augmentation du nombre de contentieux en lien avec la mauvaise définition du besoin. • Multiplication du nombre d'avenants aux fins d'ajouter des prestations aux marchés publics initiaux. • Diminution subite du nombre de commandes afin d'éviter le franchissement des seuils de procédure (indicateur de la mauvaise définition d'un besoin et/ou de son évaluation financière). • Niveau élevé de demandes d'achat faites en urgence en proportion totale des achats, reflétant les lacunes de la programmation et l'insuffisance des procédures d'arbitrage en amont. • Nombre élevé d'achats sans supports contractuels. • Niveau élevé de factures préalables à l'existence d'un engagement.
Détermination de la procédure	
9. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Détournement de procédure (recours abusif aux procédures sans publicité ni mise en concurrence, à la procédure avec négociation, au dialogue compétitif ...). • Fractionnement artificiel («saucissonnage ») des besoins en vue de favoriser un fournisseur (notamment pour les besoins de faible montant). • En cas d'allotissement, mauvaise qualification des lots ou défaut d'allotissement destiné à permettre à une société déterminée de soumissionner. • Recours injustifié à l'urgence. • Organisation d'une mise en concurrence fictive pour régulariser la passation d'un marché en réalité déjà attribué et réalisé de manière dissimulée. **Risque de prise illégale d'intérêts** • Participation directe d'un opérateur économique potentiellement candidat (assistant à maîtrise d'ouvrage [AMO], maître d'œuvre [MOE]) à la rédaction du marché.
10. Bonnes pratiques identifiées	**Motiver le choix de la procédure** • Assurer la collégialité de la décision pour assurer la transparence du choix de la procédure, notamment pour le recours aux marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables, dialogues compétitifs, procédures avec négociation. • Assurer la traçabilité de la justification du choix de la procédure de passation (ex : rapport de présentation lorsque celui-ci est à produire[74]). • Établir un processus d'information et de validation du choix de la procédure par les acteurs concernés (autorité hiérarchique, service de la commande publique, instance décisionnelle ...), établir un processus de gestion des achats de faible montant. • Pour les services déconcentrés de l'État, solliciter les plateformes régionales des achats pour envisager des marchés mutualisés.

[74] Cf. articles R2184-1 à 6 du code de la commande publique pour les pouvoirs adjudicateurs ; R2184-7 à 11 du code de la commande publique pour les entités adjudicatrices ; R2384-1 à 4 du code de la commande publique pour les marchés de défense ou de sécurité

Licence creative commons - CC BY NC

Détermination de la procédure	
11. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser le contrôle** **Contrôler la computation des seuils de procédure** (nomenclature achat, programmation, cartographie des achats ...) : • Centraliser le suivi des achats afin de contrôler les seuils : - vérifier si les systèmes d'informations permettent de computer correctement les seuils et de suivre en temps réel les montants cumulés de commandes afin d'identifier les franchissements de seuils ; - pour les administrations d'Etat, utiliser Chorus pour connaître le montant de dépense par famille d'achats et vérifier ainsi la computation des seuils. • Formaliser le suivi des achats de faible montant, par exemple via une fiche qui pourrait conditionner cet achat ou l'accès à la comptabilité dans le système d'information. • Le cas échéant, demander un bilan annuel de l'ensemble des marchés en dessous des seuils. • Vérifier notamment l'existence d'une nomenclature définissant des familles de fournitures et services homogènes. En cas d'achats fractionnés, l'acheteur doit être en mesure de prouver qu'ils correspondent à des besoins de nature différente ou à la structure du marché des fournisseurs. **Contrôle du choix de la procédure** • Vérifier l'existence d'une formalisation des procédures de décision sur le choix de la procédure. • Vérifier la formalisation par le service des niveaux de seuil dans un tableau synthétique, ainsi que l'attention portée à la publicité lorsque son support n'est pas défini de manière réglementaire. • Vérifier la formalisation interne du choix entre procédure adaptée et procédure formalisée. • Pour les procédures ouvrant droit à la négociation, vérifier s'il existe un contrôle interne permettant de s'assurer que le recours à la négociation est bien autorisé ou n'est pas abusif. • Contrôler la justification et la pertinence des critères d'attribution associés à une procédure afin d'éviter tout risque de contournement (développement durable, emploi de travailleurs handicapés ou de personnes défavorisées, recours à un éco-label). • Vérifier les justifications : - des cas de recours à la procédure avec négociation lorsque, suite à un appel d'offres, seules des offres irrégulières ou inacceptables sont présentées ; - des cas de recours à la procédure sans publicité, ni mise en concurrence préalable ainsi que la collégialité de la justification. **Contrôler la programmation des achats et notamment** • Vérification des opportunités de standardisation de besoins proches, avec une attention particulière aux achats effectués hors programmation et aux procédures d'arbitrages d'achats. • Évaluation des écarts entre la programmation budgétaire et la programmation des achats, repérer les opérations pour lesquelles l'écart est significatif, étudier les justifications afférentes. • Vérification de la justification du recours à des procédures dérogatoires (ex : recours systématique à la procédure d'urgence faute d'anticipation de certains achats). **Effectuer des vérifications plus approfondies pour les marchés suivants** • Marchés passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (urgence impérieuse, existence de droits d'exclusivité ...). • Périodes sensibles (fin d'exercice, périodes des fêtes...), vérifier notamment l'effectivité de la mise en concurrence et que la prestation a bien été réalisée avant la fin de l'exercice. • Achats effectués hors marchés (non associés à un numéro de marché). • Secteur monopolistique. • Brièveté des délais de traitement de la procédure de passation.

Licence creative commons - CC BY NC

Détermination de la procédure	
12. Principaux signaux d'alerte	• Utilisation de nomenclatures d'achats non homogènes susceptibles de fractionner artificiellement les achats, traduisant potentiellement une volonté de se soustraire aux obligations concurrentielles. • Non-respect de la nomenclature conduisant à un fractionnement excessif des marchés publics. • Une récurrence de certains fournisseurs sur une même famille d'achats peut traduire un mode de computation des seuils conduisant à écarter certains fournisseurs. • Une récurrence d'un fournisseur pour différents lots d'une même procédure peut traduire une mauvaise application des règles de l'allotissement, conduisant à écarter certains fournisseurs. • Absence de collégialité dans le choix de la procédure. • Niveau élevé de demandes d'achat faites en urgence en proportion totale des achats, reflétant les lacunes de la programmation et l'insuffisance des procédures d'arbitrage en amont. • Nombre élevé d'achats sans supports contractuels. • Niveau élevé de factures préalables à l'existence d'un engagement.
Contenu des pièces administratives, techniques et financières	
13. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Recours abusif aux critères sociaux et environnementaux, afin notamment d'exclure les opérateurs éloignés géographiquement. • Recours injustifié à des marques, labels, spécifications techniques, ou conditions d'exécution spécieuses dans le but d'avantager un opérateur économique. • Exigences disproportionnées en matière de capacités techniques, professionnelles et financières. • Détermination d'une pondération des critères favorisant indûment un candidat.
14. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser la formalisation et le contrôle des pièces** • Assurer la collégialité dans la rédaction et la relecture des pièces du dossier de consultation. • Interdiction d'associer un opérateur économique (hors AMO, MOE participant à l'achat) à la relecture ou la rédaction du cahier des charges. • Faire référence dans le dossier de consultation à la politique anticorruption de l'entité (par exemple : lien hypertexte renvoyant aux informations communiquées via le site institutionnel). • Privilégier l'utilisation de documents types normalisés, utiliser des logiciels d'aide à la rédaction. • Établir un guide de bonnes pratiques du choix des critères. **Points de contrôle** • Vérifier la neutralité et la cohérence des pièces administratives, techniques et financières (vigilance sur les marques, labels, critères de sélection des candidatures et des offres, bordereau des prix, décomposition du prix global et forfaitaire ...). • Vérifier la clarté des critères de sélection des candidatures et des offres. • Vérifier la licéité du recours à des prix provisoires (doit rester exceptionnel). • Veiller à ce que le niveau d'information communiqué aux candidats dans le cadre de la mise en concurrence ne soit pas inférieur à ce qui a été abordé lors du sourcing. • A posteriori, le service peut évaluer la qualité du dossier de consultation sur la base d'indicateurs (ex : ratio des offres incomplètes, des offres irrégulières, des offres inappropriées, évaluation de la qualité de satisfaction au regard du besoin exprimé).
15. Principaux signaux d'alerte	• Faibles taux de rotation des fournisseurs sur un secteur concurrentiel. • Existence et/ou développement des recours contentieux. • Nombre d'offres irrégulières en augmentation d'une année sur l'autre.

Licence creative commons - CC BY NC

3 PHASE DE PASSATION - BONNES PRATIQUES ANTICORRUPTION DANS LE CYCLE DES ACHATS

Avertissement : Certaines bonnes pratiques identifiées sont pertinentes pour différentes étapes du cycle des achats et sont donc reproduites à plusieurs reprises dans les tableaux ci-dessous.

De quoi parle-t-on ?

Ce tableau présente pour chaque étape de la phase de passation d'un achat public :
1. des exemples (non exhaustifs) de risques d'atteinte à la probité
2. des bonnes pratiques d'organisation ou de contrôle permettant de limiter les risques
3. des signaux d'alerte liés à cette phase[75]

Mesures de publicité et de remise des plis	
1. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Organisation d'une infructuosité (délais de publicité trop courts, utilisation de supports de publication de faible audience). • Acceptation d'un pli arrivé hors délai pour avantager le candidat pressenti.
2. Bonnes pratiques identifiées	**Organisation de la publicité** • Établir une programmation des marchés pour éviter les périodes susceptibles de restreindre artificiellement la concurrence (périodes de congés ou de forte activité pour les opérateurs économiques). • Assurer la meilleure audience possible notamment lorsque les modalités de publicité sont laissées au libre choix de l'acheteur (choix d'un support adapté, sollicitation de plusieurs devis pour les achats de faible montant ...). • Centraliser la transmission des avis d'appel à la concurrence et la réception de plis sur support physique (copie de sauvegarde, présentation de maquettes[76] ...) afin d'assurer l'homogénéité des pratiques et ainsi l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques. • Informer des voies de recours relatives à la décision d'attribution du marché. **Organiser le contrôle** • Vérifier l'efficacité des mesures de publicité en contrôlant notamment : - le nombre de retraits ; - la durée de la période de publicité (adaptation à la complexité du besoin et de la réponse attendue) ; - en portant une attention particulière sur les informations du titulaire sortant qui a un accès plus privilégié aux informations. • Contrôler le respect de la date limite de remise des plis et garantir l'intégrité et le recensement des plis (fichier de dépôt des plis), vérifier le respect des dates liées à la procédure grâce au profil d'acheteur (ex : PLACE).
3. Principaux signaux d'alerte	• Nombre d'offres irrégulières, inacceptables. • Nombre de procédures infructueuses. • Nombre limité de retraits de dossier, nombre limité d'offres reçues par marché. • Nombre de recours en lien avec les mesures de publicité.

[75] Les rubriques « Principaux signaux d'alerte » ont notamment pour source le Guide de l'audit de la fonction achat publié par le Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État
[76] Articles R2132-12 CCP et R2332-11 CCP (MDS)

Licence creative commons - CC BY NC

Communication et échanges durant la phase de passation	
4. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Transmission d'informations privilégiées à un opérateur économique durant la phase de passation dans la perspective de lui attribuer le marché concerné.
5. Bonnes pratiques identifiées	**Organisation des échanges** • Centralisation des échanges par un pôle référent (ex : service des marchés publics, direction de la commande publique) et sur un même outil (profil d'acheteur). • Encadrer les échanges avec les opérateurs économiques (renvoi vers le profil d'acheteur pour les demandes de précision, limitation des contacts à ce qui a été prévu dans la consultation). Ex : en cas de visites de site de l'acheteur durant la phase de publicité, en cas d'auditions dans le cadre d'un dialogue compétitif.... • Assurer la traçabilité et la diffusion des échanges aux opérateurs économiques (ex : questions, réponses durant la période de publicité). • Assurer un niveau d'information similaire entre opérateurs économiques (ex : demandes de précisions, visites de sites, négociations ...). • Assurer une information équivalente entre le titulaire du marché en cours et les autres candidats. • Organiser la transparence des informations aux candidats évincés (lettres de rejet, demandes de communication par les candidats ou soumissionnaires) ou concernés par une déclaration sans suite. **Points de contrôle** • Vérifier que les questions ou demandes de précisions des candidats apparaissent sur le profil acheteur, particulièrement en situation de renouvellement du marché, en raison du risque d'asymétrie de l'information au profit du titulaire actuel du marché. • Vérifier la réalité des échanges, leur neutralité et leur transparence (traçabilité via le profil d'acheteur, les comptes-rendus de négociation ...).
6. Principaux signaux d'alerte	• Augmentation du nombre de contentieux liés à une asymétrie d'information entre les opérateurs économiques. • Absence de contrôle par des services du pouvoir adjudicateur (ex : service des marchés publics, direction de la commande publique) des informations transmises aux opérateurs économiques (candidats, soumissionnaires). • Augmentation du nombre de saisine de la CADA (Commission d'accès aux documents administratifs) pour défaut de communication d'informations.
Analyse des candidatures[77]	
7. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Exclusion injustifiée de candidats qualifiés (jugement partial des capacités techniques, professionnelles, économiques et financières). • Non application des critères de sélection des candidatures afin d'avantager un candidat (ajout ou suppression de critères en cours d'analyse). **Risque de corruption** • Perception d'un avantage par un agent public pour offrir à l'un des candidats un avantage indu (délai supplémentaire, évaluation indûment positive ...). **Risque de prise illégale d'intérêts** • Intervention dans l'analyse des candidatures d'un agent public en situation de conflit d'intérêts avec l'un des candidats. • Participation d'un salarié de l'AMO à l'analyse des candidatures d'un marché public alors qu'il était anciennement salarié d'une entreprise soumissionnaire.
8. Bonnes pratiques identifiées	**Structurer l'analyse** • Assurer la collégialité de l'analyse pour faciliter les contrôles croisés et organiser un processus de validation de celle-ci (dialogue prescripteur/acheteur). • Si la situation l'exige, possibilité d'anonymiser les candidatures avant communication aux services en charge de l'analyse. • Assurer la traçabilité des vérifications opérées et des documents demandés (contrôle des pièces demandées dans le règlement de la consultation, des compléments apportés par les candidats ...). • Assurer la traçabilité et la justification de l'analyse des candidatures (notamment en cas de rejet de candidatures).

[77] Un guide de l'achat public relatif à l'analyse des offres est à la disposition des acheteurs de l'État et de ses établissements publics via le lien : https://dae.alize.finances.rie.gouv.fr/sites/sae/accueil/documentation--outils/guides-et-fiches-pratiques/9tb9_gem_guides-des-gem.html (intranet sécurisé)

Licence creative commons - CC BY NC

9. Bonnes pratiques identifiées	**Points de contrôle** • Effectuer une double lecture du rapport d'analyse des candidatures. • Vérifier la situation du ou des sous-traitants présentés (liens potentiels avec l'acheteur, l'AMO, le MOE ...). • Vérifier l'existence d'une échelle de notation, ainsi que de tableaux de critères pré-formatés (afin d'éviter leur adaptation a posteriori).
10. Principaux signaux d'alerte	• Absence de formalisation de l'analyse qui peut signifier l'absence d'examen des candidatures (alors même que des candidats sont écartés à ce stade). • Aucun candidat n'est jamais écarté à ce titre. • Constat de l'admission de candidatures irrégulières (ex : candidats tombant sous le coup d'une exclusion de plein droit ou à l'appréciation de l'acheteur).
Analyse des offres[78]	
11. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Modification injustifiée du rapport d'analyse des offres pour avantager un soumissionnaire. • Manipulation de la notation pour avantager indûment un soumissionnaire. • Modification de la pondération en cours d'analyse. • Non-respect du secret des offres et de la procédure (circulation d'informations confidentielles au profit d'un opérateur). **Risque de trafic d'influence** • Appui frauduleux d'une offre par un élu faisant pression sur les acheteurs au stade de l'analyse des offres. **Risque de prise illégale d'intérêts** • Participation d'un agent public à la décision d'attribution d'un marché alors qu'il entretient une relation amicale et/ou professionnelle avec le gérant de la société retenue.
12. Bonnes pratiques identifiées	**Structurer l'analyse** • Assurer la collégialité de l'analyse et de la notation des offres pour faciliter les contrôles croisés (dialogue entre prescripteurs et acheteurs) et organiser un processus de validation de l'analyse. • Si la situation l'exige, possibilité d'anonymiser les offres avant communication aux services en charge de l'analyse. • Assurer la traçabilité de l'analyse des offres (notation, gestion des irrégularités, des offres anormalement basses...). • Pour assurer le respect des délais de procédure, effectuer une synthèse des date-clés dans le rapport d'analyse des offres. • Séparer l'analyse financière de l'analyse technique. • Encadrer la négociation lorsque la procédure l'autorise (traçabilité, non divulgation des offres concurrentes, gestion des informations communiquées et communicables ...). • Élaborer, pour chaque type de procédure, un document décrivant les phases de dépouillement et d'analyse des offres (ex : rapport d'analyse des offres). • Contrôler la présence du rapport de présentation lorsque la réglementation le prévoit. **Points de contrôle** • Effectuer une double lecture du rapport d'analyse des offres. • Vérifier la situation du ou des sous-traitants présentés (liens potentiels avec l'acheteur, l'AMO, le MOE ...). • Vérifier l'existence d'une échelle de notation, ainsi que de tableaux de critères pré-formatés (afin d'éviter leur adaptation a posteriori). • Vérifier, dans les cas de recours à la négociation, que la procédure garantit la stricte égalité de traitement (délais de réponse équivalents, production d'un compte rendu de négociation ...). • Vérifier la réalité et le contenu des négociations (ex : production d'un procès-verbal de négociation, d'un compte rendu de négociation...). • Vérifier la cohérence du prix grâce aux outils suivants : - Fiches pratiques sur l'analyse des offres anormalement basses (fiche DAJ, documents internes ...) : vérifier le respect des obligations réglementaires et la réalité de l'analyse qui est faite des justifications apportées par le soumissionnaire sur les prix. - Etudes existantes (notes, fiches, guides pratiques...) pour appréhender les prix du marché (surtout quand l'écart des prix est important entre les offres et/ou avec l'estimation de l'acheteur). - Effectuer un parangonnage entre acheteurs.

[78] Un guide de l'achat public relatif à l'analyse des offres est à la disposition des acheteurs de l'État et de ses établissements publics via le lien suivant : https://dae.alize.finances.rie.gouv.fr/sites/sae/accueil/documentation--outils/guides-et-fiches-pratiques/9tb9_gem_guides-des-gem.html (intranet sécurisé)

Licence creative commons - CC BY NC

13. Principaux signaux d'alerte	• Faible rotation/ récurrence d'un attributaire dans le temps. • Taux élevé de recours incriminants les modalités d'analyse des offres, de négociation ... • Nombre de procédures infructueuses. • Constat de liens privilégiés entre prescripteur/acheteur et opérateur économique dans un secteur à risques. • Faible formalisation des analyses, des comptes rendus de négociation ... • Constat de l'attribution de marchés publics à des soumissionnaires dont les offres étaient irrégulières, inacceptables ou inappropriées.
Attribution du marché public ou abandon de la procédure	
14. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** •Déclaration sans suite abusive de la procédure, doublée de l'organisation d'une seconde consultation destinée à attribuer le marché à une entreprise ciblée. • Commission d'attribution favorisant l'attribution au profit d'un opérateur économique. • Attribution du marché à un candidat dont l'offre est irrégulière, inacceptable, anormalement basse ou faisant l'objet d'un motif d'exclusion. • Modification du classement figurant dans le rapport d'analyse des offres dans le but de privilégier un candidat. **Risque de prise illégale d'intérêts** • Participation d'un élu à la CAO attribuant un marché public à une société dans laquelle il détient un intérêt (ex : gérant).
15. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser la transparence du processus décisionnel** • Organiser la collégialité des décisions d'attribution et d'abandon des procédures. • Tracer les décisions relatives à l'attribution et à l'abandon de procédure (PV, rapport reprenant les motifs de la déclaration sans suite ...). • Assurer la bonne information des instances décisionnelles (CAO, commission ad hoc ...) sur les consultations en cours. • En cas de forte suspicion, possibilité de vérifier le casier judiciaire du candidat retenu (personnes physiques et morales). • Archivage et conservation des pièces : importance de pouvoir accéder aux offres des sociétés non retenues, aux documents d'analyse et aux décisions associées (commissions ...). **Points de contrôle** • Dans les hypothèses où aucune commission d'attribution n'est instituée, vérifier la collégialité de la décision, la transmission des informations liées au choix de l'attributaire, la motivation des déclarations sans suite. • S'assurer de l'existence de mécanismes de contrôle pour vérifier le respect des délais légaux (choix de l'attributaire, notification, avis d'attribution de marché) ; vérification sur échantillon via le système d'information du respect des dates.
16. Principaux signaux d'alerte	• Nombre élevé de réclamations, de recours précontentieux ou contentieux. • Non coïncidence entre les candidatures déposées et les candidatures examinées. • Disparition de certaines candidatures.
Mise au point avec l'entreprise retenue et signature du marché	
17. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • A l'occasion de la mise au point, modification des caractéristiques substantielles de l'offre ou du marché, qui donnerait lieu illégalement à une phase de négociation avec le candidat pressenti (impact sur le prix, la nature des prestations, conduisant à une modification substantielle de l'offre). **Risque de prise illégale d'intérêts** • Situation du signataire du marché qui intervient pour la première fois dans le processus d'un achat et pour lequel les vérifications d'existence d'un conflit d'intérêts n'ont pas été effectuées.
18. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser la transparence du processus** • Assurer la traçabilité des échanges justifiant le recours à la mise au point. • Assurer la bonne information du signataire de la mise au point (objet, impact) et du marché public (transmission des éléments d'analyse, d'une fiche de synthèse de la procédure ...). • Assurer la transparence en interne en établissant périodiquement un compte rendu des marchés publics signés.

Licence creative commons - CC BY NC

19. Bonnes pratiques identifiées	**Points de contrôle** • Contrôler la justification et la portée de la mise au point. • Contrôler le respect du circuit de signature (mise au point et marché public). • Contrôler le respect de la publication des données essentielles relatives aux marchés publics. • Vérifier régulièrement la validité des délégations de signature et leur pertinence.
20. Principaux signaux d'alerte	• Cas de signature d'une mise au point ou d'un marché par une personne non habilitée à signer.

Licence creative commons - CC BY NC

4 PHASE D'EXÉCUTION - BONNES PRATIQUES ANTI-CORRUPTION DANS LE CYCLE DES ACHATS

Avertissement : Certaines bonnes pratiques identifiées sont pertinentes pour différentes étapes du cycle des achats et sont donc reproduites à plusieurs reprises dans les tableaux ci-dessous.

De quoi parle-t-on ?

Ce tableau présente pour chaque étape de la phase d'exécution d'un achat public :
1. des exemples (non exhaustifs) de risques d'atteinte à la probité
2. des bonnes pratiques d'organisation ou de contrôle permettant de limiter les risques
3. des signaux d'alerte liés à cette phase[79]

Modifications du marché public en cours d'exécution	
1. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Modifications substantielles des prestations du marché public au bénéfice du titulaire sans nouvelle mise en concurrence. **Risque de prise illégale d'intérêts** • Sur la base d'un marché initial, réalisation de travaux supplémentaires par le titulaire à la demande et pour le compte d'un élu/d'un agent.
2. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser le processus décisionnel** • Assurer la transparence, la collégialité des décisions de modifications. **Points de contrôle** • Mettre en œuvre un mécanisme de contrôle et de validation des modifications, travaux, services supplémentaires (contrôle des éléments figurant au cahier des charges et dialogue sur l'opportunité, la portée, le montant, la justification ...). • Contrôler la publication des données essentielles (lorsque celle-ci est requise). • Le cas échéant, transmettre ou présenter, pour chaque marché, la liste des avenants conclus à la CAO ou la commission d'attribution. • Effectuer des contrôles entre la date d'émission d'ordres de service et la conclusion de l'avenant (notamment pour les avenants modifiant les dates de prestations, lesquels peuvent avoir un fort impact financier).
3. Principaux signaux d'alerte	• Multiplication du nombre d'avenants en cours d'exécution des marchés publics. • Détection d'avenants à forts impacts financiers. • Absence de publication des données essentielles relatives aux avenants.
Contrôle de la bonne réalisation des prestations (vérifications, service fait ...)	
4. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Collusion entre le cocontractant et l'agent chargé de superviser le déroulement des opérations. **Détournement de fonds publics** • Réalisation par le titulaire du marché de prestations au bénéfice personnel d'un représentant du pouvoir adjudicateur en échange d'une surfacturation des prestations initiales (fausses factures). **Risque de prise illégale d'intérêts** • Sous-traitance : titulaire d'un marché public d'une commune sous-traitant en partie la prestation à une société dont le maire de la commune est le gérant.

[79] Les rubriques « Principaux signaux d'alerte » ont notamment pour source le Guide de l'audit de la fonction achat publié par le Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État téléchargeable via le lien ttps://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/chaie/guide-auditfonction-achat.pdf

Licence creative commons - CC BY NC

5. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de corruption** • Non application des pénalités de retard ou validation d'une prestation mal ou non exécutée en échange de rétrocessions.
6. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser le contrôle des prestations** • Réflexion en amont sur les modalités de contrôles appropriées en fonction du type de prestations et de l'organisation technique et administrative de l'entité (sur la base des cahiers des clauses administratives générales [CCAG], de processus spécifiques ...). **Points de contrôle** • S'assurer de l'existence des contrôles et du lien avec la prestation figurant au cahier des charges (procès-verbaux, bonne application des pénalités prévues au contrat ...). • Assurer l'audit du contrôle du service fait : - séparation des tâches entre commande et réception, contrôle de la conformité du bon de commande et du bon de livraison, formalisation des réceptions (avec traçabilité, justificatifs). Risque identifié : délivrance d'un bon de réception fictif. - outils : tests sur un échantillon de commandes (ex : bons de commande, de livraison, PV de réception, support de la constatation du service fait transmis au service prescripteur, dossiers de liquidation des factures). • Contrôler le recours à la sous-traitance (liens potentiels avec l'acheteur, l'AMO, le MOE ...). • Définir des règles internes et des procédures de supervision et de validation des demandes d'achat ou d'approvisionnement.
7. Principaux signaux d'alerte	• Concentration de l'ensemble de la procédure par une seule personne, de l'expression des besoins à la passation des commandes. Absence d'un système de validation des demandes d'achat / d'approvisionnement. • Niveau élevé de rejet de factures liés à l'absence de suivi des prestations, à l'absence ou à l'inexactitude dans la certification du service fait.
Suivi financier (révision des prix, respect des seuils, des montants de commandes ...)	
8. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de détournement de fonds publics** • Double ordonnancement donnant lieu à rétrocessions. • Paiement effectué à un faux fournisseur.
9. Bonnes pratiques identifiées	**Organisation du suivi** • Séparation des tâches et des fonctions (ex : entre le signataire du bon de commande et l'agent en charge de la validation du service fait). • Organiser le suivi des seuils de procédure. • Vérifier la cohérence entre la prestation commandée et le montant facturé. • Organiser le système d'alerte le cas échéant. • Assurer un dialogue régulier entre le service opérationnel et le service support (en charge du bon de commande, de l'engagement comptable...), et entre l'acheteur et le comptable assignataire des paiements. • Sensibiliser le comptable assignataire des paiements. **Points de contrôle** • Vérifier régulièrement la cohérence des stocks au regard des dépenses constatées. • Vérifier le bien-fondé des attestations de service fait. • Vérifier l'exactitude des prix de règlement sur un échantillon statistique. • Contrôler spécifiquement les achats réalisés par carte d'achats et sur les valeurs inactives (bons d'achat, bons d'essence, tickets restaurant ...). • Vérifier les levées de pénalités de retard : - vérifier qu'elles soient systématiquement formalisées ; - contrôler à quel acteur elles bénéficient ; - contrôler celles qui apparaissent systématiques ; - vérifier spécifiquement les cas où sont levées les pénalités sans que le fournisseur n'en ait fait la demande ; - vérifier l'absence de compensation entre les intérêts moratoires pour dépassement du délai de paiement et la non-application des pénalités de marché ; - outils : effectuer un test de détail sur un échantillon de marchés présentant des difficultés au stade de l'exécution.
10. Principaux signaux d'alerte	• Application parcimonieuse des clauses de révision des prix, non-respect des clauses de révision des prix. • Alertes fréquentes sur les risques de dépassements des seuils de procédures, des montants maximums des accords-cadres.

Licence creative commons - CC BY NC

Différends et litiges (ex : protocoles transactionnels, règlements amiables ...)	
11. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de détournement de fonds publics** • Protocole transactionnel dans des conditions particulièrement favorables au titulaire du marché, signé sans vérifications préalables (risque de détournement de fonds publics par négligence en raison de la justification insuffisante des sommes retenues).
12. Bonnes pratiques identifiées	**Gestion des litiges en cours d'exécution** • Encadrer le recours au règlement amiable des différends : - médiateurs (médiateur des entreprises, médiateur interne) ; - comités consultatifs de règlement amiable des différends ; - comité ministériel de transaction (pour l'État) ; - transaction ; - arbitrage. • Collégialité du choix de recourir à ces dispositifs alternatifs de règlement des différends. **Points de contrôle** • Process de contrôle et de validation de la rédaction des protocoles transactionnels (bien-fondé, portée ...).
13. Principaux signaux d'alerte	• Multiplication des litiges dans le cadre de l'exécution des contrats. • Augmentation du nombre de protocoles transactionnels signés par l'entité.
Bilan d'exécution (physique et financier)	
14. Exemples de risques d'atteinte à la probité	**Risque de favoritisme** • Transmission d'informations privilégiées sur la consultation à venir (budget, délais, consistance du besoin ...).
15. Bonnes pratiques identifiées	**Organiser le bilan d'exécution du marché** • En fonction des marchés, dresser un bilan d'exécution (avenants, pénalités ...), qui peut comporter des développements sur son déroulement déontologique. Le bilan peut être annuel ou pluriannuel. • Assurer la collégialité du bilan d'exécution (participation de l'ensemble des intervenants au marché, acheteur/prescripteur/opérationnels ...). • Assurer la traçabilité du bilan d'exécution des marchés (notamment si mauvaise exécution, manquements aux obligations déontologiques ...). • S'assurer de ne pas communiquer d'informations privilégiées au titulaire lorsque le renouvellement du marché est proche. • Intégrer ces évaluations à la base de données fournisseurs lorsqu'elle existe. **Points de contrôle** • S'assurer de la diffusion de ces bilans aux acteurs concernés (instances dirigeantes, audit ...). • Mettre en place une procédure d'évaluation et tirer les conséquences de ces évaluations. • Mesurer la satisfaction des utilisateurs à partir d'échantillons de marchés, notamment interministériels pour l'État.
16. Principaux signaux d'alerte	• L'analyse des achats réalisés sur une période donnée fait apparaître des achats redondants pour un même type de produits, passant pour une partie d'entre eux par des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence. • Niveaux élevés de sous-consommation et d'achats « dissidents » par rapport à des marchés interministériels ou centralisés.

Licence creative commons - CC BY NC

5 FICHE RÉFLEXE POUR UN ACTEUR DU CYCLE DES ACHATS

Cette fiche apporte des conseils à destination des acteurs de la chaîne achats afin d'adopter les bons réflexes avec les opérateurs économiques et savoir comment réagir dans les principales situations à risques.

Plan de la fiche réflexe

1. Respecter les principes fondamentaux de la commande publique
2. Respecter l'égalité de traitement dans les échanges avec les opérateurs économiques
3. Prévenir les conflits d'intérêts
4. Etre vigilant face aux cadeaux et invitations
5. Etre vigilant en cas de changement ou de cumul d'activités
6. Savoir à qui s'adresser dans une situation sensible
7. Testez-vous !

1

Respecter les principes fondamentaux de la commande publique

Tout acteur de la chaîne de l'achat public doit respecter les obligations statutaires et déontologiques définies à l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : l'agent public exerce ses fonctions avec dignité, impartialité, intégrité et probité.

Il doit en outre respecter les trois principes fondamentaux de la commande publique, désormais définis à l'article L.3 du code de la commande publique :

- égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique ;
- liberté d'accès à la commande publique ;
- transparence des procédures.

Le respect de ces principes contribue à l'efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics.

2

Respecter l'égalité de traitement dans les échanges avec les opérateurs économiques

Tous les échanges entre les prescripteurs et leurs fournisseurs aux différentes étapes du processus achat doivent être équitables, transparents et faire l'objet d'une traçabilité[80] :

[80] Voir par exemple, les premiers pas du prescripteur dans l'achat public, Secrétariat général du Ministère de l'éducation nationale et du Ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation, SAAM-Mission des achats, Bureau de l'expertise juridique et de la professionnalisation du réseau des acheteurs, juillet 2018

Licence creative commons - CC BY NC

1) Durant le sourcing[81]

- ✓ Formaliser l'invitation au sourcing (invitations transmises directement aux opérateurs économiques, tirage au sort de l'ordre de passage).
- ✓ Assurer la collégialité du sourcing.
- ✓ Définir la participation et le rôle de chacun dans le sourcing (encadrement de la participation d'un assistant à maîtrise d'ouvrage ...).
- ✓ Définir la teneur et le déroulement des entretiens (informations transmises aux opérateurs économiques, durée, élaboration d'une grille d'entretien, questionnaire ...).
- ✓ Assurer la traçabilité et la transparence des échanges (compte rendu écrit ou grille d'entretien fournisseurs) et contrôler la diffusion des informations obtenues (diffusion en interne aux personnes associées au projet).
- ✓ Encadrer la participation à des salons, à des visites de sites de production (invitation en lien avec l'objet de l'achat), invitations, gestion des cadeaux, repas d'affaire ...).
- ✓ Encadrer les tests de produits à titre « gratuit » (informatique, matériels ...).

2) Pendant la passation du marché

- ✓ Assurer les mesures de publicité adaptées au montant estimé du marché et assurer la meilleure audience possible de la consultation (notamment lorsque les modalités de publicités sont laissées au libre choix de l'acheteur).
- ✓ Il est interdit de communiquer les informations confidentielles (ex : documents de travail internes) ou relatives au secret des affaires d'une entreprise candidate.
- ✓ Répondre aux questions des soumissionnaires uniquement par écrit et via les profils d'acheteur afin que la réponse soit accessible à l'ensemble des soumissionnaires (pas de réponse par téléphone), privilégier une réponse collégiale lorsque l'information apportée est susceptible d'intéresser l'ensemble des opérateurs économiques.
- ✓ Les réponses écrites sont accessibles à tous les candidats potentiels.
- ✓ Transmission des mêmes informations à l'ensemble des opérateurs économiques effectuant une visite de site préalable à la remise d'une offre (ex : marché de prestations de nettoyage).
- ✓ Les négociations font l'objet d'une traçabilité, elles peuvent être notamment rappelées dans le rapport de présentation.
- ✓ Les critères d'attribution ne sont pas orientés pour favoriser une offre et ne sont pas modifiés en cours de consultation.

3) Pendant l'exécution du marché

- ✓ Pas de commandes sans support contractuel.
- ✓ Le « service fait » doit être vérifié ainsi que le respect des exigences contractuelles (qualité de la prestation, délai d'exécution, etc.).
- ✓ Les pénalités prévues dans les documents contractuels doivent être appliquées par principe en cas de mauvaise exécution du contrat par le titulaire.
- ✓ Toute modification du contrat doit être formalisée par un écrit (avenant ...).

[81] Pour de plus amples informations, vous pouvez consulter le guide de l'achat public relatif au sourcing opérationnel accessible via le lien suivant : https://www.economie.gouv.fr/dae/guides-lachat-public

Licence creative commons - CC BY NC

La dématérialisation des marchés publics et les échanges en cours de procédure

Depuis le 1er octobre 2018, pour les marchés dont la valeur estimée du besoin est supérieure ou égale à 40 000 euros HT[82], tous les échanges, au cours de la procédure de passation, doivent être dématérialisés.
Cela implique :

- la mise à disposition des documents de consultation ;
- la réception électronique des candidatures et des offres, pour toutes les phases ;
- les questions/réponses des acheteurs et des entreprises ; demandes d'informations, de compléments ; les échanges relatifs à la négociation ;
- la notification électronique des décisions (lettre de rejet, etc…).

A l'exception des marchés de défense ou de sécurité, les textes de la commande publique imposent le recours obligatoire au profil d'acheteur pour la mise à disposition des documents de la consultation. Les autres échanges peuvent quant à eux être réalisés via le profil acheteur, ou via d'autres moyens de communication garantissant notamment l'intégrité des données et leur horodatage.

La dématérialisation des procédures de marchés et des échanges améliore la traçabilité. Elle évite la manipulation de plis papier et ses possibles aléas. Elle facilite la diffusion d'informations en cours de consultation à tous les candidats et renforce ainsi l'égal accès à la commande publique.

3

Prévenir les conflits d'intérêts

> **Qu'est-ce qu'un conflit d'intérêts ?**
>
> Constitue un conflit d'intérêts «toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction» (article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique et article 2 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires).

Principe : « le fonctionnaire veille à faire cesser immédiatement ou à prévenir les situations de conflit d'intérêts dans lesquelles il se trouve ou pourrait se trouver ». (Article 25 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires)[83].

Cette vigilance incombe à l'agent public et à son supérieur hiérarchique en faisant appel au besoin au référent déontologue désigné à cet effet[85] et permet d'éviter la commission d'infractions pénales telles que la prise illégale d'intérêts.

[82] Sous réserve des exceptions prévues à l'art. R. 2132-12 du Code de la commande publique et hormis pour les marchés de défense et de sécurité.
[83] Cette obligation s'impose également aux élus locaux : « l'élu local veille à prévenir ou à faire cesser immédiatement tout conflit d'intérêts. Lorsque ses intérêts personnels sont en cause dans les affaires soumises à l'organe délibérant dont il est membre, l'élu local s'engage à les faire connaître avant le débat et le vote » (article L. 1111-1-1 du code général des collectivités territoriales).
[84] Article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Licence creative commons - CC BY NC

Comment peut se manifester une situation de conflit d'intérêts ?
Liste non exhaustive

- ☑ Certains liens familiaux entre l'agent ou des membres de la Commission d'appel d'offres et un candidat ou soumissionnaire ;
- ☑ Détention de participation financière de l'agent dans une entreprise ;
- ☑ Exercice direct ou indirect d'une activité par l'agent pour son compte ;
- ☑ Lien direct ou indirect susceptible de créer une influence sur l'élaboration, la passation ou l'exécution d'un marché public.

La simple existence de tels liens n'est pas suffisante pour constituer un conflit d'intérêts. Encore faut-il qu'il soit de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif de la fonction.

Cette influence est évaluée au cas par cas par le juge et au regard d'un faisceau d'indices, propre à chaque situation. Parmi les critères susceptibles d'être pris en compte figurent : **le caractère direct ou indirect de l'intérêt (affecte-t-il l'acheteur personnellement ou l'un de ses proches ?), la proximité dans le temps avec l'opération d'achat, son caractère permanent ou ponctuel…**[85]

Ainsi, s'agissant de la régularité du marché, le juge administratif estime que la méconnaissance du principe d'impartialité en matière de passation d'un marché public constitue un conflit d'intérêts (TA de Pontoise 6 nov 2018, Société Passavant Impianti). Il en est de même en matière de concession d'aménagement (CE 15 mars 2019, SAGEM).

En revanche, le recrutement d'un salarié de l'AMO par la société titulaire d'un marché ne constitue pas automatiquement un conflit d'intérêts dès lors qu'il doit être démontré le lien d'influence sur la procédure (CE 12 sept 2018, n° 420454).

1) Comment détecter une situation de conflit d'intérêts ?

Il peut s'avérer utile à l'occasion d'une prise de poste ou de fonctions d'effectuer un entretien avec son supérieur hiérarchique pour identifier les éventuels conflits d'intérêts susceptibles de naître à l'occasion de ses fonctions. Ce questionnement doit accompagner l'agent tout au long de sa vie professionnelle. En effet, au cours de sa carrière, des conflits d'intérêts peuvent apparaître, par exemple parce que le conjoint a changé de métier ou que l'agent a investi dans une société. C'est pourquoi il faut sensibiliser régulièrement les agents à cette obligation permanente.

En cas de doute, le supérieur hiérarchique ou le référent déontologue peuvent aider tout acteur de la chaîne achats à déterminer s'il se trouve dans une situation de conflit d'intérêts.

[85] En matière de prise illégale d'intérêts, le juge pénal estime, s'agissant des relations amicales que constitue cette infraction le fait pour le collaborateur de cabinet d'un maire de rédiger le CCTP d'un marché et de présenter le rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la CAO alors qu'il entretenait avec le gérant de l'entreprise attributaire des liens amicaux caractérisés par de nombreux emplois dans des sociétés communes, un transfert de clientèle entre l'ancienne société du collaborateur de cabinet et l'attributaire, une immatriculation des deux sociétés à la même adresse, des nombreux échanges téléphoniques durant la période d'élaboration des offres et un statut d'ami Facebook (Cass. crim. 13 janvier 2016, n° 14-88.382). Inversement, ne constitue pas un intérêt au sens de ce délit le seul fait pour un maire d'autoriser une société de production de films à tourner dans des locaux municipaux sans paiement d'une redevance, alors que l'associé majoritaire de cette société était l'un de ses dix-huit adjoints et qu'ils s'étaient retrouvés dans les mêmes lieux lors de manifestations officielles de la commune, étant précisé qu'ils n'entretenaient pas de relation amicale ni de liens dans une société ou une association (Cass. crim. 13 mars 2018, n°17-86.548). D'autres exemples de conflits d'intérêts constituant l'infraction de prise illégale d'intérêts figurent en p.112

Licence creative commons - CC BY NC

Rappel : certains acheteurs, prescripteurs ou décideurs peuvent être soumis à l'obligation d'effectuer une déclaration d'intérêts ou de situation patrimoniale.

La déclaration d'intérêts[86] *(prévention des conflits d'intérêts)*

La déclaration d'intérêts, recense l'ensemble des activités, des fonctions, des mandats et des participations du déclarant. Les liens d'intérêts peuvent être familiaux, professionnels, moraux ou financiers.

La déclaration de situation patrimoniale[87] *(détection des cas d'enrichissement indus)*

La déclaration de situation patrimoniale est la photographie de ce que possède le déclarant. Par exemple, dans la fonction publique d'État, sont soumis à une obligation de déclaration d'intérêts : les responsables de plate-forme régionale des achats de l'État[88] ou encore certains agents dont la liste est fixée par arrêté et dotés d'un pouvoir de signature de contrats relevant du code de la commande publique.

Sont par ailleurs soumis à une obligation de déclaration de situation patrimoniale : les responsables ministériels des achats, les responsables de la fonction achats des EPA de l'État[89] ou encore les officiers généraux et du rang de colonel dont les responsabilités en matière d'achat le justifient[90].

Nota bene : En vertu des textes en vigueur, des prescripteurs et décideurs peuvent également, au regard de leurs fonctions, être soumis à de telles obligations.

2) Comment réagir en cas de conflit d'intérêts ?

Afin d'éviter tout risque de conflit d'intérêts, il est **recommandé à l'agent public de s'interroger sur sa participation à l'instruction et à l'analyse des offres**, si un lien familial ou personnel avec un soumissionnaire est de nature à influencer son analyse ou est susceptible d'affecter le processus de décision. Une procédure de déport peut alors être mise en œuvre. Dans l'hypothèse où la taille de la structure ne permettrait pas de mettre en œuvre le déport ou la délégation de compétence (absence totale de compétences similaires au sein de la structure ...), l'instruction du dossier en question peut associer d'autres acteurs afin de la rendre plus collégiale. Par précaution, il convient alors de documenter l'absence d'alternative possible à la collégialité et de la consigner par écrit.

Le déport est l'acte par lequel un agent s'abstient ou cesse d'intervenir dans une situation dans laquelle il estime se trouver en situation de conflit d'intérêts. Il peut être formalisé dans un arrêté/une décision de déport pris par le représentant légal de l'entité publique.

[86] Articles 25 ter et 25 nonies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, décret n°2017-547 du 13 avril 2017 relatif à la gestion des instruments
[87] Décret n° 2020-37 du 22 janvier 2020 modifiant le décret n° 2016-1967 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de transmission d'une déclaration d'intérêts prévue à l'article 25 ter de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires
[88] Décret du 31 décembre 2019 relatif aux emplois de direction de l'État
[89] Décret n° 2016-1968 du 28 décembre 2016 relatif à l'obligation de de transmission d'une déclaration de situation patrimoniale prévue à l'article 25 quinquies de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires
[90] Article R.4122-42 du code de la défense

Licence creative commons - CC BY NC

Comment réagir en cas de conflit d'intérêts ?
Article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligation des fonctionnaires

- ☑ Lorsque l'agent est dans une situation de subordination hiérarchique : information du supérieur direct pour la mise en place d'un déport ;
- ☑ En cas de délégation de signature, s'abstenir d'en faire usage ;
- ☑ En cas d'appartenance à une instance collégiale, s'abstenir d'y siéger ou de délibérer même si l'instance n'émet qu'un simple avis et quand bien même la décision débattue ferait l'unanimité ;
- ☑ Lorsqu'il s'agit d'une compétence dévolue en propre à l'agent, il devra la déléguer et s'abstenir de donner des instructions à son délégataire.

S'agissant des élus, lorsqu'ils se trouvent en situation de conflit d'intérêts :

- **Pour l'ensemble des élus, afin d'éviter de commettre l'infraction de prise illégale d'intérêts**, ils doivent s'abstenir de prendre part à toute décision de l'organe délibérant, de manière directe ou par procuration au bénéfice de la personne ou de la structure avec laquelle ils ont un intérêt. L'élu doit quitter physiquement la salle tant au moment de la délibération qu'à celui du vote, avec mention au procès-verbal de séance. En outre, l'élu ne doit pas prendre part aux travaux préparatoires de cette décision (émission d'un avis, participation aux travaux en commission ou à un groupe de travail préalable ...).
- **Pour les exécutifs des collectivités territoriales et les bénéficiaires de délégations de signature**, des mécanismes de déport sont prévus aux articles 5 et 6 du décret du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.
- **S'agissant plus spécifiquement du maire**, dans le cas où ses intérêts se trouvent en contradiction avec ceux de la commune pour une opération, l'article L. 2122-26 du CGCT prévoit que le conseil municipal désigne un autre de ses membres pour représenter la commune soit en justice, soit dans les contrats.

4

Être vigilant face aux cadeaux et invitations

Il n'existe pas en France de réglementation générale relative aux cadeaux et invitations faites par un administré ou un fournisseur à un agent public. L'agent public doit pourtant rester vigilant car il est soumis aux principes déontologiques d'intégrité, d'impartialité et de probité.

Pour l'acheteur, la conduite à tenir varie selon l'étape du marché public.

1) En phase de passation

L'acheteur doit purement et simplement refuser toute forme de cadeau et d'invitation émanant d'une entreprise candidate.

Licence creative commons - CC BY NC

2) En phase de préparation et d'exécution, plusieurs recommandations peuvent être faites

☐ Les invitations relatives aux repas de travail

Avant de l'accepter, l'agent doit se demander si ce repas ne risque pas de le rendre redevable vis-à-vis de la personne ou de l'entreprise qui lui propose un repas de travail.

Exemple d'hypothèses de situation à risque entraînant, par principe, un refus

- Invitation sans lien avec l'activité professionnelle (par exemple un spectacle, un concert, un événement sportif).
- Invitation concomitante ou suivant le lancement d'une consultation au cours de laquelle l'entreprise peut se porter candidate.

Pour accompagner l'agent, **chaque entité peut définir les conditions d'acceptation de l'invitation :**

- ✓ information systématique du supérieur hiérarchique ;
- ✓ déroulement du repas en journée et en semaine ;
- ✓ caractère ponctuel du déjeuner (ex : une fois par an) ;
- ✓ lieu non ostentatoire et prix du repas raisonnable ;
- ✓ ...

Par ailleurs, afin d'éviter de se retrouver en difficulté, **il est conseillé de payer son repas.**

☐ Les invitations aux salons professionnels

Si la participation à ces salons doit être encouragée dans le cadre du sourcing ou de la veille stratégique, l'entité peut néanmoins les encadrer en précisant qu'elles doivent être soumises à autorisation hiérarchique, et que cette participation ne saurait favoriser directement ou indirectement un fournisseur (ex : veiller à ne pas favoriser systématiquement une manifestation au profit d'une autre par routine).

☐ Les cadeaux

Une règle impérative doit être retenue : **un agent public ne peut en aucun cas accepter d'argent à titre personnel pour récompenser un acte de sa fonction**.

Dans le secteur sensible des achats publics, il est **recommandé d'interdire les présents de toute sorte pour soi-même, ses connaissances ou ses proches**. L'entité peut néanmoins établir une distinction entre les cadeaux promotionnels à usage professionnel, autorisés sous conditions (objets publicitaires notamment), et les cadeaux de valeur (voyages, repas gastronomiques ...) refusés par principe.

À titre d'exemple, les règles suivantes peuvent être édictées par l'entité :

- solliciter systématiquement l'avis du supérieur hiérarchique ;
- consigner la remise des cadeaux dans un registre dédié ;
- limiter le nombre de cadeaux susceptibles d'être reçus par agent ;
- fixer un seuil d'acceptabilité des cadeaux (montant à définir par l'entité).

Licence creative commons - CC BY NC

Enfin, s'il se trouve dans une situation sensible, l'agent peut toujours justifier son refus en signalant les obligations déontologiques qui lui sont applicables ou en évoquant les dispositions du code de conduite anticorruption de son organisation.

☐ Certains avantages méritent également une attention particulière

- Un agent doit ainsi refuser de bénéficier à titre personnel de remises commerciales consenties à son service par un fournisseur.
- Tout agent doit être attentif aux avantages dont pourraient bénéficier ses proches comme par exemple l'octroi d'un stage chez le prestataire, qui constituent des avantages indirects.
- L'acheteur doit se montrer vigilant dans le cadre de la mise à disposition gratuite d'équipements à l'essai pour des utilisateurs et / ou prescripteurs (par exemple de logiciels informatiques), notamment car elle peut induire sur l'acheteur des pressions de la part des utilisateurs et / ou prescripteurs pour qu'il oriente son cahier des charges de manière à favoriser l'entreprise qui a mis à disposition gratuitement la solution technique. L'idéal pour minimiser ce risque de pression est de permettre aux utilisateurs / prescripteurs de tester gratuitement plusieurs solutions proposées par des entreprises différentes et de limiter la durée de la mise à disposition gratuite.

5

Être vigilant en cas de changement ou de cumul d'activités

1) Le changement d'activité

Un fonctionnaire ou agent contractuel qui cesse temporairement ou définitivement ses fonctions et qui souhaite exercer une activité privée doit déposer une demande d'autorisation auprès de son autorité hiérarchique avant le début de cette activité.

L'autorité hiérarchique peut l'autoriser, l'autoriser avec réserve(s) ou refuser, au terme d'une analyse déontologique et pénale. En cas de doute sérieux, elle saisit le référent déontologue compétent. Si le doute n'est pas levé, le dossier est transmis à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP) dont l'avis s'impose.

Si la demande d'autorisation émane d'un agent occupant un emploi soumis à déclaration d'intérêts, la transmission à la HATVP est obligatoire.

Tout changement de situation dans les trois ans de la cessation de fonctions doit faire l'objet de la même procédure.

En cas de non-respect de l'avis de la HATVP, l'agent peut faire l'objet de sanctions disciplinaires ou d'une retenue sur pension s'il est retraité. S'il est non titulaire, son contrat de travail prend fin de plein droit à la date de notification de l'avis et l'administration ne peut plus le recruter au cours des trois années qui suivent.

Exemple de situation à risque

Un agent public rejoignant une entreprise du secteur privé qui se trouverait en situation de soumissionner à des marchés publics lancés par son ancien employeur.

Licence creative commons - CC BY NC

2) Le cumul d'activités

Un agent public doit en principe se consacrer intégralement à son activité professionnelle à titre principal.

Il peut être autorisé à cumuler son emploi public avec une ou plusieurs activités accessoires, publiques ou privées à plusieurs conditions[91] :

- ✓ sur autorisation hiérarchique (sauf pour les activités bénévoles au bénéfice d'une entité publique ou privée sans but lucratif), le cas échéant après avis du référent déontologue. Si le doute persiste malgé cet avis ou que l'agent est soumis à déclaration d'intérêts, la HATVP doit être saisie ;
- ✓ à condition que cette activité ne porte pas atteinte au fonctionnement normal, à l'indépendance ou à la neutralité du service ou ne mette pas l'intéressé en situation de prise illégale d'intérêts ;
- ✓ uniquement pour certaines activités (ex : activité d'expertise et de consultation, enseignement et formation, activité sportive ou culturelle, travaux de faible importance réalisés chez des particuliers ...) ;
- ✓ si l'activité est exercée en-dehors des heures de service.

L'autorisation accordée :

- ✓ peut comprendre des réserves ;
- ✓ doit faire l'objet d'une nouvelle demande en cas de changement des conditions d'exercice ou de rémunération de l'activité accessoire ;
- ✓ peut être retirée à tout moment si l'intérêt du service le justifie.

Des régimes dérogatoires existent pour certaines fonctions, ainsi que pour la création ou la reprise d'entreprise ou encore les agents à temps partiel.

Exemple de situation à risque

Un agent public créant une auto-entreprise dans un domaine concurrentiel et qui serait susceptible de répondre à des marchés publics lancés par l'employeur de l'agent public (ex : juriste marchés publics également formateur en marchés publics).

6

Savoir à qui s'adresser dans une situation sensible

Pour obtenir **un conseil sur la conduite** à tenir face à une situation susceptible de mettre en cause sa probité ou son impartialité, un acteur de la chaîne achat peut s'adresser :

- ✓ **à son supérieur hiérarchique** : le principe de loyauté impose à tout agent public d'informer sa hiérarchie des difficultés d'ordre déontologique qu'il rencontrerait dans l'exercice de ses fonctions ;
- ✓ **à son référent déontologue.**

Pour **alerter sur des faits d'atteinte à la probité dont il est témoin direct et pour lesquels il n'est ni auteur, ni victime**, et lorsque les faits ne sont pas encore commis ou sans certitude de l'existence d'une infraction un agent peut :

- ✓ informer son supérieur hiérarchique ;
- ✓ utiliser le dispositif d'alerte interne pour informer le référent alerte désigné au sein de l'entité ;
- ✓ dans certaines conditions bénéficier du régime de protection des lanceurs d'alerte.

[91] Décret n°2020-69 du 30 janvier 2020 relatif aux contrôles déontologiques dans la fonction publique.

Licence creative commons - CC BY NC

Pour alerter sur des faits d'atteinte à la probité dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, qui sont avérés ou suffisamment établis, l'agent a l'obligation d'en informer sans délai le procureur de la République. A défaut, il encourt des sanctions disciplinaires.

Pour alerter sur des faits dont il est victime et qui sont susceptibles de constituer une infraction (chantage, abus de fonctions…), il peut déposer plainte directement auprès d'un service de police ou de gendarmerie ou du procureur de la République. Il pourra le cas échéant bénéficier de la protection fonctionnelle[92]

7

Testez-vous !

1. Ai-je le droit de divulguer à des candidats, des informations reçues dans le cadre d'une consultation et relatives à un opérateur économique ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

2. Est-ce à mon supérieur hiérarchique de me signaler que je suis en situation de conflit d'intérêts ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

3. En phase de passation d'un marché public, puis-je accepter l'invitation d'un candidat à assister à un évènement sportif (ex : match de football) ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

4. Ai-je le droit d'exercer une autre activité rémunérée en parallèle de mon emploi d'acheteur ?

- ☐ Oui
- ☐ Non

Réponses : 1 – Non ; 2 – Non ; 3 – Non ; 4 – Oui, sous conditions (cf. Page 103)

[92] La protection fonctionnelle désigne les mesures de protection et d'assistance due par l'administration à son agent (ainsi qu'à ses proches) s'il est victime d'une infraction à l'occasion de ses fonctions, ou encore s'il fait l'objet de poursuites pénales à l'occasion de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle.

Licence creative commons - CC BY NC

6 FICHE RÉFLEXE POUR UN RESPONSABLE DE SERVICE

Huit conseils

La prévention des atteintes à la probité relève de la responsabilité de chacun mais elle implique en particulier que l'encadrement/le chef de service se saisisse de ces questions dans le cadre de ses responsabilités managériales (qu'il s'agisse du chef de service d'un service achats ou d'un service prescripteur).

A ce titre, le statut de la fonction publique donne un rôle particulier au chef de service : ainsi le supérieur hiérarchique doit *« veiller au respect de ces principes (déontologiques) dans les services placés sous son autorité ». Il peut « préciser, après avis des représentants du personnel, les principes déontologiques applicables aux agents placés sous son autorité, en les adaptant aux missions du service »* (article 25 al.5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

Dans l'encadrement du service, il peut prendre des mesures ou adopter des attitudes contribuant à prévenir et anticiper les risques d'atteinte à la probité.

1

Instaurer un climat favorable à l'évocation des atteintes à la probité

- Veiller à ce que dans l'organisation et l'animation du service, la prévention des risques d'atteinte à la probité soit un thème régulièrement abordé et traité.
- Instaurer un climat de confiance au sein de son service en favorisant un dialogue sur les interrogations déontologiques formulées par les agents.

2

Former les agents

- Dans les priorités de formation de son équipe, programmer régulièrement des formations relatives aux risques et au code de conduite anticorruption ; vérifier l'existence d'un plan de formation.
- Veiller à ce que les agents de son service connaissent le code de conduite et s'assurer que les nouveaux arrivants en prennent connaissance.

3

Adopter une gestion des ressources humaines renforçant l'efficacité du dispositif anticorruption

- Vérifier l'ancienneté moyenne des effectifs des services concourant à l'achat, encourager la mobilité régulière des acteurs (notamment entre segments d'achats).
- Accompagner les agents lors de leur prise de fonction.
- Mesurer le degré de spécialisation des acheteurs, les modalités de remplacements, la désignation et le fonctionnement des binômes acheteur/prescripteur (lorsque cela est possible - par exemple si la participation d'un agent est susceptible de créer une situation à risque - et ne nuit pas à l'organisation du sourcing).

Licence creative commons - CC BY NC

4

Organiser la gestion des conflits d'intérêts

- Susciter une réflexion de chaque agent sur les conflits d'intérêts auxquels il est susceptible d'être confronté (par exemple lors d'un entretien dédié à cette question) ; apporter son concours à l'analyse des situations complexes par les agents, si besoin avec l'assistance du référent déontologue.
- Prendre les dispositions nécessaires pour assurer la continuité du service lorsqu'un agent lui signale qu'il se trouve en situation de conflit d'intérêts (le cas échéant mise en place d'un arrêté de déport et publicité de cette mesure de déport).

5

Organiser la gestion des cadeaux et invitations

- Mettre en oeuvre le code de conduite au sein de son service, aider les agents à se l'approprier.
- Mettre en place des règles claires et des outils pratiques (exemple : autorisation systématique du supérieur hiérarchique avant d'accepter un cadeau, mise en place d'un registre dédié…).

6

Informer les agents des conditions de cumul ou changement d'activité

- Informer les agents de la procédure de changement d'activité. Depuis le 1er février 2020, organiser la saisine de l'autorité hiérarchique ou de la HATVP lorsque la loi le prévoit (pour créer une entreprise, reprendre une entreprise, cesser temporairement ou définitivement ses fonctions de fonctionnaire pour exercer une activité privée lucrative, réintégrer un fonctionnaire ou recruter un agent contractuel).
- Informer les agents de la procédure de demande de cumul d'activité ; assurer un suivi des autorisations hiérarchiques ; sensibiliser les agents sur le risque de conflit d'intérêts susceptible de résulter de cette situation.

7

Sanctionner les atteintes à la probité

- Adopter une attitude de tolérance zéro face à des comportements ambigus ou de nature à jeter le doute sur la probité d'un agent
- Dans la mesure où le chef de service peut être à l'initiative d'une procédure disciplinaire à l'encontre de l'un des agents du service, demander dans ce cadre des sanctions d'un niveau proportionné à la nature de la faute constatée.

8

Être exemplaire

- Dans son propre rapport aux règles de déontologie et de prévention des atteintes à la probité, adopter une attitude exemplaire.

Licence creative commons - CC BY NC

7 EXEMPLE DE CONTENU D'UN CODE DE CONDUITE ANTICORRUPTION

Les éléments évoqués ci-dessous ne constituent pas à eux seuls un code de conduite anticorruption, chaque entité étant libre d'en adapter la structure. Sans prétention à l'exhaustivité, figurent néanmoins ci-dessous certains points essentiels à aborder.

1

Introduction

Symbole de l'engagement des instances dirigeantes, l'introduction peut comprendre :

- ☑ un rappel du contexte lié à la mise en oeuvre du code de conduite et à la politique de tolérance zéro de l'entité vis-à-vis des atteintes à la probité ;
- ☑ une description de l'objectif de développement d'une culture de la conformité, de l'éthique et de l'intégrité ;
- ☑ une référence au règlement intérieur, aux chartes de déontologie antérieures, tout en rappelant la différence de contenu existant entre ces deux documents : degré de précision, illustration par des cas pratiques, opposabilité aux acteurs concernés ;
- ☑ la signature par les instances dirigeantes (Ministre, exécutif de la collectivité, président ou directeur de l'établissement ...) attestant de l'engagement au plus haut niveau de l'entité.

2

Le code anticorruption rappelle et précise les conditions de mise en oeuvre des obligations déontologiques pour les entités et personnels qui y sont assujettis.

1) Conflits d'intérêts

Le code de conduite rappelle les obligations de prévention des conflits d'intérêts et de déport (voir supra « La mise en œuvre des obligations déontologiques », p. 38). Il précise comment ces obligations sont mises en œuvre au sein de l'entité.

Exemple
il précise la conduite à tenir lorsqu'un agent envisage de se déporter dans une situation de conflit d'intérêts.

2) Encadrement des activités accessoires et de la mobilité vers le secteur privé

Le code de conduite précise la politique de l'entité en matière d'autorisation.

Exemple
Il peut préciser la politique de l'entité en matière d'autorisation de cumul d'activités en fixant des critères objectifs.

Licence creative commons - CC BY NC

3

Le code anticorruption encadre les cadeaux, invitations et autres avantages

Il n'existe pas en France de réglementation générale relative à la possibilité pour un agent public d'accepter ou non un cadeau ou une invitation de la part d'un administré ou d'un fournisseur, à l'exception de certains secteurs professionnels spécifiques (santé, forces de sécurité…). L'agent public doit pourtant rester vigilant car il est soumis à des obligations légales et déontologiques d'intégrité, d'impartialité et de probité dans l'exercice de ses fonctions.

Pour l'acheteur, la conduite à tenir varie selon l'étape du marché public

1) En phase de passation

L'acheteur doit purement et simplement refuser toute forme de cadeau et d'invitation émanant d'une entreprise candidate.

2) En phase de préparation et d'exécution, plusieurs recommandations peuvent être faites

- **Les invitations relatives aux repas de travail**

Avant de l'accepter, l'agent doit se demander si ce repas ne risque pas de le rendre redevable vis-à-vis de la personne ou de l'entreprise qui le lui propose. Par ailleurs, afin d'éviter de se retrouver en difficulté, il est conseillé de payer son repas.

Exemple

Hypothèses de situation à risque entrainant, par principe, un refus

- Invitation sans lien avec l'activité professionnelle (par exemple un spectacle, un concert, un événement sportif) ;
- Invitation concomitante ou suivant le lancement d'une consultation au cours de laquelle l'entreprise peut se porter candidate.

Pour accompagner l'agent, **chaque entité peut définir les conditions d'acceptation de l'invitation** (liste non exhaustive) :

- ☑ information systématique du supérieur hiérarchique ;
- ☑ déroulement du repas en journée et en semaine ;
- ☑ caractère ponctuel du déjeuner (ex : une fois par an) ;
- ☑ lieu non ostentatoire et prix du repas raisonnable.

- **Les invitations aux salons professionnels**

Si la participation à ces salons doit être encouragée dans le cadre du sourcing, ou de la veille stratégique, l'entité peut néanmoins les encadrer en précisant qu'elles doivent être soumises à autorisation hiérarchique, et que cette participation ne saurait favoriser directement ou indirectement un fournisseur (ex : veiller à ne pas favoriser systématiquement une manifestation au profit d'une autre par routine).

Licence creative commons - CC BY NC

- **Les cadeaux**

Une règle impérative doit être retenue : **un agent public ne peut en aucun cas accepter d'argent à titre personnel pour récompenser un acte de sa fonction.**

Dans le secteur sensible des achats publics, il est **recommandé d'interdire les présents de toute sorte pour soi-même, ses connaissances ou ses proches**. L'entité peut néanmoins établir une distinction entre les cadeaux promotionnels à usage professionnel, autorisés sous conditions (objets publicitaires notamment), et les cadeaux de valeur (voyages, repas gastronomiques ...) refusés par principe.

Exemple

Les règles suivantes peuvent être édictées par l'entité :

- solliciter systématiquement l'avis du supérieur hiérarchique ;
- consigner la remise des cadeaux dans un registre dédié ;
- limiter le nombre de cadeaux susceptibles d'être reçus par agent ;
- fixer un seuil d'acceptabilité des cadeaux (montant à définir par l'entité).

Enfin, s'il se trouve dans une situation sensible, l'agent peut toujours justifier son refus en signalant les obligations déontologiques qui lui sont applicables ou en évoquant les dispositions du code de conduite.

- **Certains avantages méritent également une attention particulière**

- ☑ un agent doit ainsi refuser de bénéficier à titre personnel de remises commerciales consenties à son service par un fournisseur ;
- ☑ tout agent doit être attentif aux avantages dont pourraient bénéficier ses proches comme par exemple l'octroi d'un stage chez le prestataire, qui constituent des avantages indirects ;
- ☑ l'acheteur doit se montrer vigilant dans le cadre de la mise à disposition gratuite d'équipements à l'essai pour des utilisateurs et / ou prescripteurs (par exemple de logiciels informatiques), notamment car elle peut induire sur l'acheteur des pressions de la part des utilisateurs et / ou prescripteurs pour qu'il oriente son cahier des charges de manière à favoriser l'entreprise qui a mis à disposition gratuitement la solution technique. L'idéal pour minimiser ce risque de pression est de permettre aux utilisateurs / prescripteurs de tester gratuitement plusieurs solutions proposées par des entreprises différentes et de limiter la durée de la mise à disposition gratuite.

4

Systèmes de signalements et de protection des agents

Pour obtenir un conseil sur la conduite à tenir face à une situation susceptible de mettre en cause sa probité ou son impartialité, un acteur de la chaîne achat peut s'adresser :

- ☑ **à son supérieur hiérarchique** : le principe de loyauté impose à tout agent public d'informer sa hiérarchie des difficultés d'ordre déontologiques qu'il rencontrerait dans l'exercice de ses fonctions ;
- ☑ **à son référent déontologue.**

Licence creative commons - CC BY NC

Pour **alerter sur des faits d'atteinte à la probité dont il est témoin direct et pour lesquels il n'est ni auteur, ni victime**, et lorsque les faits ne sont pas encore commis ou sans certitude de l'existence d'une infraction un agent peut :

- ☑ informer son supérieur hiérarchique ;
- ☑ utiliser le dispositif d'alerte interne pour informer le référent alerte désigné au sein de l'entité ;
- ☑ dans certaines conditions bénéficier du régime de protection des lanceurs d'alerte.

Cf. fiche sur les alertes p. 66

Pour alerter sur des faits d'atteinte à la probité dont il a connaissance dans l'exercice de ses fonctions, qui sont avérés ou suffisamment établis :

- ☑ l'agent a l'obligation d'en informer sans délai le procureur de la République en vertu de l'article 40 du code de procédure pénale (à défaut, il encourt des sanctions disciplinaires).
- ☑ pour alerter sur des faits dont il est victime et qui sont susceptibles de constituer une infraction (chantage, abus de fonctions…), il peut déposer plainte directement auprès d'un service de police ou de gendarmerie ou du procureur de la République. Il pourra le cas échéant bénéficier de la protection fonctionnelle[93].

5

Sanctions disciplinaires et pénales en cas de manquement aux obligations

Le code doit rappeler la gradation des sanctions disciplinaires et pénales susceptibles d'être encourues en cas de non-respect de ces principes. Il comporte l'engagement de l'autorité hiérarchique d'initier une demande de sanction pour tout comportement fautif et de proposer un niveau de sanction en conformité avec la politique de tolérance zéro face aux atteintes à la probité.

6

Glossaire

Le glossaire peut notamment rappeler la définition des différentes infractions d'atteinte à la probité et les illustrer.

[93] Mesures de protection et d'assistance afin de protéger un agent (conjoint, enfant, parents) d'attaque dont il fait l'objet dans le cadre de ses fonctions ou en raison de celles-ci (article 11 de la loi du 13 juillet 1983).

Licence creative commons - CC BY NC

Annexes

Annexe 1 Les infractions d'atteinte à la probité

- Corruption d'agent public français
- Trafic d'influence d'agent public français
- Favoritisme
- Prise illégale d'intérêts par un agent public en activité
- Prise illégale d'intérêts par un ancien agent public (pantouflage)
- Détournement de biens ou de fonds publics
- Concussion

Annexe 2 Présentation détaillée des dispositifs d'alerte

Annexe 3 Les missions de l'Agence française anticorruption

Annexe 4 Les recommandations des organisations internationales sur la prévention de la corruption dans les marchés publics

Annexe 1 Les infractions d'atteinte à la probité

CORRUPTION D'AGENT PUBLIC FRANÇAIS

Résumé

Il existe plusieurs infractions de corruption. Cette fiche ne traite que de la corruption d'agents publics français. D'autres formes de corruption peuvent aussi concerner un agent public étranger, un rapport entre personnes privées, un magistrat, un fonctionnaire international ...
La corruption d'agent public français consiste à offrir à cet agent public un avantage pour qu'il exerce ou s'abstienne d'exercer un acte de sa fonction. On parle de corruption active lorsqu'est envisagée la situation du corrupteur et de corruption passive lorsqu'est envisagée la situation du corrompu.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit.

S'agissant de la personne corrompue

- Les personnes dépositaires de l'autorité publique : il s'agit de toute personne qui est investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. Ex : les fonctionnaires de l'État, des collectivités territoriales ou du service public hospitalier, les officiers publics et ministériels, les agents de la force publique, les militaires.
- Les personnes chargées d'une mission de service public : il s'agit des personnes qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, exercent cependant une mission d'intérêt général. Ex : certains personnels d'établissements publics, les bénéficiaires de concessions de service public, les membres de commissions ou organismes chargés de donner un avis à l'autorité publique.
- Les personnes investies d'un mandat électif public : il s'agit des élus nationaux comme locaux.

S'agissant de la personne corruptrice, il peut s'agir de toute personne physique ou morale.

2) Élément matériel

Quelle que soit la personne à l'origine de la proposition, la corruption active est l'infraction commise par la personne qui donne l'avantage (le corrupteur) et la corruption passive est l'infraction commise par la personne corrompue.

S'agissant de la corruption active

- L'auteur doit avoir offert un avantage, quel qu'il soit, à l'agent public. Il n'est pas nécessaire que cette offre soit antérieure à la réception de l'avantage par le corrupteur. Il n'est pas non plus nécessaire que l'avantage ait été réellement perçu puisque sont incluses les offres ou promesses. L'avantage peut être direct : cadeau, somme d'argent, prêt, exécution d'un travail gratuit au profit du fonctionnaire, ristourne sur un produit, ou indirect : acquittement d'une dette, embauche d'un proche.
- L'avantage doit être offert dans le but d'obtenir un acte découlant de la fonction exercée par le corrompu. Ex : l'octroi d'une subvention ou d'une autorisation d'urbanisme indue, l'attribution d'un logement social ou d'un marché public contre rémunération, une nomination de complaisance, ou l'absence de réclamation par la collectivité d'une créance.

Licence creative commons - CC BY NC

S'agissant de la corruption passive

- Les éléments constitutifs sont similaires, l'élément matériel de l'infraction consistant pour l'agent public à solliciter ou à accepter, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement tout avantage pour lui-même ou pour autrui en échange d'un acte résultant de sa fonction.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait recherché l'effet escompté de l'infraction : pour le corrupteur, l'accomplissement ou le non-accomplissement par l'agent public d'un acte de sa fonction ; pour le corrompu, d'accepter d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de sa fonction.

Peines

- Ce délit est puni de 10 ans d'emprisonnement et de 1 000 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires pour les personnes physiques : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, l'affichage de la décision, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution (articles 432-17, 433-22 et 433-23 du code pénal). L'inéligibilité est également prévue de plein droit (article 131-26-2 du code pénal).
- Peines complémentaires pour les personnes morales reconnues coupables de corruption active prévues aux articles 433-25 et 26 : affichage ou diffusion de la décision, confiscation, interdiction d'exercer certaines activités dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, interdiction de proposer des titres financiers au public, interdiction partielle d'utiliser certains moyens de paiement. Obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité de ses mesures de prévention et de détection de la corruption, sous le contrôle de l'AFA (article 131-39-2 du code pénal).

Exemples d'infractions de corruption commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 avril 2005 (n°04-84619)
Une société a offert des voyages et des sommes en espèces à un militaire de la marine nationale, chef d'un service achat. En contrepartie, ce militaire a attribué à la société des contrats de fourniture d'éléments de construction de navires, à hauteur de plusieurs millions de francs. Il est condamné à 18 mois d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve, ainsi qu'à 5 ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2009 (n°08-87354)
Le maire d'une commune a fait acheter par la commune 15 photocopieurs pour un prix de 3 millions de francs à une société. En contrepartie, le dirigeant de cette société payait des commissions qui étaient transmises au maire par l'intermédiaire de la maîtresse de ce dernier. Ils sont condamnés aux peines suivantes : 8 000 euros d'amende pour le maire, 3 000 euros d'amende pour sa maîtresse et 6 000 euros pour le dirigeant corrupteur.

Licence creative commons - CC BY NC

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mai 2001 (n°99-83.467)
Pour reconduire des marchés publics, un vice-président de conseil général et président de la commission d'appel d'offres a exigé d'entreprises soumissionnaires la prise en charge de certaines de ses dépenses personnelles ou destinées à la promotion de stations de sport d'hiver.

Tribunal correctionnel de Nanterre, 2 avril 2015
En contrepartie d'avantages indus, un fonctionnaire départemental a régulièrement transmis à une entreprise candidate des informations privilégiées sur des marchés d'achat de matériel informatique passés par le département. Il est condamné, notamment pour corruption passive, à 5 ans d'emprisonnement, dont 2 avec sursis, ainsi qu'à 5 ans d'interdiction d'exercer une fonction publique.

Textes et références

• **L'article 432-11 1° du code pénal définit la corruption passive d'agent public** comme « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui (...) pour accomplir ou avoir accompli, pour s'abstenir ou s'être abstenue d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

• **L'article 433-1 1° du code pénal définit la corruption active** comme « *le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui (...) pour qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'elle a accompli ou s'est abstenue d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ».

Licence creative commons - CC BY NC

TRAFIC D'INFLUENCE D'AGENT PUBLIC FRANÇAIS

Résumé

Il existe plusieurs infractions de trafic d'influence. Cette fiche ne traite que du trafic d'influence d'agents publics français. D'autres formes de trafic d'influence peuvent aussi concerner un agent public étranger, un rapport entre personnes privées, un magistrat, un fonctionnaire international ...
Le trafic d'influence d'agent public français consiste à offrir à cet agent public un avantage pour qu'il exerce ou s'abstienne d'exercer un acte de sa fonction. On parle de trafic d'influence actif lorsque l'on s'intéresse à la personne qui offre l'avantage et de trafic d'influence passif lorsqu'on s'intéresse à l'agent public qui le reçoit. Il s'agit d'une infraction proche de celle de corruption, avec la particularité qu'elle fait intervenir un intermédiaire qui monnaye son influence auprès de l'autorité publique.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit.

S'agissant de l'auteur du trafic d'influence passif

- Les personnes dépositaires de l'autorité publique : il s'agit de toute personne qui est investie par délégation de la puissance publique d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle exerce de façon permanente ou temporaire. Ex : les fonctionnaires d'État, territoriaux ou hospitaliers, les officiers publics et ministériels, les agents de la force publique, les militaires.
- Les personnes chargées d'une mission de service public : il s'agit des personnes qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de contrainte conféré par la puissance publique, exercent cependant une mission d'intérêt général. Ex : certains personnels d'établissements publics, les bénéficiaires de concessions de service public, les membres de commissions ou organismes chargés de donner un avis à l'autorité publique.
- Les personnes investies d'un mandat électif public : il s'agit des élus nationaux comme locaux.

S'agissant de la personne proposant un avantage indu, il peut s'agir de toute personne physique ou morale.

2) Élément matériel

S'agissant du trafic d'influence actif

- Comme pour la corruption, l'auteur doit avoir offert un avantage, quel qu'il soit, à l'agent public. Il n'est pas nécessaire que cette offre soit antérieure à la réception de l'avantage par le corrupteur. Il n'est pas non plus nécessaire que l'avantage ait été réellement perçu puisque sont incluses les offres ou promesses. L'avantage peut être direct : cadeau, somme d'argent, prêt, exécution d'un travail gratuit au profit du fonctionnaire, ristourne sur un produit. Ou indirect : acquittement d'une dette, embauche d'un proche.

Licence creative commons - CC BY NC

- Mais le but de ces manœuvres est distinct de celui de la corruption. L'avantage doit être offert pour que l'agent public utilise son influence auprès d'une tierce personne qui dispose de fonctions publiques, dans la perspective d'obtenir une décision ou un avis favorable. Il n'est pas nécessaire de démontrer l'effectivité de cette influence puisqu'elle peut être réelle ou simplement supposée. Contrairement à la corruption, l'auteur de l'infraction n'accomplit pas un acte de sa fonction mais se contente de jouer le rôle d'intermédiaire.
- La faveur monnayée auprès de l'autorité peut être de tout type, le texte évoquant «les distinctions, emplois, marchés ou tout autre décision favorable». Ex : classement sans suite d'une infraction, la levée d'un mandat d'arrêt, l'obtention d'un passeport, un abandon de poursuites, la délivrance d'un permis de construire.

S'agissant du trafic d'influence passif

- Les éléments constitutifs sont similaires, l'élément matériel de l'infraction consistant pour l'agent public à solliciter ou accepter, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement tout avantage pour lui-même ou pour autrui en indiquant pouvoir exercer une influence sur la décision d'une autorité.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait recherché l'effet escompté de l'infraction.

Peines

- Le trafic d'influence actif comme passif est puni de 10 ans ans d'emprisonnement et de 1 000 000 d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires pour les personnes physiques : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, l'affichage de la décision, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution (articles 432-17, 433-22 et 433-23 du code pénal). L'inéligibilité est également prévue de plein droit (article 131-26-2 du code pénal).
- Peines complémentaires pour les personnes morales reconnues coupables de corruption active prévues aux articles 433-25 et 26 : affichage ou diffusion de la décision, confiscation, interdiction d'exercer certaines activités dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, placement sous surveillance judiciaire, fermeture d'établissement, exclusion des marchés publics, interdiction de proposer des titres financiers au public, interdiction partielle d'utiliser certains moyens de paiement. Obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité de ses mesures de prévention et de détection de la corruption, sous le contrôle de l'AFA (article 131-39-2 du code pénal).

Licence creative commons - CC BY NC

Textes et références

- **L'article 432-11 2° du code pénal définit le trafic d'influence passif par un agent public** comme « *le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui (...) pour abuser ou avoir abusé de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable* ».

- **L'article 433-1 2° du code pénal définit le trafic d'influence actif** comme *« le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui (...) pour qu'elle abuse, ou parce qu'elle a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable».*

Exemples d'infractions de trafic d'influence commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 18 janvier 1993 (n°92-80152)
Le directeur d'un port autonome reçoit des versements réguliers de la part d'entreprises par le biais d'un intermédiaire, afin qu'il exerce son influence sur une commission d'attribution des marchés du port au profit de ces sociétés. Il est condamné à 5 ans d'emprisonnement dont 2 avec sursis, à une amende de 15 millions de francs pacifiques et à une incapacité d'exercer toute fonction publique.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 octobre 2006 (n°04-81939)
Un fonctionnaire, catégorie C, exerçait ses activités au sein du service achats d'une direction départementale de l'agriculture et de la forêt. Il participait à la sélection des candidatures des fournisseurs et proposait les fournisseurs à retenir pour les marchés publics ne donnant pas lieu à appel d'offres. Ses propositions étaient régulièrement suivies. Il recevait des avantages indus des candidats pour appuyer leurs dossiers. Il est condamné à une peine de 18 mois d'emprisonnement dont 12 avec sursis, 4 500 euros d'amende et interdiction définitive d'exercer toute fonction ou emploi public.

Licence creative commons - CC BY NC

FAVORITISME

Résumé

Le favoritisme constitue la principale infraction sanctionnant les manquements à la réglementation des marchés publics, lorsque ces manquements ont eu pour objet d'entraver la liberté et l'égalité d'accès des candidats aux marchés publics ou la transparence des procédures, et ont eu pour conséquence d'octroyer à autrui (le plus souvent une entreprise candidate) un avantage injustifié.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public ;
- les personnes exerçant certaines fonctions spécifiques : représentants, administrateurs ou agents de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt général national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ;
- toute personne, y compris privée, agissant pour leur compte.

2) Élément matériel

- L'infraction suppose en premier lieu la violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de service public ou la transparence de ces procédures (principes fondamentaux de la commande publique). Ex : fractionnement du marché pour se situer en dessous des seuils de publicité, clauses techniques « orientées » afin de permettre à un seul candidat (choisi au préalable) de pouvoir les satisfaire, recours non justifié à des procédures d'urgence, déclaration non fondée du caractère infructueux de la procédure, manquement aux règles de publicité …
- Ce manquement doit en second lieu offrir à autrui un avantage injustifié. L'avantage consiste souvent à attribuer le marché à l'entreprise privilégiée ou à lui offrir une chance plus importante de l'obtenir, en lui donnant des informations privilégiées, par exemple.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle caractérisée dans son élément moral par la violation en connaissance de cause des règles susvisées.
- Cependant, dans la mesure où « nul n'est censé ignorer la loi », la jurisprudence présume que l'auteur avait connaissance des règles des marchés publics et l'erreur de droit n'est que très rarement admise.
- L'infraction est constituée quel que soit le mobile (le but recherché par l'auteur de l'infraction), même en l'absence d'enrichissement personnel ou de préjudice pour la collectivité.

Licence creative commons - CC BY NC

Peines

- Ce délit est puni de 2 ans d'emprisonnement et de 200 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

- **L'article 432-14 du code pénal définit le favoritisme** comme *« le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »*

Exemples d'infractions de favoritisme commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 30 mai 2001 (n°00-85611)
Un conseil général passe un appel d'offres pour un marché de matériaux destinés à l'entretien des routes départementales. L'appel d'offres a été organisé artificiellement de manière à privilégier un groupement d'entreprises de travaux publics en exigeant des spécifications techniques que ne pouvaient fournir les autres candidats (fourniture à la fois d'enrobé et de granulats) et en modifiant ces spécifications a posteriori. Il apparaît qu'une entreprise de ce groupement a offert des séjours de chasse à l'étranger au président du conseil général. Ce dernier est condamné pour recel de ce délit et de favoritisme à 1 an d'emprisonnement avec sursis et 100 000 euros d'amende.

Cour de cassation, chambre criminelle, 4 mai 2006 (n°05-81743)
Un directeur de commissariat de l'armée de terre a fractionné artificiellement une commande de mobilier passée auprès d'une société afin de contourner l'obligation de mettre en œuvre une procédure d'appel d'offres. De plus, l'entreprise a contribué à ce montage en fournissant à ce militaire une liste de sociétés auprès desquelles passer commande, ces dernières s'approvisionnaient en réalité toutes auprès d'elle. Le directeur est condamné pour favoritisme à une peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis, 15 000 euros d'amende.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 mai 2009 (n°08-87354)
Un maire a fait acheter par la commune diverses fournitures à une société dirigée par l'une de ses amies. Durant 3 années, les règles de mise en concurrence n'ont pas été respectées ou l'appel d'offres a été formulé de telle manière à évincer les fournisseurs concurrents. Il est condamné pour favoritisme à une amende de 8 000 euros.

Licence creative commons - CC BY NC

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS PAR UN AGENT PUBLIC EN ACTIVITÉ

Résumé

L'objectif poursuivi par cette infraction est de prohiber la confusion entre les intérêts personnels et l'intérêt général dans la gestion des affaires publiques. Elle vise à réprimer ceux qui s'exposent au soupçon de partialité et qui se placent, en connaissance de cause, dans une situation où leur intérêt propre est susceptible d'être regardé comme entrant en conflit avec l'intérêt public dont ils ont la charge.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes investies d'un mandat électif public.
  Des dispositions dérogatoires (article 432-12 alinéa 2 à 5) existent pour les communes de moins de 3 500 habitants. Elles concernent les élus municipaux engagés dans des transactions de biens mobiliers ou immobiliers ou de prestations de service dans la limite d'un montant annuel actuellement fixé à 16 000 euros ainsi que dans des actes permettant l'accès à la propriété à des fins professionnelles ou d'habitation personnelle. Pour la régularité de ces opérations, il convient de respecter certaines exigences procédurales et notamment une délibération spécialement motivée du conseil municipal. En outre, l'élu intéressé doit s'abstenir de participer à la délibération publique du conseil relative à l'approbation du contrat.
- les personnes dépositaires de l'autorité publique.
- les personnes chargées d'une mission de service public.

2) Élément matériel

La surveillance de l'entreprise ou de l'opération

- Les personnes précédemment citées doivent avoir été chargées de tout ou partie de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement d'une opération déterminée ou d'une transaction avec une entreprise. La jurisprudence retient également toute personne ayant participé à la préparation des actes en cause. Le simple fait de participer à une délibération portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction.

L'intérêt pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement

- Cet intérêt peut être direct (par exemple, un maire qui octroie une subvention à une association dont il est président).
- Il peut être indirect lorsqu'il est détenu par un proche de l'agent public (par exemple, un marché public attribué par une mairie à une entreprise dirigée par le gendre du maire, ou encore le fait pour un élu d'attribuer un logement social à un de ses proches).
- Il peut même s'agir d'un intérêt simplement moral, lorsque l'agent prend une décision avantageuse relative à une entreprise dirigée par un de ses amis.

Licence creative commons - CC BY NC

3) Élément moral

Il faut une intention de commettre l'infraction. Il n'est pas exigé que l'intéressé en ait tiré un profit personnel, ni qu'il se soit enrichi.

Peines

- Ce délit est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

- **L'article 432-12 du code pénal définit la prise illégale d'intérêts** comme le fait « *par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement* ».

Exemples d'infractions de prise illégale d'intérêt commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 10 avril 2002 (n°01-84286)
Un maire a voté une délibération du conseil municipal décidant de l'acquisition d'une maison pour y établir le conservatoire du costume régional. Le paiement du prix permet à la propriétaire de rembourser un prêt duquel le maire s'était porté garant. Le maire est condamné pour prise illégale d'intérêts à une peine de 9 mois d'emprisonnement avec sursis, de 100 000 francs d'amende et de 2 ans d'interdiction des droits civils et civiques.

Cour de cassation, chambre criminelle, 6 avril 2005 (n°00-80418)
Le maire d'une commune a attribué à la société X, sans mise en concurrence, un marché portant sur la construction d'une route de front de mer. La société X a acheté les matériaux de carrière nécessaires à la réalisation des travaux à plusieurs sociétés dont le maire était actionnaire. Il est condamné notamment pour prise illégale d'intérêts à une peine de 15 mois d'emprisonnement avec sursis, 50 000 euros d'amende et 5 ans d'interdiction des droits de vote, d'éligibilité, d'exercice d'une fonction juridictionnelle et d'exercice d'une fonction publique.

Tribunal correctionnel de Narbonne, 15 septembre 2016
Un maire d'une commune de 2000 habitants est poursuivi pour divers faits, parmi lesquels celui d'avoir fait acheter par la commune une parcelle de 22 m² afin de désenclaver le terrain de son fils en le reliant à la voirie du lotissement. Il est condamné à 10 000 euros d'amende pour prise illégale d'intérêts.

Licence creative commons - CC BY NC

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS PAR UN ANCIEN AGENT PUBLIC (PANTOUFLAGE)

Résumé

Il s'agit d'une forme de prise illégale d'intérêts commise par la personne qui a quitté ses fonctions publiques depuis moins de trois ans. Il s'agit d'éviter, pour un agent public chargé de surveiller ou de contracter avec une entreprise privée, d'avantager cette dernière dans l'espoir d'une embauche à brève échéance, de la détention de parts sociales ou de la possibilité d'y exercer un travail de conseil.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les membres du gouvernement ;
- les titulaires d'une fonction exécutive locale ;
- les membres d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante ;
- les fonctionnaires ;
- les militaires ;
- les agents d'une administration publique ;
- les agents des établissements publics, des entreprises publiques, des sociétés d'économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques détiennent directement ou indirectement plus de 50 % du capital et des exploitants publics prévus par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom.

2) Élément matériel

La surveillance exercée ou la conclusion de contrats avec une entreprise privée

- Un ancien fonctionnaire ne peut être poursuivi sous la prévention de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-13 que si, à l'époque où il appartenait à l'administration, il avait été « chargé (…) soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions ». Est assimilée à une entreprise privée toute entreprise publique exerçant son activité dans un secteur concurrentiel et conformément aux règles du droit privé.
- Les personnes visées précédemment doivent avoir été chargées en tout ou partie de la surveillance, de l'administration, de la liquidation ou du paiement d'une opération déterminée ou d'une transaction avec une entreprise.
- La jurisprudence retient également toute personne ayant participé à la préparation des actes en cause. Le simple fait de participer à une délibération portant sur une opération dans laquelle l'élu a un intérêt suffit à caractériser l'infraction.

Licence creative commons - CC BY NC

La prise d'intérêts

- Elle consiste dans le fait, de la part de l'auteur, de prendre ou recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'entreprise qu'il a surveillée ou avec laquelle il a conclu des contrats.
- Des exceptions existent pour les capitaux détenus par dévolution successorale, ou en cas de participation au capital de sociétés cotées en bourse.

Le délai

- Le délit nécessite que la prise d'intérêts ait lieu avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de fonctions.

3) Élément moral

- Il faut une intention de commettre l'infraction. La simple conscience de commettre le délit prévu par la loi suffit à caractériser l'élément moral.

Peines

- Ce délit est puni de trois ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

L'article 432-13 du code pénal définit le pantouflage comme le fait « *par une personne ayant été chargée, en tant que membre du gouvernement, membre d'une autorité administrative indépendante ou d'une autorité publique indépendante, titulaire d'une fonction exécutive locale, fonctionnaire, militaire ou agent d'une administration publique, dans le cadre des fonctions qu'elle a effectivement exercées, soit d'assurer la surveillance ou le contrôle d'une entreprise privée, soit de conclure des contrats de toute nature avec une entreprise privée ou de formuler un avis sur de tels contrats, soit de proposer directement à l'autorité compétente des décisions relatives à des opérations réalisées par une entreprise privée ou de formuler un avis sur de telles décisions, de prendre ou de recevoir une participation par travail, conseil ou capitaux dans l'une de ces entreprises avant l'expiration d'un délai de trois ans suivant la cessation de ces fonctions* ».

Exemples d'infractions de pantouflage (hors achat public)

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 décembre 2014 (n°14 - B2815)
Le fait pour un professeur en pharmacologie, membre de l'Agence chargée de délivrer les autorisations de mise sur le marché des médicaments, de devenir ensuite consultant au profit d'un groupe pharmaceutique en vue d'analyser les dossiers touchant à l'efficacité des médicaments en développement du laboratoire et de contribuer aux décisions stratégiques de développement rend vraisemblable la participation à une prise illégale d'intérêts.

Licence creative commons - CC BY NC

DÉTOURNEMENT DE BIENS OU DE FONDS PUBLICS

Résumé

Le détournement de biens ou de fonds publics sanctionne l'atteinte à l'obligation de probité dont tout fonctionnaire est tenu envers la collectivité publique qui l'emploie et, indirectement, sanctionne la violation de la confiance que les particuliers sont fondés à mettre dans chacun des représentants du pouvoir. Il protège également les intérêts financiers de l'État.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les comptables et dépositaires publics : cette dernière catégorie vise les personnes qui reçoivent et gèrent des sommes ou des matières qui leur sont confiées en vertu d'un titre légal ;
- les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public (dont les parlementaires) ;
- toute autre personne (mais la peine est alors différente).

2) Élément matériel

Nature des biens ou des fonds

- Actes ou titres (écrits administratifs divers, contrats administratifs, actes juridiques unilatéraux).
- Fonds publics ou privés (espèces métalliques et billets de banque). La première illustration de cette infraction constitue l'emploi fictif : les fonds de la collectivité locale ou de l'État sont alors dépensés sans contrepartie de travail effectif.
- Effets, pièces ou titres en tenant lieu (toutes les valeurs qui, directement ou indirectement, sont substituées à la monnaie).
- « Tout autre objet » (mobilier, objets de décoration etc.).

Détention des biens ou des fonds en raison des fonctions ou de la mission

Il est nécessaire que les biens détournés se soient trouvés entre les mains du prévenu « en raison de ses fonctions ou de sa mission » ce qui revient à examiner les textes légaux ou réglementaires qui déterminent les pouvoirs de la personne dont il s'agit, car c'est par eux que se précise le contour exact des fonctions ou de la mission dont le titulaire a abusé.

Une destruction ou un détournement

- La destruction englobe tout acte par lequel le coupable anéantit complètement le bien qui lui a été remis. La tentative s'appliquera à une destruction partielle.

Licence creative commons - CC BY NC

- Le détournement consiste à substituer à une possession précaire (à raison des fonctions) un comportement de propriétaire (sens similaire dans l'infraction d'abus de confiance). Il peut également s'agir d'une utilisation abusive des fonds d'une collectivité. Exemple : le fait pour un président d'un conseil général d'allouer des fonds dédiés budgétairement à la réinsertion des personnes en difficulté financière à des sportifs de haut niveau ou à des associations n'ayant aucun rapport avec les missions de réinsertion.

3) Élément moral

Il s'agit d'une infraction intentionnelle caractérisée dans son élément moral par la connaissance chez le prévenu du détournement des sommes qu'il avait sous sa garde. Il n'est ainsi pas exigé que l'intéressé en ait tiré un profit personnel, ni même qu'il ait eu l'intention de s'approprier les fonds. Le code pénal prévoit une infraction spécifique lorsque les faits sont commis de manière non intentionnelle (article 432-16 du code pénal).

Peines

- Ce délit est puni de 10 ans d'emprisonnement et de 1 000 000 euros d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction lorsque l'infraction est commise par une personne publique (cf. supra). 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'elle est commise par une autre personne.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Textes et références

- **L'article 432-15 du code pénal** définit le détournement de biens ou de fonds publics par une personne publique comme le fait « *par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, un comptable public, un dépositaire public ou l'un de ses subordonnés, de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou effets, pièces ou titres en tenant lieu, ou tout autre objet qui lui a été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission* ».

- **L'article 432-16 du code pénal** incrimine les mêmes faits lorsqu'ils sont commis par négligence : « *Lorsque la destruction, le détournement ou la soustraction par un tiers des biens visés à l'article 432-15 résulte de la négligence d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, d'un comptable public ou d'un dépositaire public* ». Dans cette hypothèse, l'infraction est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

- **L'article 433-4 du code pénal** définit le détournement de biens ou de fonds publics par toute autre personne comme le fait « *de détruire, détourner ou soustraire un acte ou un titre, ou des fonds publics ou privés, ou des effets, pièces ou titres en tenant lieu ou tout autre objet, qui ont été remis, en raison de ses fonctions, à une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, à un comptable public, à un dépositaire public ou à l'un de ses subordonnés* ». L'infraction est alors punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Licence creative commons - CC BY NC

Exemples d'infractions de détournement de biens ou de fonds publics commises dans la chaîne achats

Cour de cassation, chambre criminelle, 5 décembre 2012 (n°12-80032)
Un maire a fait acheter par la commune des produits d'entretien et articles ménagers, à hauteur de plusieurs centaines de milliers d'euros, à quatre sociétés établies en métropole et dirigées par une même personne proche du maire. Aucune mise en concurrence n'a eu lieu. Le prix payé pour les marchandises était très supérieur à celui proposé sur le marché par les fournisseurs guyanais. Le maire est condamné notamment pour détournement de fonds publics à une peine de 2 ans d'emprisonnement avec sursis, 40 000 euros d'amende et 4 ans d'interdiction des droits civiques, civils et de famille.

Cour de cassation, chambre criminelle, 20 avril 2017 (n°15-87379) :
Un maire était en même temps secrétaire de mairie d'une commune proche. Il s'est fait établir de fausses factures par les fournisseurs de ces deux mairies en cultivant l'ambiguïté causée par son cumul de fonctions. Ainsi, il s'est fait remettre des matériels d'équipement et d'outillage, acquis par les communes, pour une valeur de 258 000 euros. Il est condamné notamment pour détournement de fonds publics à 5 ans d'emprisonnement dont 4 avec sursis et mise à l'épreuve, 5 ans d'interdiction des droits civils, civiques et de famille et interdiction définitive d'exercer une fonction publique.

Cour de cassation, chambre criminelle, 27 juin 2018 (n°16-86256)
Un maire a fait acquérir, pour le compte de la commune, de nombreuses œuvres d'art qu'il conservait pour son usage personnel. Pour ce faire, il s'était adjoint le concours du directeur général des services de la commune et de son chef de cabinet. Le maire est décédé en cours de procédure, cela a entraîné l'extinction de l'action publique.

Licence creative commons - CC BY NC

CONCUSSION

Résumé

La concussion est une infraction qui vise essentiellement l'activité des comptables publics. Elle consiste à réclamer en toute connaissance de cause un impôt, une taxe, une perception de droits non dus ou à accorder une franchise d'impôts en violation de la loi.

Les éléments constitutifs

1) Conditions préalables

Les personnes susceptibles de commettre ce délit sont :

- les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public ;
- ne sont pas visées les personnes investies d'un mandat électif public.

2) Élément matériel

- Il existe deux formes de concussion, soit en exigeant une somme que l'auteur sait ne pas être due, soit en accordant une exonération ou une franchise. Tel est le cas pour un agent public qui procède au recouvrement d'une créance qu'il sait prescrite ou qui dispense un fonctionnaire du paiement des loyers de son logement de fonction.
- S'agissant de la nature des fonds, le texte vise les droits, contributions, impôts ou taxes publics. Ces expressions recouvrent notamment le traitement ou les indemnités d'un fonctionnaire.

3) Élément moral

- Il s'agit d'une infraction intentionnelle qui suppose que l'auteur ait eu conscience du caractère indu de la somme qu'il a exigé de percevoir ou dont il a exonéré la perception.

Peines

- Ce délit est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.
- Peines complémentaires prévues à l'article 432-17 du code pénal : l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette interdiction ne peut pas toucher le mandat électif ou les responsabilités syndicales), l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle et de gérer une entreprise commerciale ou industrielle, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution.

Licence creative commons - CC BY NC

Textes et références

L'article 432-10 du code pénal définit la concussion comme :

- *« le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, de recevoir, exiger ou ordonner de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû ;*
- *le fait, par les mêmes personnes, d'accorder sous une forme quelconque et pour quelque motif que ce soit une exonération ou franchise des droits, contributions, impôts ou taxes publics en violation des textes légaux ou réglementaires. »*

Exemples d'infractions de concussion (hors chaîne achat)

Cour de cassation, chambre criminelle, 16 mai 2001, n°99-83.467

Un maire a imposé à chaque promoteur ou particulier le paiement d'une somme déterminée par logement construit dans la commune, versée sur un compte occulte de l'office du tourisme. La perception de ces taxes, qui n'étaient prévues par aucun texte ni par une délibération du conseil municipal, a donné lieu à une comptabilité spécifique établie manuellement par les services de la mairie. Le prévenu, juriste de profession, n'ignorait pas l'illicéité de cette pratique, et a sciemment ordonné et recouvré des recettes indues au profit d'un établissement public communal.

Licence creative commons - CC BY NC

Annexe 2 Présentation détaillée des dispositifs d'alerte

Pour alerter sur des faits d'atteinte à la probité trois possibilités s'offrent à l'agent :

1) un dispositif d'alerte spécifique aux « lanceurs d'alerte »
Une procédure spécifique est à mettre en œuvre en matière de signalement par les lanceurs d'alerte[94].

2) un dispositif d'alerte interne en lien avec le code de conduite anticorruption
Le dispositif d'alerte interne est la procédure mise en œuvre par les organisations afin de permettre à leurs agents, de signaler un comportement ou une situation potentiellement contraire au code de conduite anticorruption dont ils seraient témoins. Il s'agit d'un outil permettant de détecter des comportements inappropriés. Ce dispositif permet également d'orienter le personnel qui s'interroge sur le comportement à adopter dans une situation spécifique.
Pour les entités concernées par les deux obligations, il est possible de mettre en place un seul et unique dispositif de recueil de ces signalements et d'y inclure le signalement des cas de corruption.

3) le signalement au procureur de la République (article 40 al. 2 du code de procédure pénale) de crimes et de délits
Cette obligation est spécifique aux fonctionnaires et agents publics.
L'article 40 du CPP impose aux fonctionnaires d'informer « sans délai » le procureur de la République lorsqu'ils ont connaissance de crimes et de délits dans l'exercice de leurs fonctions.

1 Statut et protection des lanceurs d'alerte

Le dispositif de recueil des alertes et signalements est une procédure structurée interne ou externe à l'organisation pour faire connaître les alertes graves. Il est assorti d'une protection renforcée.

À qui s'applique-t-il ?

Les entités suivantes sont tenues de mettre en place un recueil des alertes et signalements, selon l'article 8 de la loi du 9 décembre 2016 et le décret du 19 avril 2017 :

- les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins 50 agents ou salariés ;
- les administrations de l'État, services à compétence nationale, services déconcentrés, les autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes d'au moins 50 agents ;
- les communes de plus de 10 000 habitants, départements et régions ;
- les établissements publics en relevant ainsi que les EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune de plus de 10 000 habitants.

[94] Article 8 de la loi du 9 décembre 2016

Licence creative commons - CC BY NC

Qu'est-ce qu'un lanceur d'alerte ?

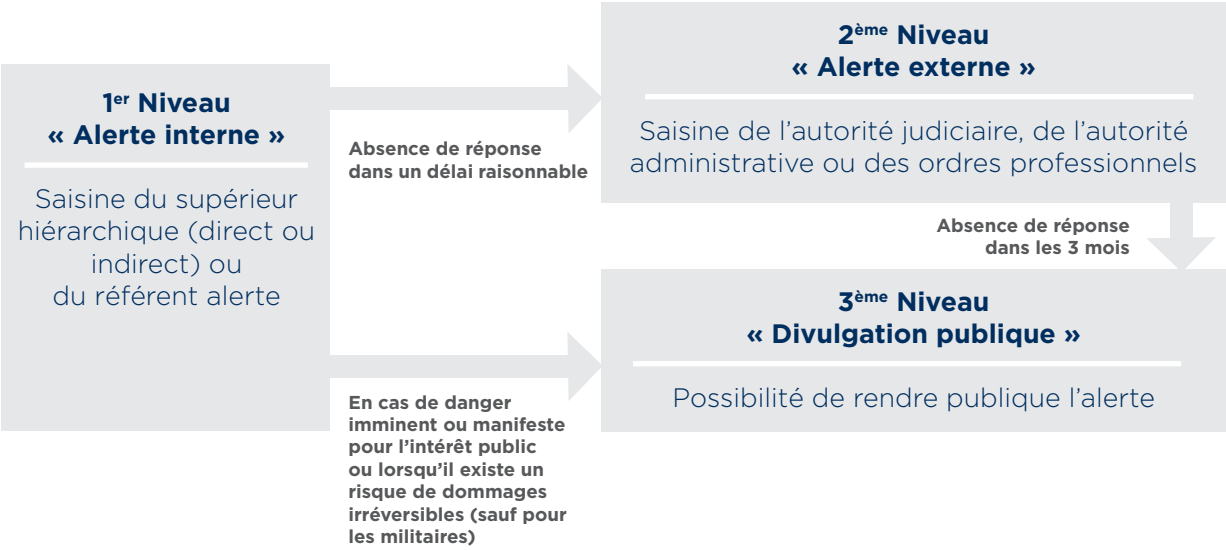
Il s'agit d'une **personne physique**[95] (salarié, fonctionnaire, agent public, collaborateur extérieur ou occasionnel, stagiaire, apprenti) en relation de travail.

S'ajoutent à cela des conditions cumulatives :
- il doit agir de manière **désintéressée** (pas d'intérêt personnel, financier) et de **bonne foi** (sans intention de nuire) ;
- il doit avoir eu **personnellement connaissance des faits** ;
- les faits révélés doivent être graves.

Les infractions d'atteinte à la probité entrent dans ce champ.

Pour bénéficier du statut de lanceur d'alerte et de sa protection, il est impératif d'avoir respecté les étapes prévues dans les procédures.

1) Les étapes de la procédure pour lancer une alerte



Le rôle d'orientation du Défenseur des droits

Toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte.
Si, à la suite d'une alerte, le lanceur d'alerte est victime de mesures de rétorsion ou de représailles, le Défenseur des droits peut, après vérification de la situation auprès des organismes mis en cause, analyser la réalité du caractère répressif de ces mesures et intervenir pour les faire cesser, le cas échéant.

Il n'intervient cependant pas pour faire cesser les dysfonctionnements à l'origine de l'alerte.
Le Défenseur des droits en 2018 a reçu 84 réclamations (toutes organisations confondues) soit 18,3 % de plus qu'en 2017.

https://www.defenseurdesdroits.fr/

Un **référent alerte** doit obligatoirement être désigné par les collectivités et établissements soumis à l'obligation de mise en œuvre d'une procédure de recueil des alertes (voir ci-dessus « A qui s'applique-t-il ? »).

[95] Selon l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016, « un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice, graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».

Licence creative commons - CC BY NC

2) Suites données à l'alerte

En cas de recevabilité de l'alerte

Garantie de protection

- Le lanceur d'alerte bénéficie d'un régime de protection et ne peut faire l'objet d'aucune forme de sanctions ou de « représailles » suite au lancement de l'alerte.
- Sa responsabilité pénale ne peut être retenue en cas de violation d'un secret protégé par la loi, à condition que la divulgation soit nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause.
- Il bénéficie d'un aménagement de la charge de la preuve.
- Les règles strictes de confidentialité s'appliquent, de sorte que les éléments de nature à identifier la personne ne peuvent être divulgués sans son accord.

Traitement

- Résolution au niveau de l'entité saisie ou transmission aux autorités compétentes.
- Sanction et engagement de poursuites le cas échéant.

En cas d'irrecevabilité de l'alerte ou d'alerte infondée

- Des sanctions disciplinaires peuvent être décidées contre l'agent ou le fonctionnaire ayant dénoncé des faits non avérés et susceptibles de porter préjudice à l'agent et à l'entité, victime de la dénonciation calomnieuse.
- Des sanctions pénales peuvent être prononcées pour dénonciation calomnieuse contre l'agent fautif.
- Il est prévu un régime de protection fonctionnelle pour l'agent ou le fonctionnaire ayant fait l'objet d'une dénonciation calomnieuse.

Protection de l'agent en cas de signalement d'une situation de conflit d'intérêts

La loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires prévoit dans son article 6 ter A une protection proche de celle du lanceur d'alerte pour les fonctionnaires qui alerteraient sur une situation de conflit d'intérêts dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions. Cette protection est assortie de l'obligation d'adresser l'alerte préalablement à l'une des autorités hiérarchiques dont il relève ou au référent déontologue compétent.

2 Le dispositif d'alerte interne portant sur un manquement au code de conduite anticorruption

Le dispositif d'alerte interne est une procédure mise en œuvre par les organisations. Il vise à signaler les situations contraires au code de conduite. C'est un outil à la fois de détection d'atteintes à la probité et de prévention, orientant le personnel qui s'interroge sur le comportement à adopter dans une situation à risque.

Qui est concerné ?

Il doit être mis en place par les entités soumises à l'obligation de se doter d'un programme anticorruption (articles 3 3° et 17 II de la loi du 9 décembre 2016) :

- toutes les **administrations de l'État** et leurs établissements publics ;
- les collectivités **territoriales**, leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte ;
- les **associations** et **fondations** reconnues d'utilité publique ;
- les **sociétés** et **établissements publics industriels et commerciaux** employant au moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés, et dont le chiffre d'affaires est supérieur à 100 millions d'euros.

Licence creative commons - CC BY NC

Le contenu du dispositif

Les recommandations de l'AFA indiquent que le dispositif d'alerte doit préciser les points suivants :

- le rôle du supérieur hiérarchique ;
- le référent fonctionnel désigné pour recueillir les alertes au sein de l'organisation ;
- les dispositions prises pour garantir la confidentialité de l'identité de l'auteur du signalement, des faits objets du signalement et des personnes visées par le signalement ;
- les modalités de transmission des informations ou documents à l'appui du signalement.
- les dispositions prises pour informer l'auteur du signalement de la réception de l'alerte, du délai nécessaire à l'examen de sa recevabilité ou de la clôture de la procédure, le cas échéant ;
- les mesures prévues pour la destruction des éléments d'identification du dossier, dans les deux mois, si aucune suite n'a été donnée ;
- l'éventuelle mise en place d'un traitement automatisé des signalements, conforme à la réglementation relative aux données personnelles ;
- le cas échéant, la politique relative au traitement des signalements anonymes.

Quelques conseils pour mettre en place ce dispositif

1) Communiquer sur le dispositif

L'alerte interne est une procédure qui « protège » l'institution car elle donne un cadre sécurisé au signalement de situations sensibles.
Elle permet aussi de détecter et prévenir les risques qui pèsent sur l'entité. C'est donc un outil efficace à condition qu'il soit accompagné d'une communication large vers toutes les personnes entrant dans le périmètre de l'alerte.

2) Indiquer ces informations dans le code de conduite

Le code de conduite anticorruption indiquant les comportements attendus des agents qui ont eu connaissance de potentielles atteintes à la probité, il est nécessaire de faire mention de l'alerte interne et des autres modes de signalement.

3) Former les acteurs

Les acteurs du cycle des achats peuvent jouer un rôle majeur de détection et de prévention des risques, à ce titre, ils doivent être formés à faire remonter toute information relative aux atteintes à la probité (corruption ou favoritisme par exemple), pouvant mettre à mal la passation d'un marché ou son exécution. Les formations sont le bon moment pour faire connaître ce canal, le destinataire de l'alerte (le référent fonctionnel, désigné par l'entité) et les règles de confidentialité applicables.

4) Effectuer un bilan annuel des alertes

Réaliser un bilan annuel des alertes portant sur des manquements au code de conduite permet d'enrichir la cartographie des risques et de préciser le cas échéant le contenu du code de conduite.

Pour les entités concernées par les deux obligations (mise en œuvre d'un dispositif de protection des lanceurs d'alerte et d'un dispositif d'alerte en cas de manquement au code de conduite), il est possible de mettre en place un seul et unique dispositif de recueil de ces signalements.

Licence creative commons - CC BY NC

3 Le signalement au procureur de la République

Il convient de distinguer le régime du lanceur d'alerte qui demeure une faculté pour les agents publics, de l'obligation de faire un signalement reposant sur le fonctionnaire ou l'agent public. Dans cette dernière hypothèse, l'agent public est tenu d'informer sans délai le procureur de la République des faits constituant un crime ou un délit dont il a eu la connaissance.

Quelle obligation ?

Aux termes de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale (CPP), « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire, qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs ».

Dans cette hypothèse, l'agent n'est pas contraint de porter le signalement à la connaissance de sa hiérarchie directe ou indirecte. Bien que l'article 40 du code de procédure pénale ne définisse pas de procédure particulière, l'agent public peut néanmoins adresser son signalement au procureur de la République par l'intermédiaire de son responsable hiérarchique, à condition toutefois que ce dernier le lui adresse dans le « respect des exigences de l'article 40 du CPP »[96].

Le fait de lancer une alerte dans le cadre du dispositif prévu pour les lanceurs d'alerte, ne décharge pas l'agent de sa responsabilité d'alerter le procureur de la République.

Qui est concerné ?

- toute autorité constituée ;
- tout officier public ;
- tout agent public.

L'acheteur public peut dans l'exercice de ses fonctions, être confronté à la découverte personnelle de crimes ou délits, d'atteintes à la probité pour lesquels il devra informer sans délai le procureur de la République (par exemple détournement de fonds publics découverts lors d'une vérification de service fait, corruption passive ou pacte de corruption entre une entreprise et un intervenant du cycle des achats, prise illégale d'intérêts entre un acteur du cycle des achats et intérêt avec une entreprise tiers attributaire d'un marché ...).

Il est fortement recommandé - sans que cela ne soit une obligation - d'informer l'autorité hiérarchique afin que des mesures conservatoires ou des sanctions disciplinaires soient prises sans délai à l'encontre des agents ou services fautifs (suspension des agents, déclenchement d'une procédure d'audit interne ...).

La procédure

La circulaire du 19 juillet 2018[97] présente plusieurs conditions additionnelles, notamment :
- les faits doivent être suffisamment établis ;
- l'agent en a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions ;
- ils sont susceptibles d'être qualifiés de crime ou délit.

Dans ces conditions, Il est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République.

[96] Cass. crim. 14 déc. 2000, n° 00-86.595
[97] Circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Licence creative commons - CC BY NC

Schéma comparatif des trois types d'alerte ou de signalement

Type de l'alerte	Alerte « lanceur d'alerte »	Alerte code de conduite anticorruption	Signalement au procureur de la République
Références	Articles 6 à 15 Loi du 9 décembre 2016	Articles 3 3° et 17 II 2° Loi du 9 décembre 2016	Article 40 al. 2 du Code de procédure pénale
Auteur de l'alerte	- Salarié - Fonctionnaire - Agent public - Collaborateur extérieur ou occasionnel (personnel intérimaire, stagiaire, prestataire de service, salarié des entreprises sous-traitantes etc.)	- Salarié/agent de l'entité *Plus largement, toute personne incluse dans le périmètre du code de conduite anticorruption*	- Toute autorité constituée - Tout officier public - Tout fonctionnaire
Objet	- Crime - Délit *S'ils sont suffisamment établis, les crimes ou délits doivent faire l'objet d'un signalement au procureur mais qui peut se doubler d'une alerte « lanceur d'alerte » afin de bénéficier du régime de protection qui en découle* - Violation grave et manifeste : - de la loi ou du règlement - d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France - Menace ou préjudice grave pour l'intérêt général. *Exceptions : le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client*	- Manquement aux obligations prévues dans le code de conduite anticorruption	- Crime - Délit *Le signalement est obligatoire lorsque l'auteur en a acquis la connaissance dans l'exercice de ses fonctions et que les faits sont suffisamment établis*
Entités devant mettre en place le dispositif	- Personnes morales de droit public ou de droit privé > 50 agents - Administrations de l'État, AAI et API - Collectivités territoriales (dont les communes > 10 000 habitants) - Établissements publics en relevant ainsi que EPCI à fiscalité propre regroupant au moins une commune > 10 000 habitants	- Toutes les administrations de l'État - Les collectivités territoriales - Les associations et fondations reconnues d'utilité publique - Les sociétés et EPIC > 500 salariés et > 100 M d'euros de chiffre d'affaires	Obligation personnelle reposant sur l'agent public
Destinataire	Référent alerte (pour le 1er niveau)	Le référent fonctionnel désigné ou le supérieur hiérarchique	Le procureur de la République
Obligation d'alerter	Non obligatoire	Obligatoire dès lors que le code de conduite anticorruption l'impose	Obligatoire
Protection	Spécifique au régime de la protection des lanceurs d'alerte	Pas spécifique (protection fonctionnelle)	Régime de la protection fonctionnelle non spécifique mais peut être cumulée avec la protection du lanceur d'alerte si les deux voies sont utilisées simultanément

Licence creative commons - CC BY NC

Attention : lorsque l'agent a personnellement connaissance de faits suffisamment établis constituant un délit d'atteinte à la probité, il a l'obligation de les signaler au procureur de la République, sans que l'information de son supérieur hiérarchique ne le dégage de cette obligation.

> **Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 publiée au JOUE du 26 novembre 2019**
>
> Entrée en vigueur le 16 décembre 2019, la directive établit des normes minimales communes à tous les pays membres pour la protection des lanceurs d'alerte signalant des violations au droit de l'Union, notamment en matière de marchés publics. Les Etats membres devront procéder à sa transposition en droit interne au plus tard le 17 décembre 2021.

Le cadre juridique

- directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 publiée au JOUE du 26 novembre 2019 ;
- articles 25 et 26 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;
- article 2 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires (définition du conflit d'intérêts) ;
- art 6 Ter A, loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;
- art 6 à 9, loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- art L151-8 2° du code de commerce ;
- décret du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte ;
- circulaire du 19 juillet 2018 relative à la procédure de signalement des alertes émises par les agents publics dans le cadre des articles 6 à 15 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- circulaire du 31 janvier 2018 (Ministère de la justice) relative à l'application de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ;
- délibération CNIL n°2019-139 du 18 juillet 2019 (JO 10 décembre 2019).

Licence creative commons - CC BY NC

Annexe 3 Les missions de l'Agence française anticorruption

L'Agence française anticorruption (AFA) est un service à compétence nationale créé par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Elle est placée sous l'autorité du ministre chargé du budget et du ministre de la justice.

Son rôle : aider les autorités compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme (article 1er de la loi du 9 décembre 2016). Ces six infractions sont qualifiées d'atteinte à la probité.

Le directeur de l'AFA est un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret du Président de la République pour une durée de six ans non renouvelable. Dans l'exercice de ses missions de contrôle, il ne peut ni recevoir, ni solliciter d'instruction d'aucune autorité administrative ou gouvernementale.

Missions de conseil et d'assistance

L'AFA **centralise et diffuse des informations** permettant d'aider à prévenir et à détecter les atteintes à la probité
L'agence élabore des **recommandations** afin d'aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les atteintes à la probité
L'agence **assure la coordination administrative** au niveau national par le biais de la réalisation et du suivi d'un **Plan national pluriannuel de lutte contre la corruption**
L'agence **apporte son appui** aux administrations de l'État, aux collectivités territoriales et à toute personne physique ou morale
L'agence mène des actions de **formation et de sensibilisation et d'échanges de bonnes pratiques**
L'AFA élabore un **rapport d'activité annuel public**

Missions affaires internationales

L'Agence participe, dans ses domaines de compétence, à la **définition de la position des autorités françaises compétentes au sein des organisations internationales.** Elle propose et met en œuvre des **actions de coopération, d'appui et de soutien techniques auprès d'autorités étrangères**

Licence creative commons - CC BY NC

Missions de contrôle

L'AFA contrôle les acteurs économiques
(article 17 de la loi du 9 décembre 2016)

Les sociétés et établissements publics industriels et commerciaux comptant au moins 500 salariés et réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions d'euros

L'AFA contrôle les acteurs publics
(article 3 de la loi du 9 décembre 2016)

- Les administrations de l'État
- Les collectivités territoriales
- Les établissements publics / les sociétés d'économie mixte
- Les associations et fondations reconnues d'utilité publique

L'Agence contrôle la qualité et l'efficacité des procédures mises en œuvre pour prévenir et détecter les atteintes à la probité, imposées par les articles 3 et 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique :

- code de conduite, dispositif d'alerte interne, cartographie des risques, procédures d'évaluation des tiers, procédures de contrôle comptables, dispositif de formation, régime disciplinaire, dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Initiative des contrôles
Elle diligente ces contrôles de sa propre initiative.

Ils peuvent également être effectués à la demande :

- du président de la HATVP, du Premier ministre, des ministres ;
- du représentant de l'État pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics et sociétés d'économie mixte ;
- Ils peuvent faire suite à un signalement transmis à l'Agence par une association agréée dans les conditions prévues à l'article 2-23 du code de procédure pénale.

Elle établit un rapport qui contient des observations et des recommandations, le cas échéant.

Suites possibles au contrôle des acteurs économiques

Injonction à la société d'adapter les procédures de conformité internes
Sanction pécuniaire dont le montant ne peut excéder 200 000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales

Suites possibles au contrôle des acteurs publics

Pas de sanctions administratives prévues
Transmission du rapport aux services chargés de la tutelle

Il ne s'agit ni d'enquêtes judiciaires, ni d'inspections, mais de contrôles de l'existence, de la qualité et de l'efficacité des mesures et procédures anticorruption.

L'obstacle au contrôle de l'AFA est un délit puni de 30 000 euros d'amende.

Pour toute information : https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr

Licence creative commons - CC BY NC

Annexe 4 Les recommandations des organisations internationales sur la prévention de la corruption dans les marchés publics

La lutte contre la corruption dans le cycle de l'achat public a fait l'objet d'une attention particulière des organisations internationales. Ces dernières ont ainsi adopté plusieurs textes contraignants (convention internationale, directive) ou incitatifs, visant à promouvoir l'intégrité dans les marchés publics.

1 Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE)

Recommandation du Conseil de l'OCDE sur l'intégrité publique (2017)

Le Conseil de l'OCDE propose une feuille de route pour la mise en place d'une stratégie d'intégrité publique. Elle vise à renforcer cette notion, qu'il considère comme une « mission et responsabilité commune à tous les niveaux d'administration ».

https://www.oecd.org/gov/ethics/Recommandation-integrite-publique.pdf

L'OCDE développe quatre axes essentiels pour la mise en place d'une véritable stratégie de renforcement de l'intégrité publique :

- faire preuve d'engagement aux plus hauts niveaux politiques ;
- expliciter les responsabilités institutionnelles ;
- élaborer une approche stratégique destinée à atténuer les risques ;
- fixer des normes de conduite strictes applicables aux agents publics.

Pour atteindre ces objectifs, il est recommandé de développer une culture de l'intégrité publique, passant notamment par la professionnalisation et la formation des agents publics, la mise en place de systèmes de gestion des risques, de contrôles externes et de dispositifs de signalement, la sanction des actes de corruption et la transparence.

Licence creative commons - CC BY NC

Recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics (2015)

Cette recommandation est présentée comme étant un instrument de modernisation de la commande publique portant sur l'ensemble du cycle des marchés publics. Elle s'appuie sur les principes fondateurs de la Recommandation de 2008 sur le renforcement de l'intégrité dans les marchés publics.

Après avoir donné sa définition de l'intégrité publique[98], le Conseil de l'OCDE recommande à ses Adhérents de la préserver à travers des normes générales et des mesures de protection propres aux marchés publics.

https://www.oecd.org/fr/gouvernance/ethique/Recommandation-OCDE-sur-les-marches-publics.pdf

À ce titre, le Conseil de l'OCDE invite notamment les États membres :

- à exiger un niveau élevé d'intégrité de la part de tous les acteurs du cycle de passation des marchés publics (gestions des conflits d'intérêts, conduite professionnelle) ;
- à mettre en place des outils d'ordre général visant à assurer l'intégrité au sein du secteur public ;
- à mettre en place des programmes de formation en matière d'intégrité à destination des agents publics et privés chargés de la passation des marchés publics ;
- à formuler des exigences en matière de dispositifs de contrôle interne, de mesures de conformité et de programmes anticorruption pour les fournisseurs ;
- à mettre au point des outils d'évaluation des risques et déployer des stratégies de gestion des risques ;
- à mettre en place un système de contrôle et d'audit internes ;
- à mettre en place un système de sanctions concrètes et applicables ;
- à veiller à ce que les acheteurs publics satisfassent aux exigences professionnelles élevées en termes de connaissances, de savoir-faire et d'intégrité.

Boîte à outils de l'OCDE sur la commande publique

Pour accompagner l'application de la recommandation du Conseil de l'OCDE sur les marchés publics, une boite à outils est proposée sur son site internet (uniquement en Anglais).

Présentation de 12 principes prenant en compte leur niveau d'importance et illustrés d'exemples nationaux. « Transparence », « intégrité », « accès », « équilibre » ...

Recueil de bonnes pratiques et d'études du groupe de travail, sur les opérations de passation de marchés publics, classé par pays.

Présentation des évaluations, des indicateurs clés de performance et de la méthodologie utilisés par l'OCDE.

Le site : https://www.oecd.org/fr/gov/commande-publique/

[98] « Fait que les moyens financiers, humains, et matériels ainsi que les pouvoirs sont utilisés aux fins officiellement prévues et de façon éclairée, conformément à l'intérêt général et aux principes généraux de bonne gouvernance. »

Licence creative commons - CC BY NC

Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (1997), ratifiée par la France en 2000

Première convention internationale portant sur la corruption, la convention de l'OCDE crée l'infraction de corruption d'agent public étranger, visant spécifiquement l'hypothèse de la corruption dans le cadre des marchés publics.

Elle recommande notamment que les entreprises condamnées pour des faits de corruption fassent l'objet de sanctions dans le cadre des marchés publics.

Elle préconise que les agents chargés de la passation et de la supervision de marchés publics reçoivent une formation en matière de déontologie mais également d'identification, d'évaluation et d'atténuation des risques de corruption.

https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf

2 Conseil de l'Europe

Rapport CG33 (2017) du Conseil de l'Europe du 19 octobre 2017 : Rendre les marchés publics transparents aux niveaux local et régional.

Après un examen des problèmes systématiques existant dans la passation de marchés publics aux niveaux local et régional, le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux invite les entités publiques :

- à mettre en place des dispositifs de contrôle interne et des mécanismes d'évaluation ;
- à renforcer la transparence en publiant les données et des informations relatives aux marchés publics à toutes les étapes du processus afin d'encourager le contrôle du public ;
- à évaluer les risques de corruption liés à la passation des marchés publics ;
- à encourager la formation des responsables politiques et des agents publics en charge du contrôle de passation des marchés sur les risques éthiques liés à leur conduite ;
- à disposer de règles claires sur ce qui constitue un conflit d'intérêts pour les fonctionnaires et les élus participant à la passation de marchés, imposant a minima la déclaration des intérêts et le retrait des processus décisionnels, et à réglementer le pantouflage ;
- à introduire des codes de conduite destinés à l'ensemble des parties prenantes afin de préciser les règles à respecter en matière d'éthique. Ceux-ci prévoiraient, par exemple, l'interdiction d'accepter des récompenses, cadeaux et autres avantages ;
- à introduire des procédures de signalement garantissant la confidentialité et la protection de la personne ayant fait état de soupçons d'actes répréhensibles.

Le document : https://rm.coe.int/rendre-les-marches-publics-transparents-aux-niveaux-local-et-regional-/168074cf73

Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 janvier 1999, ratifiée par la France en 2008

Cette convention incrimine les conduites relatives à la corruption. Les Etats membres sont tenus de prévoir des incriminations relatives aux différentes formes de corruption, notamment la corruption d'agent public (national ou d'un État étranger) et des sanctions. La convention prévoit également les modalités d'entraide pénale entre États.

Le document : https://rm.coe.int/168007f3f8

Résolution (97) 24, du 6 novembre 1997 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, portant sur les vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption.

Afin d'acter la déclaration du Sommet des chefs d'État et de gouvernement de 1997 établissant un plan d'action « Lutte contre la corruption et le crime organisé », vingt principes sont énoncés, dont un principe 14, visant à faire « *adopter des procédures relatives aux marchés publics d'une transparence adéquate pour favoriser une concurrence loyale et décourager les corrupteurs* ». Dans l'objectif de rendre effectifs ces principes, le Comité demande également « *aux autorités nationales d'appliquer ces principes dans la législation et dans la pratique de leurs pays* ».

Le document : https://rm.coe.int/16806cc17b

Licence creative commons - CC BY NC

3 Commission européenne et Parlement européen

Communication de la Commission européenne du 3 octobre 2017 : faire des marchés publics un outil efficace au service de l'Europe

Afin que soient respectées les directives de 2014 relatives à la commande publique, la Commission encourage la professionnalisation des acheteurs publics ainsi que le renforcement de la transparence et de l'intégrité du cycle de l'achat.

Le document : https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/FR/COM-2017-572-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF

Recommandation (UE) 2017/1805 du 3 octobre 2017 sur la professionnalisation de la passation des marchés publics

La Commission recommande aux États membres de soutenir et promouvoir l'intégrité, au niveau individuel et institutionnel, comme faisant partie intégrante de la déontologie, en fournissant des outils pour assurer la conformité et la transparence ainsi que des orientations sur la prévention des irrégularités. Cela implique notamment d'élaborer des codes de déontologie, d'utiliser les données relatives aux irrégularités, de concevoir des orientations et des formations en la matière et de prévoir des canaux de dénonciation des dysfonctionnements.

Le document : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H1805&from=IT

Directives du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (2014)

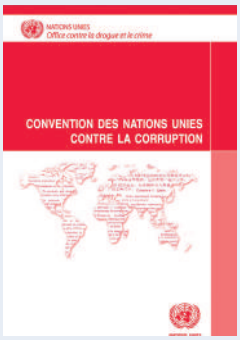
La passation des marchés publics et des concessions par les autorités des Etats membres doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Ainsi, les procédures doivent prendre en compte le principe de transparence, duquel découle celui d'intégrité. La notion de corruption est directement visée, dans les textes, notamment dans le choix de la procédure et les motifs d'exclusion des participants. Les textes européens qualifient notamment d'irrégulière toute offre comportant des éléments manifestes de collusion ou de corruption.

Le document : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=FR

4 Organisation des Nations Unies

Convention des Nations Unies contre la corruption reprenant la Résolution 58/4 de l'Assemblée générale du 31 octobre 2003, ratifiée par la France en 2005

Cette convention a pour objet, de promouvoir et renforcer les mesures visant à prévenir et combattre la corruption de manière plus efficace. Chaque État doit ainsi faire en sorte qu'existe un organe chargé de prévenir la corruption. Des codes ou des normes de conduite doivent être prévus à cet effet à destination des agents publics. L'article 9 de la convention énonce l'obligation de mettre en place des systèmes appropriés de passation des marchés publics afin de pouvoir prévenir la corruption. Cette convention favorise également l'entraide pénale entre États.



https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/08-50027_F.pdf

Licence creative commons - CC BY NC

GLOSSAIRE

A

ACHAT PUBLIC

Ensemble des achats réalisés par les services de l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les personnes morales de droit public, les sociétés d'économies mixte et les organismes de sécurité sociale, pour la satisfaction de leurs besoins et ceux des destinataires de l'action ou des politiques publiques. Ces achats prennent notamment la forme de marchés publics.

ACHETEUR PUBLIC

Au sens du présent guide, personne qui définit, met en oeuvre des stratégies achat de toute nature en vue de satisfaire les besoins qualitatifs et quantitatifs des services et de contribuer à la performance des achats dans le respect du droit de la commande publique. L'acheteur public est chargé de piloter les projets achat et de suivre leur exécution, de mesurer leur performance, de mener la veille économique, notamment en analysant les marchés fournisseurs. Il cherche à promouvoir les marchés disponibles auprès des utilisateurs et mesure leur degré de satisfaction. Il coordonne, en liaison avec les prescripteurs et les approvisionneurs-achat, la définition du juste besoin. Lorsqu'il est chargé de la procédure de contractualisation, il rédige les documents de la consultation, analyse les offres, négocie (le cas échéant) et sélectionne les offres attributaires.
(D'après le guide de l'achat public relatif au sourcing opérationnel)

AGENT PUBLIC

Personne exerçant ses fonctions ou missions au service d'une administration publique. On distingue différentes catégories (fonctionnaires, stagiaires, agents contractuels). Tout agent public est soumis aux obligations déontologiques et au statut de la fonction publique.

ALERTE INTERNE

Dispositif permettant de recueillir et porter à la connaissance de l'autorité hiérarchique ou d'un référent dédié à cet effet, les signalements internes relatifs au non-respect des exigences du code de conduite anticorruption. Ce dispositif vise à identifier, à traiter, à mettre fin voire à sanctionner ces comportements.
(Cf. la fiche Alertes, p. 66)

ANTICORRUPTION

Notion désignant les politiques de lutte contre la corruption, c'est-à-dire l'ensemble des mécanismes visant à prévenir et sanctionner les manquements au devoir de probité. Elle constitue une obligation pour les acteurs publics et certaines entreprises depuis la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

Licence creative commons - CC BY NC

APPROVISIONNEUR

Agent en charge de la gestion de l'approvisionnement en biens et services dans le cadre de l'exécution des marchés et des politiques d'achat. Il a notamment pour rôle de :

- gérer la relation fournisseur sur son périmètre de compétences ;
- vérifier l'existence de supports contractuels ;
- initier les demandes d'achats après avoir collecté et regroupé les besoins exprimés et identifié les groupes de marchandises demandées ;
- initier les demandes d'achats ;
- constater le service fait ;
- suivre l'exécution des marchés (consommations, gestion des litiges, des pénalités…)..

(Source : le répertoire interministériel de l'État)

ASSISTANT À MAÎTRISE D'OUVRAGE (AMO)

Personne publique ou privée chargée de réaliser les études nécessaires à la réalisation d'un projet. La participation de l'AMO à l'élaboration du marché ne doit pas entraîner de distorsion de concurrence. En application de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique, l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens.

ATTEINTES À LA PROBITÉ

Ensemble des infractions relevant de la section du code pénal consacrée aux manquements au devoir de probité. Ces délits sont définis aux articles 432-10 à 432-17 du code pénal et regroupent :

- la concussion ;
- la corruption et le trafic d'influence ;
- la prise illégale d'intérêts et le pantouflage ;
- les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concessions (délit de favoritisme) ;
- la destruction ou le détournement de biens publics.

Cf. définition détaillée, annexe, p. 112 à 128

AUDIT INTERNE

Activité indépendante et objective qui donne à une organisation une assurance sur le degré de maîtrise de ses opérations et lui apporte ses conseils pour l'améliorer. L'audit interne s'assure que les dispositifs de contrôle interne d'une organisation sont efficaces.
(D'après Comité d'harmonisation de l'audit interne de l'État, « Normes de qualification et de fonctionnement du cadre de référence de l'audit interne dans l'administration de l'État », voir fiche contrôle interne et audit interne p. 62)

Licence creative commons - CC BY NC

B

BILAN D'EXÉCUTION

Synthèse réalisée durant ou à l'issue de l'exécution d'un marché public permettant de recenser les opérations réalisées, les éventuels écarts par rapport au budget prévisionnel ainsi que leurs causes et les événements majeurs survenus durant le marché (avenants, pénalités ...). Il peut comprendre un volet déontologique. Il est préconisé de l'établir collégialement et d'en assurer la traçabilité.

C

CAHIER DES CHARGES

Document contractuel contenant le besoin à satisfaire ainsi que les exigences et les contraintes à respecter dans le cadre d'un projet d'achat. En matière de marchés publics, il correspond au cahier des clauses administratives particulières et au cahier des clauses techniques particulières (ou au cahier des clauses particulières lorsque ces documents sont fusionnés).

CANDIDAT

Opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.
(D'après l'article L. 1220-2 du code de la commande publique)

CARTOGRAPHIE DES RISQUES

Démarche d'identification, d'évaluation, de hiérarchisation et de gestion des risques inhérents aux activités d'une organisation. La cartographie des risques d'atteinte à la probité vise deux séries d'objectifs croisés : d'une part, identifier, évaluer, hiérarchiser et gérer les risques d'atteinte à la probité pour garantir un programme de conformité anticorruption efficace et adapté au modèle économique des organisations concernées ; d'autre part, informer les instances dirigeantes et donner aux personnes en charge de la conformité, la visibilité nécessaire pour la mise en œuvre de mesures de prévention et de détection proportionnées aux enjeux identifiés par la cartographie. Au titre de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, les acteurs concernés par cette disposition doivent adopter un document régulièrement actualisé et destiné à identifier, analyser et hiérarchiser les risques d'exposition de l'entité à des sollicitations externes aux fins de corruption, en fonction notamment des secteurs d'activités et des zones géographiques dans lesquels l'entité exerce son activité.
(Source AFA, Recommandation cartographie des risques. Voir fiche Cartographie des risques, p.30)

Licence creative commons - CC BY NC

CODE DE CONDUITE

Document recueillant les engagements et principes adoptés par une entité en matière de prévention et de détection des faits d'atteinte à la probité. Outre un rappel des obligations déontologiques et de leur mise en œuvre pratique, il aborde également les modalités de gestion des principaux risques identifiés grâce à la cartographie des risques. Il définit la politique de l'entité en matière de gestion de cadeaux, invitations et autres avantages. Il rappelle les modalités de signalement ainsi que les sanctions disciplinaires et pénales susceptibles d'être encourues en cas de manquement aux règles du code de conduite ou d'atteinte à la probité.
(Sources AFA, Recommandation code de conduite. Voir fiche Mise en œuvre des obligations déontologiques et code de conduite, p.37)

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Ensemble des dispositions législatives et réglementaires encadrant les marchés publics et les concessions. Entré en vigueur le 1er avril 2019, il codifie à droit constant les ordonnances et décrets consacrés aux marchés publics et aux concessions, dans une logique d'unification et de simplification.

COMMANDE PUBLIQUE

Ensemble des contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Les contrats de la commande publique sont les marchés publics et les concessions définis au livre Ier de la première partie du code de la commande publique, quelle que soit leur dénomination. Ils sont régis par ce même code et, le cas échéant, par des dispositions particulières.
(Cf. article L. 2 du code de la commande publique)

COMMISSION D'APPEL D'OFFRES (CAO)

Pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, structure collégiale composée de membres à voix délibérative et, le cas échéant, consultative. Elle a une compétence d'attribution en matière de marchés publics. Voir notamment l'article L. 1414-2 du code général des collectivités territoriales.

CONCUSSION

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent public de profiter de sa fonction pour percevoir sciemment des sommes indues ou de s'abstenir de percevoir des sommes dues (article 432-10 du code pénal). *Pour une définition détaillée, voir annexe, p.127*

Licence creative commons - CC BY NC

CONFLIT D'INTÉRÊTS

Toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction. *D'après l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, repris par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie, droits et obligations des fonctionnaires.*

CONFORMITÉ (OU COMPLIANCE)

Ensemble des mesures prises par une entité et sa direction dans le but de répondre aux exigences posées par les lois et règlements, ainsi que par toute autre norme ou valeur dont l'inobservance ou le non-respect risquerait d'entraîner des conséquences négatives pour l'entité et ses dirigeants telles que dommage financier, perte de réputation, mise en jeu de sa responsabilité civile et pénale.
Adapté de la définition du terme compliance donnée par B. Fasterling, « Compliance – Vers une formalisation », in C. Roquilly, La contribution des juristes et du droit à la performance de l'entreprise, Joly éditions, 2011

CONTRÔLE INTERNE

Au sein des administrations d'État, ensemble des dispositifs formalisés et permanents qui visent à maîtriser les risques liés à la réalisation des objectifs de chaque ministère.
(Cf. article 1er du décret du 28 juin 2011 relatif à l'audit interne dans l'administration. Voir fiche contrôle interne et audit interne, p. 62)

CORRUPTION

- Au sens strict

  Infraction pénale réprimant le fait pour un agent public de demander ou d'accepter un avantage quelconque en contrepartie de l'accomplissement ou du non accomplissement d'un acte de sa fonction (433-1 1° et 432-11 1° du code pénal). Il existe différentes formes de corruption, qui peuvent mettre en cause un agent public, un salarié d'une entreprise privée, un agent public étranger ou international, un magistrat. La corruption est dite « active » lorsqu'elle désigne l'action du corrupteur et « passive » lorsqu'elle vise l'action du corrompu.

- Au sens large

  Dans le langage courant, ensemble des manquements au devoir de probité : corruption, trafic d'influence, concussion, prise illégale d'intérêts, détournement de fonds publics et favoritisme.

Cf. définition détaillée p.112

CRITÈRES D'ATTRIBUTION DES OFFRES

Caractéristiques objectives retenues par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres qui lui sont soumises afin d'attribuer un marché public. L'article L. 2152-7 du code de la commande publique prévoit ainsi que le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.
(Cf. article L. 2152-7 du code de la commande publique)

Licence creative commons - CC BY NC

CUMUL D'ACTIVITÉS (INTERDICTION DE)

Principe selon lequel un agent public (fonctionnaire ou contractuel) doit consacrer l'intégralité de son activité professionnelle à son emploi dans la fonction publique. Toutefois, il peut être autorisé, sous certaines conditions, à exercer d'autres activités (lucratives ou non).

Le décret du 27 janvier 2017 relatif à l'exercice d'activités privées par des agents publics et certains agents contractuels de droit privé ayant cessé leurs fonctions, aux cumuls d'activités et à la commission de déontologie de la fonction publique comporte une liste des activités susceptibles d'être exercées à titre accessoire. Il précise le rôle de la commission de déontologie de la fonction publique, chargée de rendre des avis ou de formuler des recommandations sur les situations de cumul d'emplois.

La loi du 6 août 2019 de transformation de la fonction publique modifie l'article 25 octies de la loi du 13 juillet 1983 en confiant les missions dévolues à la commission de déontologie de la fonction publique à la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique (HATVP) à compter du 1er février 2020. Cette disposition confie à l'autorité hiérarchique d'un fonctionnaire cessant temporairement ou définitivement ses fonctions l'appréciation de la compatibilité de toute activité lucrative avec les fonctions exercées au cours des trois années précédant le début de cette activité. En cas de doute sérieux, l'autorité hiérarchique saisit alors le référent déontologue pour avis. Lorsque l'avis de ce dernier ne permet pas de lever ce doute, l'autorité hiérarchique saisit la Haute Autorité. Pour certains emplois dont le niveau hiérarchique ou la nature des fonctions le justifient (sur liste établie par décret en Conseil d'État), l'autorité hiérarchique soumet cette demande à l'avis préalable de la Haute Autorité. A défaut, le fonctionnaire peut également saisir la Haute Autorité. La Haute autorité dispose désormais du pouvoir de contrôler la mise en œuvre des avis qu'elle rend.
Cf. annexe Fiche réflexe pour un acteur du cycle des achats, p. 95

CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC

Ensemble des étapes successives et/ou interdépendantes d'un marché public comprenant :

- la phase de préparation : sourcing, benchmarking, définition et détermination du besoin, de la procédure, rédaction des pièces du marché public ;
- la phase de passation : mesures de publicité, analyse des candidats et des offres, attribution et notification du marché public ;
- la phase d'exécution : suivi d'exécution des prestations, modifications éventuelles en cours de contrat …

Cf. schéma du cycle des achats publics p. 7

D

DÉCIDEUR (DANS LE CYCLE DE L'ACHAT PUBLIC)

Agent public ou élu ayant pour mission de :

- représenter juridiquement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ;
- signer les marchés publics et à ce titre, engager juridiquement le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice sur le fondement d'une délégation ;
- comme membre de l'instance dirigeante, promouvoir une démarche déontologique et de prévention des atteintes à la probité dans le cycle de l'achat.

Licence creative commons - CC BY NC

DÉCLARATION D'INTÉRÊTS

Document recensant l'ensemble des activités, des fonctions, des mandats et des participations du déclarant. Les liens d'intérêts peuvent être familiaux, professionnels, moraux ou financiers. Elle est rendue obligatoire depuis la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique pour certains élus et agents publics et prévue également par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Ne pas déclarer ou omettre une partie substantielle de ses intérêts est un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Une peine d'inéligibilité de 10 ans peut également être prononcée ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique.

DÉCLARATION DE SITUATION PATRIMONIALE

Document recensant l'ensemble du patrimoine d'un déclarant à la date où il établit sa déclaration. Étendue par la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique pour certains élus et agents publics, la déclaration est effectuée en début et en fin de fonctions ou mandat. Elle est également prévue par la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires. Elle permet d'évaluer l'évolution du patrimoine du déclarant durant l'exercice de ses fonctions.
Le patrimoine se compose : de biens immobiliers, de valeurs mobilières, des assurances vie, des comptes bancaires, des véhicules, des emprunts et des dettes etc.
Ne pas déclarer ou fournir une évaluation mensongère de son patrimoine est un délit puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Une peine d'inéligibilité de 10 ans peut également être prononcée ainsi que l'interdiction d'exercer une fonction publique.

DÉCLARATION SUR L'HONNEUR

Attestation rédigée et fournie par un candidat à un marché public à l'appui de sa candidature, qui justifie de sa capacité à soumissionner en certifiant qu'il ne se trouve pas dans un cas d'exclusion mentionné à l'article L. 2141-1 et aux 1° et 3° de l'article L. 2141-4 du code de la commande publique.
La déclaration sur l'honneur peut être fournie sur la base du formulaire type « DC1 », « DC 4 » ou du DUME (document unique européen).
(Cf. les articles R. 2143-6 et R. 2343-8 du code de la commande publique)

DÉMATÉRIALISATION

Les marchés publics dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 40 000 euros HT doivent être passés par voie dématérialisée. Sauf exceptions, cela recouvre la mise à disposition des documents de consultation, la transmission des candidatures et des offres, tous les échanges avec les entreprises (questions/réponses) ainsi que les notifications des décisions. Les marchés de défense ou de sécurité ne sont pas soumis à cette obligation.

DÉONTOLOGIE

La déontologie désigne l'ensemble des règles ou devoirs qui gèrent la conduite à tenir pour les membres d'une profession ou pour les individus chargés d'une fonction. Elle constitue le socle commun des valeurs d'une profession.
L'article 1 de la loi du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires vient réécrire les dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et intégrer dans le statut de la fonction publique l'obligation pour tout agent d'agir avec dignité, impartialité, intégrité et probité, ainsi que de respecter les principes de neutralité et de laïcité.
(Source Association nationale des directeurs et directeurs des centres de gestion de la fonction publique territoriale, La déontologie dans la fonction publique territoriale).

Licence creative commons - CC BY NC

DÉPORT

Fait pour un agent public ou un élu se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts de s'abstenir de connaître d'une situation et d'exercer certains actes de sa fonction. Le régime du déport des agents publics est prévu par l'article 25 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, celui des élus aux articles 5 et 6 du décret du 31 janvier 2014 portant application de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

DÉTOURNEMENT DE FONDS OU DE BIENS PUBLICS

Délit réprimant le fait pour un agent de détruire, détourner, soustraire ou détruire des fonds ou des biens publics qui lui ont été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission (articles 432-15, 432-16 et 433-4 du code pénal).
Cf. définition détaillée p. 124

DISPOSITIF ANTICORRUPTION

Ensemble de mesures et procédures rendu obligatoire par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique pour les grandes entreprises et pour les administrations, destiné à prévenir et détecter les atteintes à la probité. Ce dispositif de conformité s'appuie sur le référentiel anticorruption détaillé dans les recommandations de l'Agence française anticorruption. Il s'agit d'un outil de maîtrise des risques d'atteinte à la probité porté par les instances dirigeantes et qui vient mettre en cohérence plusieurs dispositifs (cartographie des risques, code de conduite, évaluation des tiers, formation, recueil des alertes internes, contrôle et audit internes, régime disciplinaire, dispositif de contrôle et d'évaluation de ces mesures).

DONNÉES ESSENTIELLES DES MARCHÉS PUBLICS

Ensemble d'informations portant sur un marché public (hors marché de défense ou de sécurité) qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice a l'obligation de rendre publiques en application des articles L. 2196-2 et R. 2196-1 du code de la commande publique. Les informations transmises diffèrent en fonction de la valeur estimée du marché concerné. Cette obligation est applicable depuis le 1er octobre 2018.
Voir p. 20

DUE DILIGENCE

Voir Évaluation des tiers

Licence creative commons - CC BY NC

E

ENGAGEMENT DES INSTANCES DIRIGEANTES

Décision des cadres dirigeants ou des élus dirigeant une organisation, d'y promouvoir une culture d'intégrité, de transparence et de conformité, et de mettre en œuvre un programme de conformité anticorruption. Cet engagement se matérialise notamment par l'approbation du dispositif de prévention et de détection des atteintes à la probité mais également par :

- l'application d'une politique de tolérance zéro face à tout manquement au devoir de probité ;
- l'intégration d'une dimension anticorruption dans les procédures de l'entité ;
- une allocation de ressources proportionnée aux enjeux de la lutte contre la corruption ;
- la mise en œuvre d'une communication adaptée.

(Source AFA, recommandation « Engagement de l'instance dirigeante dans la prévention et la détection de faits de corruption ». Voir fiche Engagement des instances dirigeantes, p. 25)

ENTITÉ ADJUDICATRICE

Ensemble de structures soumises aux règles des marchés publics regroupant :

1° les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;
2° lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux ;
3° lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

(Cf. article L. 1212-1 du code de la commande publique)

ÉVALUATION DES TIERS

Collecte d'informations et de documents sur un tiers afin d'identifier et d'apprécier les risques d'atteinte à la probité auxquels s'expose l'organisation qui entre en relation ou poursuit une relation avec ce tiers.
En matière de marchés publics, les tiers sont notamment les opérateurs économiques candidats, soumissionnaires, les titulaires de marchés publics, les sous-traitants. Ces évaluations peuvent conduire à une interdiction de soumissionner, lorsqu'elles ont lieu en phase de passation ou d'exécution, ou à une adaptation des modalités de relation avec le tiers tout au long du cycle de l'achat.
(Source AFA, recommandation « Procédure d'évaluation des tiers ». Voir fiche Evaluation des tiers, p. 48)

Licence creative commons - CC BY NC

F

FAVORITISME (OU OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ)

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent public ou un élu de ne pas respecter les règles de la commande publique ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats et conduisant à l'octroi d'un avantage injustifié à une entreprise (article 432-14 du code pénal).
Cf. définition détaillée p. 118

FONCTIONNAIRE

Personne recrutée par concours (sauf exception, notamment pour le recrutement en catégorie C) pour occuper un emploi permanent de l'administration, d'un établissement public à caractère administratif ou, cas dérogatoire, de certains établissements publics à caractère industriel ou commercial.
Parmi l'ensemble des fonctionnaires, ceux des assemblées parlementaires (Sénat et Assemblée nationale), les magistrats de l'ordre judiciaire et les militaires constituent des catégories régies par des textes statutaires spécifiques. Les autres relèvent du statut général de la fonction publique prévu par la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
La catégorie des fonctionnaires comprend les fonctionnaires stagiaires (avant leur titularisation) et les titulaires de la fonction publique d'État, territoriale et hospitalière. Cependant, dans le langage courant, les termes de fonctionnaire et de titulaire sont utilisés comme équivalents.
(Source définition de la direction générale de l'administration et de la fonction publique)

I

IMPARTIALITÉ

Obligation issue du statut général de la fonction publique (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) traduisant le principe général du droit selon lequel les choix de l'administration ne peuvent pas être dictés par l'objectif de favoriser une personne privée ou publique plutôt qu'une autre.

INSTANCES DIRIGEANTES

Personnes exerçant les fonctions de plus hauts représentants de l'exécutif d'une entité ou appartenant à l'instance collégiale de direction. Ces hauts dirigeants peuvent être élus ou nommés.
Voir fiche Engagement des instances dirigeantes, p. 25

INTÉGRITÉ

Obligation issue du statut général des fonctionnaires (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) en vertu de laquelle les moyens financiers, humains, et matériels ainsi que les pouvoirs d'une entité sont utilisés aux fins officiellement prévues et de façon éclairée, conformément à l'intérêt général et aux principes généraux de bonne gouvernance.
(Source OCDE, Recommandation sur les marchés publics).

Licence creative commons - CC BY NC

L

LANCEUR D'ALERTE

Personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance. *(Source l'article 6 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique).*

M

MAÎTRE D'ŒUVRE

Le maître d'œuvre est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement.
(Source article 2 du Cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux.)

MAÎTRE D'OUVRAGE

Personne pour le compte de laquelle des travaux ou un ouvrage immobilier sont exécutés. En matière de marché public, la maîtrise d'ouvrage est en principe assurée par le pouvoir adjudicateur. Pour les marchés publics complexes, la maîtrise d'ouvrage peut être assurée par un opérateur économique. Ses attributions sont précisées à l'article L. 2421-1 du code de la commande publique.

MARCHÉ DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

Marché conclu par l'État ou l'un de ses établissements publics et ayant pour objet :

- la fourniture d'équipements, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, qui sont destinés à être utilisés comme armes, munitions ou matériel de guerre, qu'ils aient été spécifiquement conçus à des fins militaires ou qu'ils aient été initialement conçus pour une utilisation civile puis adaptés à des fins militaires ;
- la fourniture d'équipements destinés à la sécurité, y compris leurs pièces détachées, composants ou sous-assemblages, et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale ;
- des travaux, fournitures et services directement liés à un équipement mentionné au 1° ou au 2°, y compris la fourniture d'outillages, de moyens d'essais ou de soutien spécifique, pour tout ou partie du cycle de vie de l'équipement. Pour l'application du présent alinéa, le cycle de vie de l'équipement est l'ensemble des états successifs qu'il peut connaître, notamment la recherche et développement, le développement industriel, la production, la réparation, la modernisation, la modification, l'entretien, la logistique, la formation, les essais, le retrait, le démantèlement et l'élimination ;
- des travaux et services ayant des fins spécifiquement militaires ou des travaux et services destinés à la sécurité et qui font intervenir, nécessitent ou comportent des supports ou informations protégés ou classifiés dans l'intérêt de la sécurité nationale.

(Source article L. 1113-1 du code de la commande publique)

Licence creative commons - CC BY NC

MARCHÉ PUBLIC

Contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs, soumis au code de la commande publique, avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.
(Source article L. 1111-1 du code de la commande publique)

MOTIFS D'EXCLUSION DE LA PROCÉDURE DE PASSATION

Causes autorisant un acheteur à exclure une entreprise candidate de la passation ou de l'exécution d'un marché public. Elles sont de deux types :

- les interdictions obligatoires (articles L. 2141-1 à L. 2141-6 du code de la commande publique) sont celles qui ont été constatées par une personne extérieure à l'acheteur (peines prononcées par un juge pénal, défaut de régularité au regard des obligations sociales ou fiscales, redressement judiciaire constaté par un tribunal de commerce,...) ;
- les interdictions facultatives (articles L. 2141-7 à L. 2141-11 du code de la commande publique) sont celles qui reposent sur des faits constatés par l'acheteur qui mène la procédure ou un autre acheteur au cours d'une procédure d'attribution du marché public.

Voir fiche Evaluation des tiers, notamment p. 50 et suivantes

N

NOTIFICATION DU MARCHÉ PUBLIC

Envoi d'une copie du marché public signé à la connaissance du titulaire par tout moyen et permettant de lui donner une date certaine. En application de l'article R. 2182-4 du code de la commande publique, cette notification est obligatoire, et le marché prend effet à la date de réception de la notification.

NEUTRALITÉ

Obligation issue du statut général de la fonction publique (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) imposant au fonctionnaire d'assurer ses fonctions à l'égard de tous les administrés dans les mêmes conditions, quels que soient leurs opinions religieuses ou politiques, leur origine, leur sexe, et de s'abstenir de manifester ses opinions.
Dans le droit de la commande publique, ce principe signifie que la dépense publique qui s'effectue à l'occasion d'un marché ne doit pas être l'instrument d'une autre finalité que la réalisation du meilleur achat au meilleur coût.

O

OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ

Voir Favoritisme

Licence creative commons - CC BY NC

OPEN DATA (DONNÉE OUVERTE)

Information publique brute ayant vocation à être librement accessible et réutilisable. Le format de publication de ces données fait l'objet de standards internationaux.
A ce titre, pour être « ouvertes », les données doivent être complètes, primaires, à jour, accessibles, électroniquement lisibles par une machine, accessibles sans discrimination, disponibles sous des formats ouverts, disponibles sous licences ouvertes, accessibles de façon pérenne en ligne, sans coût d'utilisation.
Les données essentielles de la commande publique traduisent l'application de cette politique à l'achat public.

OPÉRATEUR ÉCONOMIQUE

Toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.
L'opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public est désigné comme « candidat ».
(Source article L. 1220-1 du code de la commande publique)

P

PANTOUFLAGE

Infraction pénale réprimant le fait pour un ancien agent public de prendre ou recevoir une participation dans une entreprise dont il a exercé la surveillance ou le contrôle, ou avec laquelle il a conclu des contrats ou sur les opérations de laquelle il a émis des avis dans un délai de trois ans suivant la cessation de ses fonctions (article 432-13 du code pénal). Cette participation peut résulter d'un travail, d'un conseil ou d'un investissement de capitaux.
Pour une définition détaillée, voir annexe p. 122

PENALITÉS (dans les marchés publics)

Sanction financière ayant pour but de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles.
Toute méconnaissance d'une obligation sur laquelle s'est contractuellement engagé le titulaire du marché public, peut donner lieu à l'application de pénalités. Celles-ci visent à inciter les titulaires à respecter leurs engagements. Elles prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages-intérêts.
(Source DAJ, Fiche technique Les pénalités dans les marchés publics)

POUVOIR ADJUDICATEUR

Ensemble de structures soumises aux règles de la commande publique regroupant :

- les personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Ce terme désigne l'acheteur en tant que personne morale.
(Source article L. 1211-1 du code de la commande publique)

Licence creative commons - CC BY NC

PRESCRIPTEUR

Agent qui définit techniquement les besoins objet du marché, pour son compte et celui d'autres personnes. Il est souvent placé au sein des directions métiers et peut assister l'acheteur :

- dans la construction de la consultation ;
- dans l'analyse des offres ;
- dans la veille technique et économique ;
- dans la proposition de pistes d'économies et d'amélioration de la conduite du cycle de l'achat ;
- dans l'appréciation de la performance des achats.

PRISE ILLÉGALE D'INTÉRÊTS

Infraction pénale réprimant le fait pour un agent de prendre, recevoir ou conserver un intérêt personnel dans une affaire dont il a à connaître à l'occasion de ses fonctions (articles 432-12 et 432-13 du code pénal).
Pour une définition détaillée, voir annexe p. 120 à 123

PROBITÉ

Obligation issue du statut général de la fonction publique (articles 25 à 28 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires) consistant à observer parfaitement les règles morales et de bonne conduite, et à respecter scrupuleusement ses devoirs et les règlements. Cette obligation est complémentaire à l'obligation de se consacrer à ses fonctions.
Voir également Atteintes à la probité

PROCÉDURE AVEC NÉGOCIATION

Procédure par laquelle un acheteur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. Pour les pouvoirs adjudicateurs, elle peut être mise en œuvre dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article R. 2124-3 du code de la commande public. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir justifier que les conditions de recours à ces procédures, qui doivent s'interpréter strictement, sont remplies.
(Source DAJ Fiche technique La procédure avec négociation)

PROFIL D'ACHETEUR

Plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires (ex : plateforme des achats de l'État PLACE).
(Source le guide très pratique de la DAJ sur de la dématérialisation des marchés publics)

PROGRAMME ANTICORRUPTION

Voir dispositif anticorruption

Licence creative commons - CC BY NC

R

RÉFÉRENT DÉONTOLOGUE

Personne physique ou collège chargé d'apporter tout conseil utile aux agents publics leur permettant de respecter leurs obligations et les principes déontologiques issus du statut général de la fonction publique, notamment les principes d'impartialité, d'intégrité et de probité. En application de l'article 28 bis de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, tout fonctionnaire a le droit de consulter un référent déontologue. Chaque administration, collectivité ou établissement peut désigner un référent individuel ou un collège.

RÉFÉRENTIEL ANTICORRUPTION

Ensemble de mesures et procédures permettant de prévenir et détecter les infractions d'atteinte à la probité. Ce référentiel est défini par l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique et précisé par les recommandations de l'Agence française anticorruption. Il comporte huit mesures et procédures :

- un code de conduite ;
- un dispositif d'alerte interne ;
- une cartographie des risques ;
- des procédures d'évaluation des tiers ;
- des procédures de contrôles comptables ;
- un dispositif de formation ;
- un régime disciplinaire ;
- un dispositif de contrôle et d'évaluation interne de ces mesures.

S'agissant des acteurs publics, la charte des droits et devoirs des parties prenantes des contrôles de l'AFA indique que par analogie avec ce que la loi prévoit pour les acteurs économiques, il est attendu des acteurs publics et des associations et fondations reconnues d'utilité publique qu'ils mettent en place un dispositif anticorruption comprenant les huit mesures et procédures applicables aux acteurs privés.

S

SAUCISSONNAGE

Pratique consistant à scinder artificiellement des besoins homogènes dans le but de se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence et bénéficier ainsi de règles de passation allégées.

SEGMENT D'ACHAT

Famille d'achat homogène au regard notamment d'un marché fournisseur, de typologies de prestations. Le segment d'achat participe à la classification des achats du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et participe à la fois à la détermination du niveau d'estimation des seuils et du niveau auquel la stratégie d'achat est réalisée.

SOUMISSIONNAIRE

Opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public.
(Source article L. 1220-3 du code de la commande publique)

Licence creative commons - CC BY NC

SOURCING/SOURÇAGE

Actions menées par l'acheteur afin de connaître un marché fournisseur, son fonctionnement et son évolution : les fournisseurs qui le composent, le degré de concurrence entre eux, les technologies, la structuration des coûts et les modèles économiques du secteur, les méthodes et processus, les innovations, les différents acteurs qui interviennent dans le processus de mise à disposition d'un produit/service (sous-traitants, fabricants de composants etc...) et les tendances du marché.
Il s'agit d'une démarche active de recherche et d'identification d'opérateurs économiques, suivie d'échanges avec les fournisseurs relatifs aux produits/services qu'ils commercialisent et à leurs méthodes et savoir-faire. Ces actions sont menées en amont de la consultation.
(Source Direction des achats de l'État, Guide de l'achat public sur le sourcing opérationnel)

SOUS-TRAITANT

Personne physique ou morale à qui l'entreprise titulaire d'un marché public en confie une partie de l'exécution. L'entreprise titulaire demeure, face à la personne publique, la seule responsable de l'exécution des prestations.
Les sous-traitants doivent être présentés à l'acheteur afin d'être acceptés et que leurs conditions de paiement reçoivent son agrément.
(Source le glossaire du Bulletin officiel des annonces des marchés publics)

T

TITULAIRE

Opérateur économique cocontractant du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice et chargé d'exécuter le contrat de la commande publique.

TIERS

Personne physique ou morale qui est extérieure à une entité. Les tiers font l'objet d'une évaluation par l'entité (le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice en matière d'achats publics) afin d'apprécier le risque d'atteinte à la probité induit par une relation entretenue ou envisagée avec eux.
En matière de marchés publics, les tiers sont notamment les opérateurs économiques candidats, soumissionnaires, les titulaires de marchés publics ainsi que les sous-traitants. Les opérateurs économiques qui participent à la consultation (assistants à maîtrise d'ouvrage, maîtrise d'œuvre, bureaux d'études...) sont considérés également comme des tiers par rapport au pouvoir adjudicateur.
Voir fiche Évaluation des tiers, p. 48

TRAFIC D'INFLUENCE

Fait pour un agent public d'accepter ou de demander un avantage pour, en contrepartie, user de son influence sur une autorité publique (433-1 2° et 432-11 2° du code pénal).
Pour une définition détaillée, voir p. 115

Licence creative commons - CC BY NC

PILOTAGE DU GUIDE

Sandrine JARRY
Pilote
Cheffe du département du conseil aux acteurs publics
Agence française anticorruption

Pierre VILLENEUVE
Pilote
Directeur de la Plateforme des achats de Bretagne

Pierre-Mickaël DEBAIFFE
Chef de projet – guides de l'achat public
Direction des achats de l'État

EQUIPE PROJET

Anne-Claire FOREAU
Acheteur leader
Direction des achats de l'État

Claire MOULIÉ
Chargée de secteur
Agence française anticorruption

Antoine JOCTEUR-MONROZIER
Adjoint à la cheffe du département du conseil aux acteurs publics
Agence française anticorruption

Mario TORTORICI
Juriste - Ministère de la justice

Marjolaine GARONNAIRE
Apprentie au département du conseil aux acteurs publics
Agence française anticorruption

Stéphane PETIT
Responsable du pôle qualité, PME, Innovation
Ministère des Armées

Philippe MONDON-GUILHAUMON
Chargé de mission auprès du rapporteur général de la commission de déontologie des militaires, référent ministériel déontologue et alerte
Ministère des Armées

Karim TAKEZNOUNT
Chef de pôle achats
Ministère de la justice

Olivier BERARD
Directeur délégué aux achats et à l'innovation
CNRS

Julia LAVIGNE
Chargée d'étude
Conseil régional d'Ile-de-France

Sonia GIBON
Directrice des achats
Groupement Hospitalier de Territoire Yvelines Sud

Portail interministériel des achats
(intranet interministériel)
https://dae.alize.finances.rie.gouv.fr/sites/sae/accueil.html

Site internet : http://www.economie.gouv.fr/dae

https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr

Licence creative commons - CC BY NC

CONTACT
Direction des achats
de l'État
Immeuble Grégoire
59 boulevard Vincent Auriol
Télédoc 033
75572 Paris cedex 13

communication.dae@finances.gouv.fr

Retrouvez notre actualité sur :
https://www.linkedin.com/company/3782181/