

ANNEXES

ANNEXES

Liste des notes de doctrine et documents reproduits en annexe du rapport d'activité

1 – Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : L'article 432-14 du code pénal [Gazette du Palais 12 et 14 mars 1995].

2 – Commentaire de l'arrêt Chambre criminelle Cour de Cassation (2 avril 1998) - [Gazette du Palais 25-26 février 2000 p.38]. Le délit de favoritisme est constitué par un acte qui contrevient aux dispositions du code des marchés publics.

3 – Le délit de favoritisme et le nouveau code des marchés publics [Contrats et marchés publics Editions du Juris-classeur n° 5, mai 2001].

4 – Commentaire sur le nouveau code des marchés publics et ses effets sur le délit de favoritisme [Gazette du Palais 19 et 20 septembre 2001].

5 - Les effets du nouveau code des marchés publics [décret 7 janvier 2004] sur le délit de favoritisme [article 432-14 du code pénal]. En particulier le problème des marchés passés selon une procédure adaptée.

6 – Les actes d'enquête des membres de la MIEM interrompent la prescription de l'action publique du délit de l'article 432-14 du code pénal [Cour de Cassation, Chambre criminelle, 1^{er} décembre 2004].

7 – La dissimulation des actes irréguliers ou accomplis de manière occulte suspend la prescription [Cour d'appel Aix en Provence 25 février 2004].

8 - Entretien de Gérard Pancrazi, chef de la MIEM "L'époque où au-dessous d'un certain seuil on pouvait faire ce que l'on voulait est révolue" [Le Moniteur 14 février 2003].

9 - Dispositions législatives et réglementaires qui régissent la Mission - loi 91-3 du 3 janvier 1991 - articles 119 à 124 du code des marchés publics.

10 - L'article 432-14 du code pénal.

11 - Circulaire du Ministre de la Justice en date du 4 mars 2002 relative au décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics.

12 - Circulaire du Ministre de la Justice en date du 12 février 2003. Présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEM locales. Orientation de politiques pénales.

13 – Circulaire du Ministre de la Justice en date du 22 février 2005 relative au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.

**1 – Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés
et les conventions de délégation de service public
L'article 432-14 du code pénal
[Gazette du Palais 12 et 14 mars 1995]**

Le délit d'avantage injustifié a été créé par l'article 7, alinéa 1er, de la loi 91-3 du 3 janvier 1991 (1) relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. En vertu de ce texte, "Toute personne investie d'un mandat électif, tout représentant, administrateur ou agent des collectivités ou organismes visés à l'article 1er ou toute personne intervenant pour le compte de ceux-ci, qui aura procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés passés par les collectivités et organismes susmentionnés, sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 5 000 F à 200 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement". Les personnes et les marchés concernés par l'infraction sont ceux relevant des collectivités et organismes énumérés à l'article 1er (2) de la loi qui détermine le champ de compétence de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés.

La loi 92-686 du 22 juillet 1992, portant réforme du code pénal, a inséré les dispositions de l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 3 janvier 1991 à l'article 432-14 du nouveau code pénal. Corrélativement l'article 296 de la loi du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, relative à l'entrée en vigueur du nouveau code, a abrogé l'article 7, alinéa 1er, qui n'avait plus de raison d'exister.

Dans le même temps, le parlement qui élaborait la loi dite Bérégovoy-Sapin qui deviendra la loi 93-122 du 29 janvier 1993 (3), relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, décidait d'accroître le champ de compétence de la Mission interministérielle d'enquête et par là même celui du délit d'avantage injustifié, aux sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et surtout d'étendre le champ de compétence de l'incrimination aux conventions de délégation de service public, en modifiant pour ce faire l'article 7, alinéa 1er, de la loi du 3 janvier 1991. Une décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 du conseil constitutionnel, à qui la loi fut soumise, devait aboutir à étendre la compétence de la Mission interministérielle d'enquête et par là même l'incrimination, aux établissements publics industriels et commerciaux nationaux.

Cependant lorsque la loi du 29 janvier 1993 est entrée en application, on devait se rendre compte qu'en réalité elle complétait un texte qui venait d'être abrogé par la loi d'adaptation du nouveau code pénal, ce qui laissait sans effet les modifications prescrites. Le délit d'avantage injustifié s'est ainsi trouvé privé de l'extension de son champ de compétence qui lui avait été accordé par le législateur de 1993.

La loi 95-127 du 8 février 1995 (4), issue du groupe de travail réuni sur l'initiative du Président de l'assemblée nationale et de la commission mise en place par le Premier ministre, a rétabli l'article 432-14 du nouveau code pénal dans son intégrité législative. Il est désormais rédigé comme suit : "Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende 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'Etat, 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".

Le délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public, est né du mouvement législatif de moralisation de la vie économique et financière de la fin des années 1980, qui a vu le jour à la suite de ce que l'on a appelé "les affaires" (5).

Si l'histoire a montré que la création d'une infraction ou d'un système répressif a parfois été un moyen de gestion des situations de crise, il ne fait cependant aucun doute qu'en l'espèce, on n'avait que trop tardé à prendre les mesures qui s'imposaient pour préserver l'achat public et les quelques 700 milliards de francs qu'il représente (6) des convoitises qu'il ne pouvait manquer de susciter.

On ne pouvait plus longtemps encore se satisfaire de voir sanctionner les violations du code des marchés publics et les règles relatives à la dévolution des marchés, par la seule nullité de l'acte passé irrégulièrement, alors que cette mesure qui intervenait après l'exécution et le règlement de la convention s'avérait illusoire. Depuis une loi du 4 janvier 1992 et une plus récente du 4 février 1995, le législateur a considérablement amélioré les moyens d'intervention dans ce domaine (7).

La faiblesse du dispositif de protection de l'achat public et l'absence de dispositions pénales suffisamment efficaces pour avoir un effet dissuasif, ont ainsi permis de laisser se perpétuer la pratique du financement des partis politiques par les marchés, qui empoisonne tant aujourd'hui la vie publique.

La création d'une infraction nouvelle, spécifique à l'achat public, aisée à mettre en œuvre, avec un caractère comminatoire marqué, jouant ainsi un rôle préventif contre la corruption, a été dans la logique des choses. C'est de ce contexte politique et juridique et de la loi du 3 janvier 1991 que le délit d'avantage injustifié, connu sous le nom de délit de favoritisme, est né.

Jusqu'alors seules les incriminations de corruption et d'ingérence (8) ou prise illégale d'intérêts, étaient susceptibles de sanctionner l'attribution irrégulière des marchés. Appliqué aux marchés et aux personnes publiques, le délit de corruption sanctionne le fonctionnaire ou la personne investie d'un mandat électif, qui sollicite ou accepte un avantage qui le conduit à manquer au devoir de probité attaché à l'exercice de sa mission. Peu importe que l'acte illicite qui en est l'objet ait été ou non accompli, qu'il soit juste ou injuste, peu importe même que le marché ait en définitive été accordé à l'entreprise bénéficiaire de l'intervention ou de l'abstention frauduleuse, parce qu'elle présentait l'offre la plus intéressante. Ce que le délit de corruption sanctionne, c'est un comportement fautif, non un acte ou une abstention illicite.

Le délit de prise illégale d'intérêts réprime quant à lui une incompatibilité entre celui qui a pour fonction de veiller à la régularité de la préparation de la passation et de l'exécution du marché et celui qui en est l'attributaire. Peu importe ici que l'auteur n'ait commis aucune faute dans l'exercice de sa fonction et qu'il ait fait preuve d'une parfaite impartialité, ce qui est sanctionné, c'est la confusion des genres (9).

Cet aspect objectif de l'infraction se retrouve dans le délit d'avantage injustifié. Lorsque le juge constate qu'un acte irrégulièrement passé dans les conditions de l'article 432-14 a procuré à autrui un avantage injustifié, le délit sera constitué s'il a été commis par l'une des personnes énumérées par le texte. Le délit d'avantage injustifié emprunte à l'ingérence son caractère objectif, qui en fait une infraction aisée à mettre en œuvre et à la corruption, sa portée générale qui va lui permettre de concerner toutes les personnes susceptibles de participer aux procédures de marchés.

Les éléments constitutifs de l'infraction (I) mettent en lumière les difficultés que va rencontrer le juge pénal appelé à sanctionner le délit de l'article 432-14 du nouveau code pénal (II).

I - Les éléments constitutifs du délit d'avantage injustifié

Pour que le délit d'avantage injustifié soit caractérisé, il faut que trois éléments soient réunis : la qualité de l'auteur, un avantage injustifié, une faute.

1 - La qualité de l'auteur

Les personnes susceptibles d'être poursuivies sur le fondement de l'article 432-14 du nouveau code pénal sont énumérées à cet article. Au-delà de l'énumération, le texte vise toute personne, quelle que soit sa fonction, publique, privée ou élective, qui a le pouvoir d'intervenir dans la passation de la convention. Le texte exige en effet que l'auteur ait commis un acte contraire aux dispositions qui garantissent le libre accès aux marchés et l'égalité des candidats à la commande publique.

Ce n'est donc pas tant la qualité de fonctionnaire ou d'agent de l'Etat ou de titulaire d'un mandat électif qui importe, que le pouvoir de la personne d'intervenir dans la procédure de marché, à quelque niveau que ce soit, actes préparatoires, publicité, mise en concurrence, analyse de la décision, choix... Sont concernés au premier chef la personne responsable du marché ou son représentant, les membres des commissions d'appel d'offres ou des commissions de travaux, les membres des services techniques d'une collectivité, les maîtres d'œuvre

Ainsi le responsable d'un bureau d'études ou un architecte qui a la maîtrise d'œuvre d'une opération et qui à ce titre est chargé de diligenter les procédures de marchés de travaux peut être poursuivi pour délit d'avantage injustifié, bien que personne privée, s'il favorise l'un des candidats.

En revanche, le contrôleur financier qui ne fait qu'autoriser ou s'opposer à l'acte de l'administration (10), n'intervient pas dans la mise en concurrence ni dans le choix du bénéficiaire. Il ne peut être poursuivi du chef de l'incrimination. Si toutefois il visait sciemment un marché irrégulier, il pourrait l'être pour complicité si son acte permettait la consommation de l'infraction.

Pour les responsables du contrôle de légalité des actes des collectivités locales, exercé par les préfets, ils ne peuvent être retenus sur le fondement du délit, leur intervention étant postérieure à la conclusion de la convention. En effet, dans cette occurrence, le marché est exécuté après sa notification. Le seul fait, pour l'autorité préfectorale, de ne pas l'avoir déféré devant les juridictions administratives ne peut non plus induire la complicité qui exige un acte positif, antérieur ou concomitant au délit.

Le directeur de la concurrence qui est membre des commissions d'appel d'offres avec voix consultative est par ce fait membre de l'organe décisionnel (11). Même si son rôle est purement consultatif et se limite à des observations orales ou écrites, il implique des effets juridiques. Il

peut donc être concerné par l'incrimination s'il s'avère que dans ce cadre il a, par des actes positifs, tenté de favoriser l'un des candidats aux marchés. Cette hypothèse ne peut cependant que demeurer théorique, l'agent de la concurrence n'intervenant que pour rappeler les textes et les principes et relever les irrégularités commises.

Le comptable qui assiste aux réunions de la commission avec voix consultative peut formuler des avis (12). Il n'intervient pas dans la procédure de marché. Son rôle, délimité par le décret du 29 décembre 1962, est strictement budgétaire en l'état actuel des textes (13). Il en va différemment pour le contrôle de la validité de la créance prévu par les articles 12 et 13 du décret et aux termes desquels le comptable doit s'assurer notamment de la justification du service fait et de la production des pièces justificatives. Par application de l'article 37 du décret ci-dessus, le comptable suspendra le paiement du marché si des irrégularités sont constatées. Si ainsi, au vu des pièces justificatives du service fait et des factures produites, il apparaît que le marché dont le paiement est sollicité a été exécuté avant même toute procédure de mise en concurrence, ou s'il ne peut être vérifié, compte tenu des pièces produites, que le service fait correspond aux prestations facturées, le comptable ne pourra accéder à la demande de paiement. Le comptable qui paierait un marché, dont il résulte de la comparaison des différentes pièces qu'il est frauduleux, ne pourrait toutefois pas être poursuivi dans les conditions de la complicité du délit d'avantage injustifié, son acte bien que positif étant postérieur au délit.

La personne responsable ou l'autorité compétente ou son représentant qui notifie un marché intervient après les opérations de choix et de mise en concurrence. Il ne peut donc, s'il n'a pas participé personnellement à des actes antérieurs, être poursuivi au titre de l'article 432-14 pour ce seul acte. Cependant, s'il a notifié le marché irrégulier à la suite d'un accord antérieur avec les auteurs de l'infraction, il pourrait être poursuivi dans les conditions de la complicité.

Les entreprises et leurs dirigeants qui ne participent que passivement aux procédures de choix et de mise en concurrence, ne peuvent être concernées par le délit que dans l'hypothèse du recel, s'il s'avère que c'est en connaissance de cause qu'ils en ont bénéficié. Les responsables pourraient aussi être mis en cause, dans les conditions de la complicité, si par un acte positif antérieur ou concomitant au délit d'avantage injustifié, ils ont préparé, facilité ou consommé le délit, par exemple par la production d'un faux acte d'engagement.

2 - L'avantage injustifié

Au sens de l'article 432-14, procurer, ou tenter de procurer, à autrui un avantage injustifié, c'est faire bénéficier ou tenter de faire bénéficier une personne autre que soi-même, d'un acte matériel, administratif ou juridique (information privilégiée, publicité réduite du marché, clause technique "sur mesure"...), constitutif d'une rupture au principe d'égalité devant la commande publique. Un avenant n'est injustifié que s'il rompt rétroactivement l'égalité entre les candidats, en accordant à une entreprise une masse de travaux supplémentaires qui, si elle avait été connue des autres participants à la consultation, aurait été susceptible de modifier leurs offres.

Il faut enfin que l'avantage injustifié ait été procuré à autrui, non à soi-même. Cette seconde hypothèse serait susceptible d'être qualifiée de prise illégale d'intérêts. C'est ici que l'on voit le mieux la différence entre les deux infractions.

3 - Un acte irrégulier constitutif d'une faute

a) L'acte irrégulier

Il faut que l'avantage injustifié ait été procuré "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 et les conventions de délégation de service public".

C'est la violation par son auteur d'une disposition du code des marchés publics, d'une loi ou d'une mesure réglementaire située en dehors du code, qui fait partie de celles qui ont été adoptées pour garantir le libre accès aux marchés et l'égalité des candidats. Il s'agit de toutes les mesures qui réglementent la préparation, la passation et l'exécution des marchés pour tout ce qui concerne les modalités qui vont conduire au choix d'un entrepreneur ou d'un fournisseur.

C'est l'acte fautif qui génère l'infraction.

Les différents manquements qui ont pu être relevés par la Mission interministérielle sur les marchés, à l'occasion de ses enquêtes, concernent pour l'essentiel des atteintes au code des marchés publics, commises à l'occasion de l'achat public.

- Le fractionnement des marchés. L'exigence de mise en concurrence et de publicité est plus ou moins importante selon l'estimation du montant du marché. Une fraude classique consiste donc à diviser le marché pour réduire ou supprimer les contraintes imposées par le code.

. Pour les travaux, fournitures et services dont le seuil estimé n'excède pas la somme de 300 000 F ttc, la commande peut être passée hors marché (articles 123 et 321 du code des marchés publics).

. Pour les travaux, fournitures et services dont le montant estimé n'excède pas la somme de 700 000 F, on peut utiliser la procédure du marché négocié qui permet à l'autorité responsable de choisir l'attributaire du marché (article 104 I 10° du code des marchés publics).

. De même, en matière de marchés de maîtrise d'œuvre, lorsque le montant estimé n'excède pas 450 000 F, entre 450 000 F et s'il n'excède pas 900 000 F et au-dessus de 900 000 F, la procédure de choix est de plus en plus contraignante selon le seuil (articles 108 bis et 314 bis du code des marchés publics).

- L'utilisation abusive de procédures qui n'exigent ni publicité, ni mise en concurrence (marchés négociés de l'article 104 II du code des marchés publics).

- L'octroi d'informations privilégiées accordées à un candidat au marché : La collectivité qui veut favoriser un candidat, lui donne une information privilégiée sur l'estimation de l'opération ou sur sa réalisation en lui communiquant son devis estimatif ou son étude préalable (articles 43 bis et 253 bis du code des marchés publics).

- Une définition floue des besoins qui permet de faire un choix arbitraire (articles 75 et 272 du code des marchés publics).

- Des "clauses techniques sur mesure" : Il s'agit d'insérer dans le cahier des charges des clauses techniques dont on sait qu'elles ne pourront être satisfaites que par une seule entreprise (articles 75 et 272 du code des marchés publics).

- Un avis d'appel public à la concurrence non conforme à l'article 38 II 2° du code des marchés publics qui doit mentionner l'objet ou les caractéristiques du marché, qui contiendrait des exigences non conformes, dans le but d'écartier des entreprises qui auraient pu sans cela concourir.

- Une publicité réduite. Une publicité dans un journal d'annonces légales local, alors que l'importance du marché aurait justifié une publicité nationale ou européenne (articles 38 III et 380 du code des marchés publics).

- La réduction des délais de réception des candidatures ou de remise des offres en cas d'appel d'offres ouvert ou restreint (articles 94, 96, 296 et 298 bis du code des marchés publics).

- L'omission d'écartier une offre non conforme à l'objet du marché pour permettre à son bénéficiaire de concourir (articles 97 bis, alinéa 7, et 299 ter, alinéa 7).

- La modification d'une offre après l'ouverture des plis pour qu'elle puisse être retenue. Erreur imaginaire ou provoquée, modification ou substitution de l'acte d'engagement par un autre (articles 97 ter et 300 du code des marchés publics).

- La composition irrégulière du jury de concours (articles 98, 108 ter, 302 et 314 ter du code des marchés publics) qui prévoit la présence de personnalités désignées en raison de leurs compétences dans la matière qui fait l'objet du concours et que l'on écarte pour pouvoir effectuer un choix d'opportunité.

- Le non respect des critères de choix. Le code des marchés publics prévoit des critères sur lesquels doivent s'effectuer le choix de l'attributaire (prix, coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution, ou d'autres s'ils ont été spécifiés dans l'avis d'appel d'offres). L'utilisation d'autres critères tels que la préférence locale est irrégulière (articles 97 bis, alinéa 7, et 299 ter, alinéa 7, du code des marchés publics).

- La comparaison d'offres qui n'ont pas le même objet, en cas de variantes notamment (articles 97 ter, alinéas 3 et 4, et 300, alinéas 3 et 4, du code des marchés publics).

- La prise en compte de données non identiques (article 47 du code des marchés publics).

- Les mises au point abusives qui favorisent l'attributaire (articles 97 quater et 300 bis, alinéa 1er, du code des marchés publics).

- Les reconsultations ou déclarations d'infirmité pour permettre à un candidat déterminé de l'emporter (articles 97 ter, alinéa 1er, et 300, alinéa 1er, du code des marchés publics).

- Des avenants qui bouleversent l'économie du marché en accordant (sans mise en concurrence) des prestations supplémentaires au titulaire du marché par simple avenant au marché initial (articles 45 bis et 255 bis du code des marchés publics).

- L'utilisation de la sous-traitance pour octroyer à une entreprise déterminée une part du marché, sans qu'elle apparaisse dans la consultation (article 2 du code des marchés publics).
- La modification du prix du marché ou de son objet pour favoriser l'entreprise attributaire, ou ne pas exiger l'exécution de certaines prestations (articles 75, 78, 272, 275, 112, 318 du code des marchés publics).

b) Le caractère intentionnel de la faute

Le débat parlementaire et doctrinal a été âpre, le nouveau code pénal a réglé la question.

Les auteurs qui se sont penchés sur la nouvelle infraction se sont interrogés sur son caractère intentionnel.

Si la lecture des travaux parlementaires peut laisser penser que l'infraction est constituée à la suite d'une négligence ou d'une imprudence de son auteur (14) (15), tant il est vrai que l'on a voulu une infraction sévère susceptible d'éradiquer la corruption dans les marchés, le texte en lui-même ne l'indique pas expressément.

Le nouveau code pénal pose dans son article 121-3 le principe que les crimes et les délits sont des infractions intentionnelles (16). Le délit d'avantage injustifié ne peut donc être réprimé en l'absence d'intention de le commettre. Ainsi cette incrimination, que l'on avait voulu gager d'une grande sévérité par sa vocation à sanctionner tout à la fois et sur le même fondement juridique un acte de corruption ou "un bavardage intempestif", semble aujourd'hui considérablement réduite quant à sa portée.

En réalité, l'article 121-3 ne devrait pas modifier grand chose.

Dès la création de l'incrimination, la Mission interministérielle qui a enquêté sur ces affaires a toujours recherché le caractère intentionnel de l'infraction. Cet élément, selon qu'il existe ou non, est susceptible de transformer considérablement la répression. Favoriser autrui volontairement, en contrepartie d'avantages en espèces, n'a rien à voir avec un favoritisme qui résulte du mauvais choix d'une procédure, à la suite d'une erreur ou d'un défaut de vigilance.

Au niveau de la preuve, l'intention se déduit du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de dire qu'il a agi en pleine connaissance de cause (17). Il sera ainsi difficile pour une personne responsable du marché, qui a attribué un marché dont la nature et le montant estimé nécessite une procédure de mise en concurrence, de soutenir qu'il a agi imprudemment ou par négligence.

Si l'intention est exigée pour la constitution du délit, en revanche, la motivation de l'acte importe peu. Il n'est pas nécessaire que l'auteur du délit ait eu pour but de réaliser un profit personnel, peu importe le motif auquel il a obéi. Le délit est constitué même si en l'absence de toute idée de lucre, l'auteur a eu pour dessein d'aider une entreprise locale en difficulté. La motivation a pour seule incidence la répression au niveau du quantum de la peine prononcée.

C'est ici que peut se faire la distinction entre le délit de favoritisme qui résulte d'un acte irrégulier et la corruption qui est la manifestation d'un comportement personnel.

c) La nature de la faute

On peut s'interroger sur la nature de la faute ainsi commise.

Il s'agit d'une faute qui ne peut être commise que dans le cadre des procédures de marchés ou de conventions de délégation de service public par des personnes ayant pour mission de les mettre en œuvre, fonctionnaires au sens large, personnes titulaires d'un mandat électif ou leurs représentants. La faute consiste à transgresser la réglementation que l'auteur avait l'obligation d'appliquer. L'incrimination sanctionne donc une faute de gestion en dehors de tout manquement à la probité.

La sanction de la faute de gestion des fonctionnaires ou de titulaires de mandats électifs est apparue récemment pour les premiers. Pour les seconds, il s'agit d'une innovation.

Ce n'est que depuis la loi 48-1484 du 25 septembre 1948 que les fonctionnaires peuvent être poursuivis et sanctionnés pécuniairement pour leurs fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat ou d'une collectivité (18). Jusque-là ils n'encouraient aucune responsabilité pécuniaire pour leurs fautes personnelles même lourdes qu'ils faisaient subir au patrimoine administratif (19).

Les autorités investies d'un mandat politique bénéficient traditionnellement d'une immunité fondée sur le principe de représentation ou de délégation de la souveraineté qui exclut que celui qui exerce un mandat qui lui a été confié par le peuple puisse voir engager sa responsabilité personnelle autrement que politiquement. Sauf le cas où le fonctionnaire ou le titulaire d'un mandat électif a un comportement illicite qui le conduit à manquer à la probité et à être sanctionné selon le droit commun, on avait du mal à imaginer avant la loi du 3 janvier 1991 qu'un élu puisse être poursuivi pénalement pour une faute de gestion.

La faute de gestion, telle qu'elle peut être actuellement définie selon le délit d'avantage injustifié, va consister à commettre des irrégularités dans le dessein de faire obtenir le marché ou la convention à un bénéficiaire déterminé. La faute de gestion peut trouver sa cause dans un avantage personnel susceptible de conduire vers une nouvelle qualification (20) dans un favoritisme commis intuitu personae (amitié, parenté, relations personnelles) mais aussi, et c'est le cas le plus fréquent, dans le choix de celui qui pense, mais à tort, qu'il est le meilleur pour la collectivité. Cette dernière hypothèse se rencontre le plus souvent dans ce que l'on appelle le localisme, qui consiste pour la collectivité à préférer l'entreprise locale, même si son offre n'apparaît pas la plus intéressante au regard des critères de l'article 299 ter du code des marchés publics (21).

II - Les difficultés de la sanction du délit d'avantage injustifié

Quatre difficultés apparaissent dans la répression de l'infraction.

1 - La sanction d'un acte de gestion

Si la sanction de celui qui porte atteinte directement aux personnes ou aux biens va de soi, il en va autrement lorsqu'il s'agit de réprimer le seul fait d'avoir choisi tel fournisseur plutôt que tel autre, à la suite d'une application irrégulière de la réglementation et alors que le choix qui s'impose à l'administration ou aux collectivités en vertu des normes, est habituellement librement exercé par des particuliers. Le juge pénal a besoin de trouver dans la matière qui lui est soumise des éléments de nature à mettre en cause la vertu de ceux qu'il poursuit. Or, dans le cas du délit d'avantage injustifié, il va être demandé au juge pénal de se rendre sur un terrain qui n'exige pas, pour être sanctionné, une atteinte à la morale ou aux droits imposés par l'honnêteté et la justice.

Il est d'ailleurs significatif que l'on parle de concussion, de corruption ou de prise illégale d'intérêts, tous termes qui contiennent en eux-mêmes le caractère frauduleux des actes que ces infractions répriment, alors que l'on parle de "délict" d'avantage injustifié pour rappeler qu'il s'agit d'une infraction, voir de "favoritisme" ou de "délict de favoritisme", qui a une acception plus délictuelle, mais qui ne figure pas dans l'incrimination.

Les auteurs de la codification du nouveau code pénal se sont heurtés à cette difficulté en insérant l'article 432-14 sous le paragraphe 4 "Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics" et dans la section III du titre III intitulée "Des manquements au devoir de probité", alors que cette notion morale n'est aucunement exigée pour la constitution de l'infraction.

2 - La sanction d'un acte de partialité

Peut-on alors considérer que le juge en sanctionnant une faute de gestion sanctionne un acte de partialité commis à l'occasion de la passation d'une convention.

En réalité, l'irrégularité constitutive de la faute et qui sera en général la violation du code des marchés publics ne recouvre pas la notion de partialité ou d'impartialité.

Ainsi que l'a excellemment exposé le professeur Guibal, il existe des marchés réguliers et impartiaux, irréguliers et partiaux, mais aussi des marchés impartiaux bien qu'irréguliers et d'autres enfin réguliers et partiaux (22).

On imagine aisément que l'on ne pourra pas toujours lier l'attribution impartiale ou non d'un marché à la régularité formelle de la procédure.

Une petite commune dépourvue de services techniques compétents pourra passer un marché irrégulier au regard du code des marchés publics, mais attribué en toute impartialité.

De même, une collectivité peut avoir établi une procédure parfaitement régulière, mais attribuer le marché à une entreprise locale pour conserver ses emplois plutôt qu'à une entreprise extérieure qui répondait pourtant mieux aux critères de l'article 299 ter du code des marchés publics.

Enfin, il est sûr que les fraudes les plus importantes se commettront avec des procédures en la forme parfaitement régulières. Sauf alors à considérer qu'en matière de marché les notions de partialité ou d'impartialité se confondent avec le respect de la réglementation applicable, le juge pénal aura du mal à demeurer insensible aux éléments subjectifs de l'attribution d'un marché.

3 - La sanction d'une irrégularité

Le juge va sanctionner un acte "contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats (...)".

Le juge devra préalablement rechercher la disposition législative ou réglementaire violée qui devra avoir pour caractéristique d'être de celles qui garantissent le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés (supra I 3 a).

Il va se trouver en présence de procédures et de réglementations difficiles à appréhender, détaillées, parfois complexes et il sera peu enclin à reprocher à un prévenu une application non pertinente de textes dont il ne percevra pas toujours lui-même la clarté ou l'évidence (23).

Cette difficulté qui n'est pas négligeable est largement atténuée par le fait que les fonctionnaires ou les responsables des collectivités locales qui passent des marchés en ont une pratique qui en fait des professionnels qui peuvent toujours obtenir l'aide ou l'assistance des services juridiques, administratifs et techniques de l'Etat (Commission centrale des marchés, Directions de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Directions de l'agriculture ou de l'équipement).

4 - La sanction d'un acte personnel

Pour les collectivités locales et leurs établissements, lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 700 000 F, c'est à dire pour les marchés d'une certaine importance, c'est une commission d'appel d'offres élue parmi les membres de la collectivité ou de l'établissement à la proportionnelle au plus fort reste qui attribue le marché.

Par la collégialité et le mode de scrutin, le code des marchés publics a voulu s'opposer à l'arbitraire des responsables locaux. Mais on peut se demander si à l'arbitraire d'un responsable ne s'est pas substitué celui d'une collégialité.

On constate en effet que souvent la commission d'appel d'offres prend des décisions qui ne sont pas conformes aux critères d'attribution de l'article 299 ter du code des marchés publics. La collégialité va pouvoir ainsi assurer une protection à ses membres contre le délit de l'article 432-14 du nouveau code pénal, à raison du principe de la personnalité des peines. Si la preuve de l'infraction en sera rendue plus difficile, cela n'empêchera pas que soient poursuivis ceux des membres de la commission contre lesquels il apparaîtrait une volonté de favoriser un candidat.

C'est ici que l'on se rend compte que le code des marchés publics, qui pendant longtemps a dû créer ses propres moyens de défense, doit être adapté à la criminalisation voulue par le législateur.

Ces difficultés sont peut être à l'origine des raisons du silence judiciaire observé depuis la création du délit en janvier 1991 qui n'a encore été consacré par aucune décision de justice (24).

Il conviendra peut être de s'interroger sur l'adaptation de la seule répression pénale à la matière qui nous occupe, alors que se dessine un mouvement général de dépénalisation, voire de déjudiciarisation, et alors que l'efficacité et la rapidité des sanctions administratives par la condamnation à des amendes et la publicité des sanctions, ont fait leur preuve dans des domaines voisins (25) (26) (27) (28).

(1) JO du 5 janvier 1991

(2) L'article 1er de la loi du 3 janvier 1991 dispose : *"Il est créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés, chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés de l'Etat, des établissements publics autres que ceux qui ont le caractère industriel et commercial, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics et des sociétés d'économie mixte locales (...)".*

(3) JO du 30 janvier 1993

(4) JO du

(5) - Loi 89-531 du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier (JO 4 août 1989)

- Loi 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic des stupéfiants (JO 14 juillet 1990)

- Loi 3 janvier 1991 (précitée)

- Loi 29 janvier 1993 (précitée)

(6) Evaluation 1992

(7) - L'article L 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (loi 92-10 du 4 janvier 1992 modifiée par la loi 93-122 du 29 janvier 1993) prescrit : *"Le président du tribunal administratif ou son délégué peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public. Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.*

Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

Sauf si la demande porte sur des marchés ou contrats passés par l'Etat, elle peut également être présentée par celui-ci lorsque la commission des communautés européennes lui a notifié les raisons pour lesquelles elle estime qu'une violation claire et manifeste des obligations de publicité et de mise en concurrence d'origine communautaire, a été commise.

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés".

Des dispositions de même nature, intégrées au nouveau code de procédure civile, s'appliquent pour les conventions relevant du droit privé et soumises par application des articles 9, 10 et 11 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991 à des obligations de publicité et de mise en concurrence : article 1441-1 : *"Toute personne habilitée à introduire un recours dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 11-1 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence doit, si elle entend engager une telle action, mettre préalablement en demeure, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, la personne morale tenue aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation du contrat de s'y conformer. En cas de refus ou d'absence de réponse dans un délai de dix jours, l'auteur de la mise en demeure peut saisir le président de la juridiction compétente ou son délégué qui statue dans un délai de vingt jours.*

Art. 1441-2 : L'article 1441-1 est applicable au ministère public dans le cas prévu au deuxième alinéa de l'article 11-1 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991.

Art. 1441-3 - La décision du président de la juridiction saisie ou de son délégué est susceptible de pourvoi en cassation dans les quinze jours de sa notification".

- L'article 27 de la loi 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire (J.O du 5 février 1995) dispose : *"Le troisième alinéa des articles 3 et 46 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 précitée et le troisième alinéa du paragraphe V de l'article 7 de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972 précitée sont complétés par deux phrases ainsi rédigées : Jusqu'à ce que le tribunal ait statué, la demande de sursis à exécution en matière d'urbanisme, de marchés et de délégation de service public formulée par le représentant de l'Etat dans les dix jours à compter de la réception de l'acte entraîne la suspension de celui-ci. Au terme d'un délai d'un mois à compter de la réception, si le tribunal n'a pas statué, l'acte redevient exécutoire".*

(8) 432-11 et 432-12 du NCP

(9) Ph. CONTE, Le délit d'ingérence, GP 24-25 janvier 1992

(10) La loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées (JO du 14 août 1922 et codes et loi) dispose dans son article 5 : *"Tous autres décrets, arrêtés, contrats, mesures ou décisions émanant d'un ministre ou d'un fonctionnaire de l'administration centrale et*

ayant pour effet d'engager une dépense sont soumis au visa préalable du contrôleur des dépenses engagées. Le contrôleur les examine au point de vue de l'imputation de la dépense, de la disponibilité des crédits, de l'exactitude de l'évaluation, de l'application des dispositions d'ordre financier des lois et règlements, de l'exécution du budget en conformité du vote des Chambres et des conséquences que les mesures proposées peuvent entraîner pour les finances publiques. A cet effet, il reçoit communication de toutes les pièces justificatives des engagements de dépenses. Si les mesures proposées lui paraissent entachées d'irrégularité, le contrôleur refuse son visa. En cas de désaccord persistant, il en réfère au ministre de l'économie et des finances"

On déduit de ce texte que pour les conventions soumises au code des marchés publics, le contrôleur financier doit refuser son visa pour celles qui paraissent avoir été passées en infraction avec les dispositions qui garantissent la liberté d'accès et l'égalité des candidats à la commande publique.

(11) art. 83 et 279 du code des marchés publics

(12) art. 279 du code des marchés publics

(13) décret 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique

(14) P. BEREGOVY, ministre de l'Economie et des Finances, JO Débats assemblée nationale, 26 novembre 1990, page 6012

(15) M. SUCHOD, rapporteur première session ordinaire 1990-1991, rapport page 37

(16) Article 121-3 : Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.

(17) Crim. 12 juillet 1994, Bull. Crim. 1994 n° 280, page 692, La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal.

(18) L'article 6 de la loi 48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une cour de discipline budgétaire dispose : "Toute personne visée à l'article 1er ci-dessus qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage, sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500 F et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction."

(19) Georges VEDEL : "La responsabilité des ordonnateurs devant la cour de discipline budgétaire et financière, RSLF 1949, page 115

(20) Les condamnations pour corruption connaissent depuis 1991 une progression significative : 54 en 1991, 83 en 1992, 115 en 1993 (casier judiciaire national, ministère de la justice SDSED)

(21) Les critères de l'article 299 ter du code des marchés public sont : le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution

(22) M. GUIBAL : "Favoritisme, concurrence et contrats publics" - La semaine juridique, cahier du droit de l'entreprise n° 27, 4 juillet 1991

(23) Le code des marchés public qui fonde pour l'essentiel le délit de favoritisme est composé de textes réglementaires parfois difficiles à mettre en œuvre. La commission supérieure de codification procède à une réécriture et à un regroupement des dispositions relatives à l'achat public.

"La complexité des règles de droit" est une préoccupation constante des élus locaux qui demandent "de simplifier, de codifier et de moins modifier le droit existant" (poursuivre la décentralisation, réflexion sur le bilan et les perspectives de la décentralisation, commission du livre blanc présidée par J. CHABAN-DELMAS et R. MONORY, page 92).

D'une façon plus générale, le rapport 1991 du Conseil d'Etat met aussi en garde contre les difficultés d'un droit qui s'éloignerait du citoyen "(...) rien n'est plus contraire au principe d'égalité entre les citoyens que de laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes". Sans reprendre un jugement aussi sévère qui ne peut concerner le droit des marchés, dont les principes généraux ne peuvent être ignorés, il y a là une mise en garde qui doit accroître encore dans les travaux en cours le souci de simplification et de clarification.

(24) Après deux années effectives de fonctionnement, la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés dont les membres sont habilités à constater le délit de favoritisme a été saisie de 144 affaires (58 saisines et 86 indices). 84 enquêtes ont été achevées, 25 dossiers contenant des faits susceptibles de constituer le délit de favoritisme ont été transmis aux parquets compétents.

(25) La notion d'avantage injustifié n'est pas nouvelle pour fonder une répression. Les articles 9.1 et 9.2 de l'ordonnance de 1967 sur la commission des opérations de bourse (cf loi du 2 août 1989) autorisent celle-ci à infliger des sanctions pécuniaires très élevées (jusqu'à dix millions de francs) aux auteurs de pratiques contraires à ses règlements lorsqu'elles ont pour effet notamment de fausser le fonctionnement du marché ou de procurer aux intéressés "un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché".

(26) L'ordonnance du 1er décembre 1986 a limité les sanctions pénales aux cas les plus graves d'entrave à la concurrence dont la matière a été pour l'essentiel dépenalisée.

(27) C. BABUSIAUX : "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la Concurrence" LPA 17 janvier 1991, n° 8, page 64.

(28) A. LAGUERRE : "Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics". Revue Marchés Publics n° 271 janvier février 1993, page 26.

**2 - Commentaire de l'arrêt Chambre criminelle Cour de Cassation [2 avril 1998]
[Gazette du Palais 25-26 février 2000 p.38]
Le délit de favoritisme est constitué
par un acte qui contrevient aux dispositions du code des marchés publics**

Cour de cassation Chambre criminelle 2 avril 1998
Pourvoi N97-84, 191 Arrêt N2219 bulletin criminel

« Et sur le second moyen de cassation pris de la violation des articles 485 et 593 du code de procédure pénale, défaut, insuffisance et contradiction de motifs :

Vu lesdits articles :

Attendu que, tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier la décision que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence :

Attendu que, pour relaxer Clément Mxxx et Jean-Louis Bxxx du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, par fournitures d'avantages injustifiés à l'entreprise de François Mxxx, attributaire de deux marchés de travaux de réfection de la voirie communale, en octobre et novembre 1992, les juges du second degré après avoir relevé qu'il a été procédé à des marchés de régularisation « *par des procédures dont il n'est aucunement contesté le caractère fictif de la mise en concurrence des entreprises, des rapports de dépouillement et des délibérations relatives à ces procédures* » énoncent toutefois qu'il n'est pas démontré eu égard aux circonstances de l'espèce et notamment de « *l'absence de toute concurrence réelle de la part des entreprises ayant participé à la négociation* » que les procédures litigieuses aient procuré un avantage injustifié à l'entreprise Mxxx : que les juges ajoutent « *qu'il ne résulte pas plus de ces circonstances l'intention pour Jean-Louis Bxxx de violer les dispositions réglementaires applicables* ».

Mais attendu qu'en prononçant ainsi tout en relevant par ailleurs qu'un marché de régularisation contrevient de par sa nature aux dispositions d'ordre public du code des marchés publics, la cour d'appel qui ne pouvait sans se contredire ou mieux s'en expliquer, énoncer que les prévenus n'avaient pas commis le délit prévu par l'article 432-14 du code pénal, a privé sa décision de base légale :

Que, dès lors, la cassation est à nouveau encourue de ce chef :

Par ces motifs

Casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Montpellier, en date du 13 janvier 1997, et pour qu'il soit jugé à nouveau conformément à la loi :

Renvoie la cause et les parties devant la cour d'appel de Toulouse, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

[...] ».

Observations :

C'est la première fois, à notre connaissance, que la Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'application du délit prévu et puni par l'article 432-14 du code pénal, connu sous le nom de délit de favoritisme.

Cette décision est d'une particulière importance puisqu'elle tend à tracer les contours de la notion d'avantage injustifié constitutif du délit créé par la loi du 3 janvier 1991 pour assurer une dévolution régulière des marchés et des conventions de délégation de service public.

La Cour de cassation a considéré que « sauf à mieux s'en expliquer », le délit de l'article 432-14 du code pénal est constitué lorsqu'il a été contrevenu « aux dispositions d'ordre public du code des marchés publics ». Elle a ainsi sanctionné la Cour d'appel de Montpellier qui, après avoir constaté l'absence de toute concurrence dans l'attribution de marchés de travaux, a affirmé que cette atteinte n'avait cependant pas procuré d'avantage injustifié à l'entreprise bénéficiaire et qu'il y avait lieu par conséquent de relaxer les prévenus.

La réserve exprimée par la formule « sauf à mieux s'en expliquer » a conduit à s'interroger sur la portée qu'il convient de donner à cet arrêt (T. Dal Farra, bulletin juridique des contrats publics n° 2, janvier 1999, p. 139). Il est certain que dans une matière aussi complexe, et en présence de faits susceptibles de conduire leurs auteurs devant les juridictions répressives, une clarification s'impose quant à la mise en œuvre de cette nouvelle infraction.

Pour que le délit d'octroi d'un avantage injustifié soit constitué, il faut qu'il y ait eu atteinte à une disposition législative ou réglementaire dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats à la commande publique [1], de même, dès lors qu'il y a atteinte à une telle disposition, il y aura octroi d'un avantage injustifié susceptible d'être sanctionné par l'article 432-14 du code pénal [2].

1 - L'avantage injustifié exige une atteinte au principe de libre et égal accès aux marchés.

1.1 - Cela résulte de la lettre même du texte. Le législateur a voulu sanctionner pénalement les manquements aux règles applicables à la dévolution des marchés lorsqu'elles ont pour fondement l'un des deux principes à valeur constitutionnelle ; la liberté du commerce et de l'industrie ou l'égalité qui impliquent respectivement que toute entreprise puisse accéder librement aux marchés et que les candidats à un même marché bénéficient d'un traitement égalitaire.

Ces règles « protégées » de la dévolution des marchés se trouvent en partie dans le code des marchés publics, mêlées à d'autres dispositions de nature budgétaire, de contrôle, d'exécution, relatives à la sous-traitance,... qui, au contraire, ne sont pas susceptibles de se trouver dans le champ de l'article 432-14 du code pénal, car n'étant pas concernées par le principe de libre et égal accès.

Certaines règles peuvent cependant avoir une double nature. C'est par exemple le cas de l'acheteur public à la recherche de crédit qui utilise le paiement différé pourtant prohibé par les articles 175 et 350 du code des marchés publics, comme critère d'agrément ou de choix. L'avantage injustifié résultera alors non de la violation des dispositions à caractère budgétaire, mais de celles relatives aux critères, dont l'objet est en appel d'offres, de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés (art. 297-I, alinéa 2, II, alinéa 3, pour l'appel d'offres ouvert et 299 bis, alinéas 1 et 2 et 299 ter, alinéas 7 et 8 pour l'appel d'offres restreint des marchés des collectivités territoriales et de leurs établissements).

1.2 - La difficulté sera donc, pour le juge, de déterminer dans le code et dans les nombreux textes annexes, les dispositions de nature à être sanctionnées par l'article 432-14 du code pénal.

S'il est vrai que c'est le cas de la plupart des règles de passation des marchés qui sont par ailleurs des dispositions d'ordre public, on doit immédiatement préciser que toutes les règles d'ordre public ou de passation des marchés ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées par l'article 432-14 du code pénal.

C'est l'exemple qui a été donné de la prohibition du paiement différé qui est une disposition d'ordre public mais qui en tant que règle à caractère budgétaire n'a pas pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés.

De même, toutes les règles de passation des marchés ne garantissent pas la liberté d'accès et l'égalité des candidats. Ainsi l'article 104-II du code des marchés publics prévoit qu'un marché négocié peut être attribué sans mise en concurrence, dans le cas il est vrai tout à fait exceptionnel, où la prestation ne peut être satisfaite que par un entrepreneur déterminé.

L'avantage injustifié, sanctionné par l'article 432-14 du code pénal, a donc pour seule condition l'application irrégulière d'une disposition législative ou réglementaire dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats à la commande publique.

2 - Mais peut-on dire que toute atteinte à ce principe entraîne l'avantage injustifié constitutif de l'infraction ?

Les marchés sont réglementés par des dispositions dont certaines ont pour objet de garantir à toutes les entreprises qui souhaitent concourir pour obtenir les prestations proposées, le libre accès et l'égalité des candidats (supra 1.1).

Si à l'occasion du processus de dévolution, une de ces dispositions se trouve contrariée par l'une des personnes responsables de sa mise en œuvre, le manquement commis aura pour conséquence directe de créer entre les candidats potentiels ou déclarés, une distorsion par restriction de l'ouverture à la concurrence ou par rupture de l'égalité de traitement.

L'effet en quelque sorte « mécanique » de cette distorsion sera de procurer à certains candidats, au détriment des autres, un avantage. Il doit être observé que l'avantage sera nécessairement injustifié puisqu'il résulte d'une application irrégulière de la règle de droit.

On en déduit que dès lors que l'acheteur public commet dans l'occurrence de l'article 432-14 du code pénal une irrégularité, un ou plusieurs candidats, potentiels ou déclarés, seront « ipso facto » avantagés.

3 - L'avantage injustifié va avoir des formes aussi diverses que les irrégularités susceptibles de le générer. Il va, à des degrés différents, aider un candidat dans la compétition qu'il livre pour l'obtention du marché, par exemple par l'octroi d'une information privilégiée ou en l'autorisant à déposer son dossier après le délai fixé pour le dépôt des offres. Mais rien ne permet de dire que ces avantages constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal le rendront attributaire du marché même s'ils y tendent, plus ou moins fortement selon les cas.

Il est cependant des hypothèses, et c'est objectivement plus grave, où l'avantage va être l'attribution directe du marché à son bénéficiaire. Il en a été ainsi dans l'espèce qui a fait l'objet de l'arrêt du 2 avril 1998. L'irrégularité dont cet avantage est issu est également d'une particulière gravité. Elle a consisté, non comme c'est souvent le cas, en un manquement commis dans le cours d'une procédure de dévolution de marché, mais en une absence totale de toute mise en concurrence.

Ce type de situation est aussi grave que rare, car elle ne peut aboutir. Jamais un comptable public ne paiera un tel « marché ». C'est d'ailleurs pour cela que dans l'espèce discutée, la collectivité a dû procéder à un « habillage juridique » en passant un marché fictif, dit « marché de régularisation » qui est venu ajouter un faux au favoritisme.

On voit mal comment dans ces conditions la Cour de cassation aurait pu avoir la moindre hésitation dans la décision qu'elle a prise. Quant à la réserve faite « sauf à mieux d'en expliquer », elle paraît être plus de forme que de fond.

3 - Le délit de favoritisme et le nouveau code des marchés publics
[Contrats et marchés publics
Éditions du Juris-classeur n° 5, mai 2001]

La sécurisation de l'acheteur public a été omniprésente dans la réforme du code des marchés publics. Elle a eu pour objet d'éviter à celui qui participe à la passation d'un marché de se trouver en infraction par le fait d'une réglementation obscure et complexe, qu'il n'a pas su appliquer. Elle a aussi consisté à réduire les exigences de cette réglementation, au détriment cependant de l'ordre public, économique et financier. Pour autant, la consécration par le nouveau code de principes généraux du droit applicables à l'ensemble des marchés et leur extension aux achats sur simples factures, rééquilibre de façon satisfaisante la protection contre les risques de favoritisme. La personne publique qui passe des marchés devra respecter les règles de liberté d'accès et d'égalité issues de ces principes qui s'imposent désormais à l'ensemble du droit de la commande publique, en application de l'article 1^{er} du code. Toute atteinte à ces règles est susceptible de conduire leurs auteurs à être sanctionnés au titre du délit de l'article 432-14 du code pénal¹, avec des exigences plus ou moins grandes selon que l'on se trouve en présence de marchés sans mise en concurrence [1] ou de marchés avec mise en concurrence [2].

1 - La sanction pénale des manquements à la réglementation des marchés sans mise en concurrence

Les marchés qui n'exigent préalablement à leur attribution aucune mise en concurrence se répartissent en deux catégories : les marchés sans formalités préalables ou qui ne sont soumis pour leur passation qu'à certaines modalités particulières (articles 28 à 31) et ceux classés dans la catégorie des marchés négociés sans publicité préalable, ni mise en concurrence (article 35-III).

En l'absence dans ces procédures de toute règle ayant pour objet de garantir une mise en concurrence formelle, le délit de favoritisme sanctionnera « les manquements directs » à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, sur le fondement de l'article 1^{er} du nouveau code (1-1). Le délit de favoritisme sanctionnera, par ailleurs, l'utilisation irrégulière des procédures sans mise en concurrence (1-2).

1 - 1 Dans les procédures sans mise en concurrence, le délit de favoritisme sanctionne les "manquements directs" à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics

Cette situation n'est pas nouvelle. Elle est consécutive à l'évolution qui a eu lieu depuis la création du délit de favoritisme. Dans un premier temps l'infraction n'était susceptible de sanctionner que les seuls manquements à des dispositions particulières du code, qui avaient pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés (1-1-1). Puis le décret du 15 décembre 1992 a introduit dans le code des marchés publics, le droit pour tout fournisseur ou entrepreneur d'accéder librement aux marchés et le traitement égalitaire des candidats. Ces règles qui avaient pour objet de garantir "directement" le principe de liberté d'accès et d'égalité applicable à l'ensemble des procédures de marchés en dehors de toute violation de règles particulières, de forme ou de procédure, ne s'appliquaient cependant pas aux achats sur factures qui en étaient expressément exclus par les articles 123 et 321 du code des marchés publics (1-1-2). Le nouveau code en consacrant leur portée générale, les a par là même rendues applicables aux marchés sans formalités préalables (1-1-3). Cette situation permet de faire désormais sanctionner par le délit de favoritisme, les manquements commis à l'occasion de la passation de marchés sans mise en concurrence. (1-1-4)

1-1-1 Le délit de favoritisme en tant que sanction de règles particulières

À l'origine, le code des marchés publics était pour l'essentiel une compilation de dispositions particulières de forme et de procédures, ayant pour objet de réglementer les conditions dans lesquelles les personnes publiques pouvaient passer des marchés ou conclure ce que l'on appelait alors des achats sur simples factures. Si aucune règle écrite de portée générale n'indiquait l'esprit dans lequel cette réglementation devait s'appliquer, le juge administratif ne manquait pas de rappeler à travers ses décisions, que cette matière était gouvernée par deux principes généraux du droit, celui relatif à la liberté d'accès issu de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'égalité. Pour autant, l'article 432-14 du code pénal qui nécessite pour pouvoir s'appliquer que le manquement soit contraire à "une disposition législative ou réglementaire", ne pouvait par cela même, sanctionner une atteinte à des principes généraux du droit qui ne disposaient pas du support juridique exigé. Il en résultait que, seuls les manquements aux dispositions particulières contenues dans le code étaient susceptibles de constituer le délit de favoritisme.

1-1-2 La survenue de règles de portée générale pour garantir "directement" le principe de liberté d'accès et d'égalité

L'article 26 du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992, a introduit à l'article 47 de l'ancien code, deux règles de fond qui sont venues s'ajouter aux autres règles du code avec pour vocation à raison de leur portée générale, de les compléter : "les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics" ; "ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres". Depuis lors, tout manquement à ces règles est susceptible de constituer le délit de favoritisme, leur objet étant bien de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés contenu dans l'article 432-14 du code pénal.

1-1-3 La consécration des règles de portée générale pour garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité

Le nouveau code consacre et complète ce mécanisme. Il a maintenu les règles contenues à l'article 47, en les étendant et en généralisant leur portée. Après avoir précisé que tous les contrats à titre onéreux passés par les personnes publiques soumis au nouveau code sont des marchés, ce qui inclut les marchés sans formalités préalables, l'article 1^{er} poursuit : "les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures". On note que pour l'ancien article 47 plus restrictif, les fournisseurs et entrepreneurs qui pouvaient se porter librement candidats aux marchés bénéficiaient d'une égalité de traitement seulement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres.

Le nouveau code soumet donc l'ensemble des achats, y compris ceux sur simples factures, désormais appelés marchés sans formalités préalables, aux règles de fond mentionnées à l'article 1^{er} du nouveau code. L'esprit est donc différent. Nous ne sommes plus en présence d'une réglementation, mais d'un droit des marchés, avec des règles de portée générale qui gouvernent l'ensemble des dispositions qui régissent la passation des marchés et qui vont compléter l'ensemble de celles relatives à l'achat public et les éclairer. Ainsi la distinction qu'il conviendra d'opérer pour l'étude du délit de favoritisme ne sera pas seulement fonction de l'application ou non des formalités exigées par le code, mais du respect ou non du principe général de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats, à travers ces formalités ou directement.

1-1-4 L'application du délit de favoritisme aux marchés sans mise en concurrence

D'autres règles du code de portée générale, sont applicables à l'ensemble des marchés sans mise en concurrence. Elles sont contenues essentiellement au titre I^{er} "champ d'application et principes fondamentaux" et au titre II "dispositions générales". Elles contribuent dans une mesure plus ou moins grande au respect du principe de liberté d'accès et d'égalité. C'est le cas de règles également prescrites à l'article 1^{er} du code : efficacité de la commande publique, transparence des procédures, bonne utilisation des deniers publics. C'est le cas aussi des dispositions relatives à l'article 5, qui prescrit que les besoins à satisfaire doivent être déterminés avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence et que le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins. L'article 6 est également une disposition de portée générale applicable à tous les marchés : les prestations doivent être définies par rapport à des normes (...), sauf pour les marchés sans formalités préalables des articles 28, 29 et 31. L'article 15 relatif à la durée qui prévoit "la nécessité d'une remise en concurrence périodique". Les dispositions des articles 43 à 45 relatives aux conditions d'accès et d'exclusion de la commande publique, s'appliquent aussi à tous les marchés. Incluses au chapitre III "règles générales de passation" du titre III, elles imposent aux entreprises qui accèdent aux marchés publics d'être en règle au regard de leurs obligations fiscales et sociales et que les personnes admises à concourir ne soient pas en état de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle.

¹ L'article 432-14 du code pénal dispose : "Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende 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".

On peut ainsi considérer que dans les marchés sans mise en concurrence, après avoir déterminé son besoin par application de l'article 5 du code et les prestations qui y correspondent, la personne responsable du marché procèdera, de façon informelle pour les marchés sans formalités préalables ou dans le cadre de l'article 67 pour les marchés négociés passés sans publicité ni mise en concurrence, à un nombre minimum de vérifications auprès du ou des fournisseurs ou prestataires avec qui elle entend contracter, afin de connaître leur qualité, leur capacité, la possibilité qu'ils auront de satisfaire à la demande, les prix pratiqués. On peut encore considérer que la personne responsable du marché, dans un souci d'efficacité de la commande publique et pour assurer une bonne utilisation des deniers publics qui s'imposent à elle par application de l'article 1^{er} du code, confrontera les caractéristiques et les prix de quelques produits après avoir sollicité diverses entreprises, ne serait-ce que pour connaître l'état du marché et pour pouvoir procéder ensuite à un minimum de négociations comme n'importe quel acheteur public ou privé. Enfin, sur ce même fondement de l'article 1^{er} et au nom du principe d'égalité, la personne responsable du marché devra passer commande à celui qui aura fait la meilleure proposition, compte tenu de son besoin ou, dans d'autres cas, après avoir vérifié le caractère exclusif de la prestation ou des fournitures.

Si la réglementation des marchés autorise des marchés, "sans formalités préalables" ou "sans publicité ni mise en concurrence", elle ne dispense pas l'acheteur de l'application du droit commun et ne lui permet donc pas de décider arbitrairement de l'utilisation des fonds publics. Un marché sans mise en concurrence n'est pas un marché sans droit.

S'il en était autrement, c'est-à-dire si un acheteur soutenait pouvoir passer commande dans le cadre des marchés sans mise en concurrence, sans procéder à une étude même des plus sommaires ou s'il soutenait pouvoir procéder à ses achats en se laissant guider par le "hasard" ou en prenant toujours le même fournisseur ou entrepreneur quels que soient le prix et la qualité de ses produits, il y aurait lieu de s'interroger sur une telle gestion pratiquée par une autorité qui a en charge les deniers publics et sur l'existence d'actes de favoritisme pris dans tous les sens de ce concept :

- Sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal : en attribuant des prestations à une entreprise déterminée en violation de ces règles, l'acheteur a bien "procuré à autrui un avantage injustifié, par un acte contraire à une disposition législative ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés" à savoir l'article 1^{er}.

- Sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal : lorsque le favoritisme résulte d'une atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité qui pourrait s'expliquer par un choix subjectif, il faudra rechercher si ces anomalies dans l'attribution du marché, ne sont pas en relation avec un "intérêt quelconque" qui peut être personnel, familial, relationnel...., pris "directement ou indirectement" dans l'opération concernée par l'acheteur public, qui pourrait se trouver sanctionné au titre d'une prise illégale d'intérêts.

Afin d'éviter toute contestation ultérieure, on ne peut que suggérer aux acheteurs d'être en mesure de justifier du respect des obligations de fond qui s'imposent à eux. Ils peuvent à cette fin conserver les devis qu'ils ont pu solliciter auprès de fournisseurs ou d'entrepreneurs et les renseignements obtenus à l'occasion de la recherche de produits ou de prestations, par exemple quant à leur prix, leur qualité ou, le cas échéant, le caractère exclusif de la prestation. Cette recommandation figure d'ailleurs depuis longtemps dans l'instruction édictée par la Commission centrale des marchés, "la passation de telles commandes qui répond au souci de faciliter les achats de faible montant, ne dispense pas de faire jouer la concurrence ; celle-ci doit être mise en œuvre "sans formalisme", afin de sauvegarder les intérêts de la collectivité publique (...)"²

1-2 Le délit de favoritisme sanctionne l'utilisation irrégulière des procédures passées sans mise en concurrence

Les dispositions qui régissent les marchés sans mise en concurrence dérogent au principe posé par l'article 26 du code qui prévoit que les marchés sont passés selon la procédure de l'appel d'offres, qui est la procédure de droit commun des marchés publics. L'utilisation de ces procédures dérogatoires doit être justifiée par la personne responsable du marché selon les conditions qui les autorisent. Le non-respect de ces conditions qui s'imposent à l'acheteur pour leur application, est sanctionné par l'article 432-14 du code pénal.

1-2-1 - Dans les procédures des marchés "sans formalités préalables"

1-2-1-1 En raison de leur montant

C'est le seuil de 90 000 € HT [706 000 F TTC] qui fixe la limite au-dessus de laquelle un marché avec formalisme est obligatoire (article 28). Ces marchés "sans formalités préalables" sont les plus nombreux et les plus connus. Ils sont régis par l'article 28 du nouveau code : "les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables lorsque le seuil de 90 000 € HT n'est pas dépassé". Auparavant, on les appelait "achats sur factures" ou "commandes hors marché"³. Le seuil limite était de 180 000 F TTC, jusqu'au décret 90-553 du 3 juillet 1990 qui l'a fixé à 300 000 F TTC. Le nouveau code l'a élevé à 90 000 € HT [706 000 F TTC environ]. Cette élévation du seuil de plus de 135 % en 10 ans en faveur de l'extension d'une procédure d'exception qui permet d'attribuer des prestations sans aucune transparence, ni mise en concurrence, s'explique par le fait que ces contrats sont particulièrement appréciés par les personnes publiques qui peuvent ainsi procéder à des achats en dehors de toute contrainte procédurale. Le corollaire est qu'ils constituent l'un des terrains de prédilection de la fraude dans les marchés. On sait combien ces prestations, attribuées sans aucune garantie propre à assurer la régularité de leur dévolution, ont été à l'origine des pratiques corruptrices qui ont illustré "les affaires", en particulier par le biais de l'octroi d'études dont l'utilité du besoin et la réalité de leur exécution ont souvent été très difficiles à vérifier, même dans le cadre d'une instance pénale.

Outre qu'il permet d'attribuer des prestations fictives, c'est-à-dire des financements frauduleux, le recours à ce type de marchés sans formalités préalables a souvent eu lieu pour s'affranchir des dispositions contraignantes qui s'imposent à l'acheteur public, en fractionnant des opérations afin de "déclasser" la procédure, compte tenu du montant estimé. L'acheteur peu scrupuleux passe ainsi plusieurs « achats sur simple facture » ou « marchés sans formalités préalables » pour éviter les procédures de mise en concurrence et attribuer le marché au fournisseur de son choix. C'est la pratique du fractionnement que l'on connaît en terme trivial sous le nom de "saucissonnage". Pour y mettre un terme, l'article 28 du nouveau code prévoit pour les marchés sans formalités préalables que "le seuil de 90 000 € HT" sera apprécié selon les règles fixées à l'article 27, qui sont applicables à tous les marchés dont la procédure est déterminée par un seuil. Le principe est que le calcul se fera pour l'ensemble d'une opération, quelle que soit sa durée, en tenant compte des entreprises bénéficiaires. Un régime particulier a été prévu pour les fournitures et services récurrents. Si les besoins de la personne publique donnent lieu à des livraisons récurrentes de fournitures homogènes ou à des réalisations récurrentes de prestations homogènes concourant à une même opération, les fournitures ou prestations prises en compte pour apprécier le seuil, seront celles correspondant au besoin d'une année. On ne comprend pas la logique de cette distinction fondée sur l'exécution du besoin, alors que c'est le besoin tel que défini à l'article 5 du code qui nous paraît apte à permettre l'évaluation du montant du marché et donc la procédure applicable. Ces dispositions particulières aux fournitures et services récurrents risquent selon nous de favoriser le fractionnement et de faire "tomber" nombre d'opérations, dans les marchés sans mise en concurrence.

Remarque : dans l'hypothèse où une personne publique n'a pas décidé d'utiliser une procédure sans formalisme, alors qu'elle en avait la possibilité, se situant par exemple au-dessous du seuil de 90 000 € HT, elle se trouvera tenue par l'un des cadres juridiques de l'article 26 qu'elle aura choisi. Ce texte dispose que "les marchés sont passés sur appel d'offres". Ce principe est général et doit s'appliquer sauf volonté contraire au moins tacite. Le texte poursuit : "toutefois ils peuvent aussi être passés sans formalités préalables"... Ainsi si elle n'utilise pas une des procédures dérogatoires, la personne publique doit être considérée comme étant demeurée dans la procédure de droit commun applicable par principe, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés et dont les manquements sont constitutifs du délit de favoritisme.

1-2-1-2 En raison de leur nature

À côté des achats de denrées alimentaires périssables de moins en moins utilisées, se trouvent désormais les marchés de services passés sans formalités préalables. Ils sont une création du nouveau code dont on ne mesure pas encore très bien l'importance et les risques qu'ils peuvent entraîner quant aux pratiques corruptrices.

Il s'agit des services dont l'objet peut être juridique, social, sanitaire, récréatif, culturel, sportif, d'éducation, de qualification et insertion professionnelles, avec pour

² Instruction pour l'application du code des marchés publics – Commission centrale des marchés. JORF (sous l'article 321)

³ Code des marchés publics commentés et annotés par F. Llorens et P. Soler-Couteaux Litec 1999 sous l'article 123

seules obligations de définir les prestations par rapport à des normes et l'envoi d'un avis d'attribution. Sous réserve du décret en fixant la liste exhaustive, le domaine qui va être concerné par ce régime est a priori particulièrement vaste. Ces marchés seront de la même façon que ceux "sans formalités préalables en raison de leur montant", recherchés par les acheteurs publics pour la facilité avec laquelle ils pourront les octroyer. Sans publicité, ni transparence, ni mise en concurrence, ni limitation de montant et selon un choix qui, en l'absence de toute exigence de procédure ou de forme, pourrait être effectué dans des conditions totalement arbitraires. Le risque est grand de voir fleurir des marchés captifs. S'agissant de prestations essentiellement immatérielles, il sera difficile d'en apprécier l'importance, le besoin, la nature réelle et de vérifier la réalité de leur exécution. On peut craindre que cette catégorie de "marchés sans formalités préalables" soit utilisée par des acheteurs peu scrupuleux, pour s'assurer des financements irréguliers tels emplois fictifs ou enrichissements personnels. La dévolution de ces services a par le passé entraîné des abus des collectivités publiques qui pour s'affranchir de l'obligation de mise en concurrence attribuaient ce type de prestations à des associations parfois créées pour les besoins de la cause. Ces pratiques désormais « régularisées » ont été régulièrement mises en évidence dans le rapport public de la Cour des Comptes (rapport public 1999).

1-2-2 Dans les procédures des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence

À côté des marchés sans publicité ni mise en concurrence de l'article 104-II de l'ancien code, le nouveau code a développé les marchés de reconduction et les marchés complémentaires (article 35-III 2° et 1°). Ils permettent d'attribuer au titulaire d'un premier marché, de nouveaux marchés sans mise en concurrence. Les conditions posées pour leur application devront de la même manière et comme pour toute procédure dérogatoire à l'appel d'offres pouvoir être justifiées par l'acheteur qui les utilise. Ils présentent un risque de fraude d'autant plus important que c'est l'acheteur qui décide du choix de la procédure dérogatoire et qui apprécie les conditions de son application.

De la même façon que, pour les marchés sans formalités préalables, l'utilisation irrégulière de ces procédures en violation des textes qui les régissent est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal (1-2-2-1). Par ailleurs, leur complexité particulière conduit à s'interroger sur la question de savoir si l'irrégularité commise par l'acheteur à raison même de cette difficulté, ne permet pas de l'exonérer de sa responsabilité pénale (1-2-2-2).

1.2.2.1- Des procédures qui se caractérisent par un risque d'utilisation frauduleuse (articles 35-III 1°, 2° et 4° du code)

A – Les marchés de l'article 104-II ont souvent été utilisés pour s'affranchir de toute mise en concurrence et favoriser ainsi des entreprises. L'article 35-III 4° du nouveau code qui recouvre les anciennes dispositions de l'article 104-II en y ajoutant "Les raisons artistiques", les définit comme suit : "marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité". Ces dispositions nous paraissent moins rigoureuses que celles de l'ancien texte qui prévoyait des conditions précises et restrictives, relatives à l'exécution exclusive du marché par une entreprise ⁴.

B - Les marchés de fournitures, services ou travaux complémentaires de l'article 35-III 1° permettent, sous certaines conditions, d'accorder au titulaire d'un marché qui a été passé après mise en concurrence, un marché complémentaire qui sera négocié avec la personne publique. Ces marchés étaient prévus dans l'ancien code à l'article 388 du livre V pour des fournitures, travaux ou services complémentaires à des marchés principaux, à partir des seuils européens, mais ils devaient être passés dans les conditions strictes de l'article 104-II 2°.

- Les marchés de fournitures complémentaires (article 35-III 1° a) : l'octroi d'un marché complémentaire, attribué au titulaire du marché initial peut avoir lieu pour assurer le renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit un complément de fournitures ou l'extension d'installations existantes, à condition qu'il y ait *incompatibilité* avec les autres matériels ou si un matériel différent entraînait des *difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives*.

- Les marchés de travaux ou de services complémentaires (article 35-III 1°b) : l'octroi d'un marché complémentaire, attribué au titulaire du marché initial passé après mise en concurrence, qui exécute un service ou un ouvrage, peut avoir lieu si les services ou travaux complémentaires, sont devenus nécessaires à leur exécution, à la suite d'une circonstance imprévue à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage, à condition que ces services ou travaux complémentaires ne puissent être techniquement ou économiquement séparés, sans inconvénient majeur pour la personne publique, du marché principal.

La tentation sera grande pour l'acheteur qui veut favoriser un entrepreneur, de décider que l'on se trouve dans les conditions de ces dispositions et d'octroyer des fournitures, des travaux ou des services en éludant l'obligation de mise en concurrence.

C - Des marchés de services ou de travaux peuvent, sous certaines conditions, être attribués, en la forme négociée, au titulaire d'un précédent marché. L'article 35-III 2° réintroduit ainsi dans le code des marchés publics, les marchés de reconduction, qui en avaient été écartés depuis le 18 décembre 1993. Compte tenu de ce qu'ils permettaient de s'affranchir de l'obligation de mise en concurrence, cette procédure a été utilisée de façon abusive alors que les conditions posées pour autoriser sa mise en œuvre n'étaient pas remplies. C'est ce qui a expliqué sa suppression ⁵.

L'intérêt et la justification de cette procédure était pour l'acheteur d'obtenir de la même entreprise des marchés à de meilleures conditions, à raison des progrès de productivité résultant de la répétition d'ouvrages ou de prestations identiques. Or cette condition essentielle n'est plus exigée, comme ne l'est plus le caractère exclusif que doit avoir l'entreprise bénéficiaire pour exécuter le marché. L'absence de ces deux conditions doit conduire à s'interroger sur l'utilité de la réintroduction dans le code d'une telle procédure, dérogatoire au principe de mise en concurrence, alors même que rien ne permet d'exclure que d'autres entreprises pourraient satisfaire au besoin et même dans de meilleures conditions.

1.2.2.2 – Des procédures dont la complexité est susceptible d'entraîner l'application de l'article 432-14 du code pénal

La complexité des textes de l'article 35-III 1°, 2° et 4° rend leur interprétation délicate et fait prendre à leurs utilisateurs le risque de se trouver poursuivis sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal pour avoir accordé à tort de bonne ou de mauvaise foi un tel marché, sans publicité ni mise en concurrence.

L'acheteur qui appliquerait ces textes, sans pouvoir justifier des conditions de mise en œuvre de la procédure dérogatoire, et qui se trouverait poursuivi sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal, pourrait à notre sens difficilement invoquer l'erreur de droit prescrite à l'article 122-3 du même code ⁶, en soutenant que c'est "par une erreur sur le droit qu'il n'était pas en mesure d'éviter", qu'il a légitimement cru pouvoir accomplir l'acte reproché, alors que par hypothèse c'est volontairement et après avoir procédé aux vérifications qui s'imposaient, qu'il a décidé de déroger au principe de la procédure d'appel d'offres prescrit à l'article 26 du nouveau code.

La MIEM a considéré, sous réserve des cas d'urgence et de la préservation des domaines couverts par un secret, que l'unique moyen pour savoir si une entreprise est la seule du marché en mesure d'assurer une prestation, sera de lancer un avis d'appel public à la concurrence ⁷. L'acheteur même le mieux informé et de la meilleure foi, peut ne pas connaître la capacité technique de toutes les entreprises d'un secteur déterminé.

2- La sanction pénale des manquements à la réglementation des marchés avec mise en concurrence

Le nouveau code prévoit cinq catégories de procédures avec mise en concurrence. Il s'agit des procédures d'appel d'offres, de mise en concurrence simplifiée, des marchés négociés après mise en concurrence, du concours et de la maîtrise d'œuvre.

⁴ CJCE, 3 mai 1994, Commission c/ Espagne, aff. C-328/92 : D.1994, Inf. rap., p ; 146

⁵ - Marchés publics n° 272, mars 1993 doctrine p.6

- Instruction pour l'application du code des marchés publics n° 2010, p.338 et n° 2000, p.312

⁶ Crim. 10 avril 1997 : Bull. crim. N° 140 ; Dr pénal 1997. 115, 045. J.-H. Robert) et dès lors que la portée des textes applicables pouvait faire l'objet d'une consultation auprès d'une administration (crim. 5 mars 1997 : bull. crim. n° 84)

⁷ Deuxième rapport d'activité de la MIEM, année 1994 volume II p ; 61

Le délit de l'article 432-14 du code pénal est constitué lorsque deux éléments essentiels sont réunis : l'existence d'une disposition législative ou réglementaire, protectrice du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés (2-1) et une atteinte à ces dispositions (2-2).

2-1 Les dispositions législatives ou réglementaires constitutives du délit de favoritisme

Le délit de l'article 432-14 du code pénal est constitué, dès lors qu'il y a violation d'un texte d'ordre législatif ou réglementaire qui a pour objet de garantir la liberté d'accès ou l'égalité des candidats aux marchés et que cette violation procure à autrui, un avantage injustifié^{8 9 10 11}

Dans les marchés avec mise en concurrence, les manquements constitutifs du délit, vont résulter en premier lieu du non-respect des dispositions particulières qui les réglementent et dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés. (2-1-1). L'introduction dans le code des marchés publics de dispositions générales ayant le même objet a permis d'élargir le champ d'application du délit (2-1-2).

2-1-1 Jusqu'au décret du 15 décembre 1992, seules des atteintes à des formalités ou à des procédures particulières, contenues dans des dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés, étaient susceptibles de tomber sous le coup du délit de favoritisme (supra 1-1-1). Cette situation n'était cependant pas satisfaisante. Une première difficulté a été de savoir quelles étaient les dispositions du code dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. Aucun texte ne le mentionne et il n'existe pas de liste de ces dispositions. De plus et surtout le risque pénal encouru par les acheteurs publics, élus ou fonctionnaires, ne correspondait pas véritablement à l'esprit de la loi, qui est de sanctionner les atteintes au libre accès et à l'égalité de traitement des candidats aux marchés que ces atteintes soient révélées par des manquements à des dispositions particulières ou générales de forme ou de fond.

- On constate ainsi que la violation de certaines règles du code qui n'ont pas par elles-mêmes pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats aux marchés, sont parfois susceptibles de procurer à autrui un avantage injustifié. Il en est par exemple ainsi, lorsque la personne responsable du marché décide de recourir à la procédure négociée en cas d'appel d'offres infructueux, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas été obtenu d'offres acceptables au vu de l'estimation du prix ou des prestations proposées (article 35-1 1°). Cette disposition n'a pas en soi pour objet de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité dont la violation est exigée par l'article 432-14 du code pénal. Elle permet simplement à l'acheteur d'obtenir par la négociation, que l'opération puisse se réaliser dans des conditions qui soient conformes à sa demande. Or l'utilisation irrégulière de ce texte a souvent été un moyen de fraude. Il permet d'obtenir que soit désigné, par la voie du marché négocié, sans les entraves de la procédure d'appel d'offres, un candidat que l'on souhaite favoriser. Ainsi, l'acheteur qui désigne de cette façon un candidat, a bien porté une atteinte au principe de liberté d'accès et d'égalité, constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal. Cependant, comme la disposition qu'il aura détournée n'a pas pour objet de garantir le principe posé, la conséquence est que son auteur ne pourra pas être sanctionné pour favoritisme au titre de la violation du texte relatif à l'appel d'offres infructueux.

- Dans d'autres cas, certains actes sont susceptibles de procurer à des candidats au marché un avantage injustifié alors même qu'aucun texte n'en prohibe expressément la pratique.

C'est l'exemple d'un candidat qui bénéficie de la part de l'acheteur public "*d'informations privilégiées*", lui permettant de proposer l'offre la plus conforme possible au projet. Le code des marchés publics n'a pas prévu cette situation. Il n'existe pas de texte particulier qui l'interdise. On ne pourra donc pas, en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire contrariée, exigée par l'article 432-14 du code pénal, sanctionner son auteur. On est pourtant bien ici encore dans un cas de favoritisme, l'acheteur public ayant procuré à un candidat au marché un avantage injustifié.

- Un autre exemple est constitué par la mise en œuvre abusive de règles du code, qui permettent de déroger au principe de liberté d'accès et d'égalité, et qui sont utilisées pour procurer à autrui un avantage injustifié.

C'est le cas lorsqu'un acheteur qui dispose du droit de ne publier un marché que dans un journal d'annonces légales, (article 40-II) choisit une publication d'une capacité de diffusion très restreinte ou/et dont la nature n'est manifestement pas adaptée au marché qu'il envisage de passer et ce dans le dessein de favoriser une entreprise ou une catégorie d'entreprises qui elles seront informées, du marché.

Ces trois exemples montrent que pour avoir une certaine cohérence par rapport à l'objectif du délit de l'article 432-14 du code pénal, on ne peut pas s'en tenir à sanctionner les seuls manquements à certaines formalités particulières qui ont pour objet de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité, alors que comme on vient de le voir, des textes qui n'ont pas cet objet permettent de le violer dans des conditions bien plus redoutables, que l'on peut aboutir à ce résultat en l'absence de tout texte, voire même en présence de dispositions qui autorisent à déroger au principe que le délit de l'article 432-14 est censé garantir.

2-1-2 L'évolution depuis le décret du 15 décembre 1992

L'évolution qui est intervenue en la matière avec le décret du 15 décembre 1992 (ancien article 47 du code des marchés publics) -et désormais avec l'article 1^{er} du nouveau code- a eu pour effet d'introduire dans le code des marchés publics formellement et en quelque sorte "*directement*" la règle de liberté d'accès des candidats aux marchés et celle d'égalité de traitement des candidats (supra 1-1). Ces règles auxquelles le nouveau code a donné une portée générale vont, dans les marchés soumis à une procédure de mise en concurrence, éclaircir mais surtout compléter les dispositions du code qui à travers les formalités et règles de procédure qu'elles prescrivent, imposent le principe de liberté d'accès et d'égalité.

En effet, les règles contenues à l'article 47 de l'ancien code et aujourd'hui à l'article 1^{er} remplissent toutes les conditions posées par l'article 432-14 du code pénal. Ce sont des dispositions réglementaires, qui ont indiscutablement pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés, les manquements commis à leur endroit sont susceptibles de procurer à autrui un avantage injustifié (attribution d'un marché, information privilégiée, publicité restreinte...).

Ainsi, dans l'exemple de la déclaration d'appel d'offres infructueux irrégulière, c'est en réalité la violation de la règle de l'article 47 de l'ancien code, qui prévoit que les entrepreneurs ou fournisseurs bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres -et désormais de l'article 1^{er} du nouveau code qui affirme que les marchés publics sont régis par le principe d'égalité de traitement des candidats- qui a procuré au bénéficiaire du marché, octroyé irrégulièrement, un avantage injustifié. C'est en effet la négociation inégalitaire qui a succédé à la déclaration d'appel d'offres infructueux qui constitue le manquement source du délit. De même dans l'exemple de l'information privilégiée, qui a permis à un candidat d'obtenir irrégulièrement un marché, aucune règle particulière ne venant en prohiber la pratique, ce sera aussi la violation de la règle de l'article 1^{er} du code qui prévoit l'égalité de traitement des candidats, qui sera constitutive du délit. C'est aussi sur ce même fondement que sera sanctionné un acheteur public qui abuse du droit qui lui est accordé par le code de limiter la liberté d'accès ou l'égalité de traitement des candidats dans certaines hypothèses, en choisissant une publication inadaptée, qui compte tenu de l'importance ou de la nature du marché conduira à restreindre toute concurrence, voire à la rendre illusoire.

Dans les marchés précédés d'une mise en concurrence formelle, les règles de l'article 47 de l'ancien code et désormais de l'article 1^{er}, viennent suppléer et compléter le dispositif de protection du principe de liberté d'accès et d'égalité. Ainsi tout acte qui procure à autrui un avantage injustifié par violation de l'article 1^{er} du code qui exige le respect du principe de liberté d'accès et d'égalité dans les marchés, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. On ne peut donc plus

⁸ Ch. crim. Cour de Cassation 2 avril 1998 Gazette du palais 25-26 février 2000, "*les juges du second degré, après avoir relevé qu'il a été procédé à des marchés de régularisation par des procédures dont il n'est aucunement contesté le caractère fictif de la mise en concurrence des entreprises, des rapports de dépouillement et des délibérations relatives à ces procédures, énoncent toutefois qu'il n'est pas démontré, eu égard aux circonstances de l'espèce et notamment de l'absence de toute concurrence réelle de la part des entreprises ayant participé à la négociation, que les procédures litigieuses aient procuré un avantage injustifié à l'entreprise Mo. ; que les juges ajoutent qu'il ne résulte pas plus de ces circonstances l'intention pour Jean-Louis B. de violer les dispositions réglementaires applicables.*

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, tout en relevant par ailleurs qu'un marché de régularisation contrevient, de par sa nature, aux dispositions d'ordre public du code des marchés publics, la Cour d'Appel qui ne pouvait, sans se contredire ou mieux s'en expliquer, énoncer que les prévenus n'avaient pas commis le délit prévu par l'article 432-14 du code pénal, a privé sa décision de base légale".

⁹ Gazette du Palais 12-14 mars 1995, p. 4, § 3

¹⁰ Chambre criminelle de la Cour de cassation. Arrêt du 15 septembre 1999
JCP la Semaine juridique, édition générale 7 juin 2000 n° 23 p.1072

¹¹ Tribunal de grande instance de Strasbourg, 14 janvier 1996 la Revue de l'achat public marchés publics n° 4, 95-96 p.18 à 22

soutenir que le délit de favoritisme sanctionne des manquements à de simples formalités. L'atteinte à une disposition législative ou réglementaire est sanctionnée, en tant que cette disposition garantit un principe général du droit, dont la violation est source de pratiques corruptrices. On voit toute l'importance de l'article 47 de l'ancien code des marchés publics et aujourd'hui plus encore de l'article 1^{er} du nouveau code. Notons enfin que la seule différence qu'il y aura entre des textes prévoyant des formalités particulières pour garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats et le texte général de l'article 1^{er}, c'est que dans le premier cas, la violation du texte fait présumer l'avantage injustifié, dans le second cas il faudra l'établir.

2-2 Les manquements aux dispositions législatives ou réglementaires constitutifs du délit de favoritisme

Toute atteinte à des dispositions particulières ou générales commises à un stade quelconque des procédures de marchés, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal. Seules certaines d'entre elles, seront examinées.

2-2-1 Les atteintes aux règles relatives à la publicité des procédures de mise en concurrence

C'est un truisme que d'affirmer l'importance de la publicité pour les procédures de mise en concurrence. L'obligation d'ouverture à la concurrence par la publicité résulte des règles générales posées à l'article 1^{er} du code. La publicité a une triple fonction : porter à la connaissance des administrés un projet de dépense publique conformément à la règle de transparence, satisfaire au principe de liberté d'accès des candidats au marché, toute entreprise devant être mise en situation de pouvoir postuler à l'achat public proposé, assurer l'efficacité de l'achat envisagé, l'appel à la concurrence permettant de mettre en compétition le plus grand nombre d'entreprises et de comparer les différentes offres.

Dans cet esprit, la réglementation va prévoir, selon l'importance du marché et sauf exceptions, une publicité minimale qui s'impose à l'acheteur. Toute atteinte à ces dispositions est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Avec l'ancien code un avis d'appel public à la concurrence devait être publié dans une revue habilitée à recevoir des annonces légales pour les achats dont le montant estimé était supérieur à 300 000 F TTC et inférieur ou égal à 900 000 F TTC. Une publicité nationale devait être insérée au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), pour les achats dont le montant estimé dépassait ce dernier seuil. Un avis d'appel public à la concurrence devait être publié au journal officiel des communautés européennes (JOCE) pour des seuils variant de 130 000 € HT [1 019 881 F TTC]¹² à 5 000 000 € HT [39 226 229 F TTC]¹² selon la nature du marché et la collectivité qui le passe. Pour les achats sur simples factures qui étaient d'un montant égal ou inférieur à 300 000 F TTC, aucune publicité n'était exigée.

Le nouveau code tend à aligner la publicité nationale sur les seuils plafonds fixés par les directives européennes. Cette disposition conduit à élever dans une mesure importante les seuils soumis à une publicité nationale et donc à réduire de façon aussi importante le nombre des marchés qui en bénéficieront. Désormais jusqu'à 90 000 € HT, soit 706 000 F TTC,¹² aucune publicité n'est exigée. À l'exception des marchés passés sans formalités préalables et des négociés passés sans publicité, l'article 40-II du code prévoit que les avis d'appel public à la concurrence sont insérés au BOAMP ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. A partir d'un certain montant les marchés devront être publiés obligatoirement au BOAMP. Il s'agit des marchés dont le montant est supérieur à 130 000 € HT pour les marchés de travaux, de fournitures et de services de l'État, et à 200 000 € HT, pour les mêmes marchés des collectivités territoriales. Ces dispositions nouvelles ont pour effet pratique d'augmenter le nombre de marchés auxquels n'est pas imposée une publicité nationale et donc, compte tenu du statut des journaux d'annonces légales, qui ne sont pas tenus à une véritable transparence. Si en effet plusieurs de ces publications ont une diffusion qui leur permet de couvrir l'ensemble du territoire, il n'en est pas de même pour beaucoup d'autres. Ainsi, nombre de candidats potentiels aux marchés pourraient, selon le choix de la publication, se trouver de fait écartés par des acheteurs qui voudraient réduire la concurrence ou "localiser" un marché et qui auront par ce biais, la faculté de restreindre dans des proportions plus ou moins grandes la concurrence, voire dans certains cas, de la rendre inopérante. De tels manquements contraires à l'article 1^{er} du code, qui garantit la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés sont constitutifs du délit de favoritisme.

Pour les marchés de travaux de l'État et des collectivités territoriales la publication au JOCE ne sera exigée qu'au-delà de 5 000 000 € HT et pour les marchés de fournitures et de services la publication au JOCE se fera dans les mêmes conditions que la publication obligatoire au BOAMP (article 40-II et III).

2-2-2 Les atteintes aux règles relatives à l'agrément des candidatures dans les procédures de mise en concurrence

Le non-respect des règles d'agrément des candidatures est constitutif du délit de favoritisme et parfois même à l'origine de pratiques corruptrices. L'acheteur public qui voudrait évincer des entreprises susceptibles de l'emporter sur un candidat qu'il souhaite favoriser, pourra par exemple décider que ces dernières ne remplissent pas les conditions requises, quant aux capacités professionnelles ou au contraire retenir une entreprise qui n'aurait pas dû l'être, alors que sa candidature est irrecevable. On peut de la sorte "trier" relativement facilement les candidats. On a vu ainsi une entreprise qui avait justifié avoir carrelé la cour d'un grand musée parisien n'être pas agréée pour le pavage d'un trottoir. On a pu observer des pratiques consistant à solliciter des entreprises, qu'elles justifient de compétences techniques manifestement disproportionnées par rapport au travail à effectuer ou encore l'exigence de certaines capacités qui ne sont pas nécessaires pour l'exécution du marché mais dont l'entreprise favorisée est la seule à disposer.

Il convient de préciser que les dispositions contenues dans le code aux articles 43 à 46, n'ont pas en elles-mêmes pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés. Leur objet est de permettre à l'acheteur public de vérifier que l'entreprise qui souhaite postuler à un marché, dispose bien des qualités et capacités pour y procéder. Ce n'est donc pas la violation directe de ces règles, qui sera susceptible de faire sanctionner l'acheteur partial au titre de l'article 432-14, mais pour avoir porté atteinte à l'article 1^{er} du code qui garantit la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés et procuré ainsi à autrui un avantage injustifié, que ce soit par la mise en œuvre irrégulière des règles particulières qui régissent l'agrément des candidatures ou par atteinte directe au principe de liberté d'accès et d'égalité (supra 2-1-2).

2-2-3 Les atteintes aux règles relatives au dépôt des offres dans les procédures de mise en concurrence

Il faut que les candidats au marché disposent du temps nécessaire à l'élaboration de leur offre et qu'ils connaissent avec précision le délai qui leur est imparti à cette fin. Ce temps doit aussi être suffisant pour que les entreprises même modestes et ne disposant pas de moyens importants pour établir leur offre puissent accéder au marché, sans être lésées par un délai trop court.

Le non-respect des délais prévus par les textes pour permettre aux candidats de préparer leurs offres, ou la fixation volontaire d'un délai très bref pour déposer des offres, quand le code ne prévoit pas de délai minimum, dans le but de procurer à un ou plusieurs candidats un avantage injustifié est un acte constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal par violation des textes qui fixent ces délais ou de l'article 1^{er} du code qui garantit directement le principe de liberté d'accès et d'égalité.

2-2-3-1 Le dépôt des offres dans les procédures restreintes

Dans les procédures restreintes, les candidats retenus doivent, selon les articles 57-I alinéa 6 pour la procédure de mise en concurrence simplifiée, 63-I pour l'appel d'offres restreint et 67 alinéa 2 pour les procédures négociées, être informés *simultanément* de leur admission à présenter une offre, par une lettre de consultation qui mentionnera notamment la date limite de réception des offres. La lettre de consultation mentionnera également jusqu'à quelle date le cahier des charges pourra être demandé. Les candidats doivent également connaître le temps dont ils disposent pour préparer leur offre. Dans la procédure d'appel d'offres restreint, l'article 63-II prévoit que le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 40 jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation, qu'il peut être ramené à 21 jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT [39 MF TTC]¹² et à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.

Si le code a prévu en appel d'offres restreint d'imposer des délais minima pour fixer la date limite de dépôt des offres, il est demeuré muet pour les procédures de mise en concurrence simplifiée, de maîtrise d'œuvre, de concours restreint et négociées. On doit cependant considérer que conformément au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés contenu à l'article 1^{er} du code, la personne responsable du marché qui doit indiquer aux candidats le délai dont ils disposent, fixera ce délai selon la difficulté que peut présenter l'élaboration de l'offre ou de la prestation.

2-2-3-2 Le dépôt des offres dans les procédures ouvertes

¹² La conversion en francs ttc est donnée sur la base du taux normal de TVA à 19,6 % pour un euro à 6,55957

Alors que pour les procédures restreintes, le cahier des charges est demandé par les candidats après leur agrément, en appel d'offres ouvert, l'article 58-II alinéa 4 prévoit que les cahiers des charges permettant aux candidats d'élaborer leurs offres, doivent leur être envoyés par la personne responsable du marché dans les 6 jours qui suivent la réception de la demande pour les marchés de travaux ou de services et dans les 4 jours pour les marchés de fournitures. Cette différence de délai résulte de la "transcription" des directives. Le délai de réception des offres des procédures d'appel d'offres ouvert ne peut être inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi à la publication. L'article 58-II premier alinéa précise : "ce délai ne peut être réduit même pour des motifs d'urgence". La procédure du concours ouvert ne prévoit pas de délai de dépôt des prestations. Il devra être fixé par la personne responsable du marché, pour satisfaire au principe de liberté d'accès à la commande publique.

2-2-4 Les atteintes aux règles relatives au choix de l'attributaire du marché dans les procédures de mise en concurrence

2-2-4-1 Les conditions de fond pour procéder au choix

- Le choix irrégulier de l'attributaire du marché est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal lorsque les règles posées à l'article 53 du code n'auront pas été appliquées. C'est le cas lorsque les critères de choix annoncés n'auront pas été respectés, alors qu'ils s'imposaient par application de cet article qui garantit la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés ou parce qu'ils avaient été prévus volontairement, dans une procédure qui ne l'exigeait pas.

Nous considérons également que même en l'absence, dans certaines procédures, d'obligation de procéder au choix par des critères, c'est la proposition la plus avantageuse qui devra être retenue par l'acheteur. Le marché devra être attribué dans le respect de la règle de l'égalité de traitement des candidats posée à l'article 1^{er} du code, c'est-à-dire au candidat qui aura le mieux répondu au besoin et proposé les meilleures prestations au meilleur prix. Tout manquement à cette disposition est à notre sens constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Les procédures concernées sont celles relatives aux marchés négociés et bien évidemment ainsi qu'il a été dit, à celles sans formalités préalables. Pour la procédure de mise en concurrence simplifiée, il est prévu que la personne responsable du marché engage des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes (article 57-1 dernier alinéa). On peut en déduire que le choix "final" devra également porter sur le candidat ayant présenté l'offre la plus intéressante.

- Le problème particulier du METP fondé sur un critère irrégulier

L'article 53-II du nouveau code prescrit que pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse "la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché". Même si elle peut apparaître comme une évidence, la précision donnée de l'exigence de la relation entre les critères de choix et l'objet du marché méritait d'être soulignée. L'ancien code la mentionnait en affirmant que les critères supplémentaires devaient être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

La technique du METP a nié l'exigence de cette relation. Le METP qui était un marché comprenant la construction ou la rénovation de locaux avec leur entretien, incluant un plan de financement du projet, était dévolu à partir d'un critère irrégulier fondé au moins en partie sur les modalités de paiement de son prix et donc sans relation avec l'objet du marché. Cette irrégularité conduisait à une discrimination, seules les entreprises disposant d'une certaine surface financière pouvaient accéder au marché. Ce manquement contraire à l'article 53-II du code des marchés publics est par là même constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. C'est dire que c'est à juste titre, que le nouveau code, a pris des mesures pour empêcher ce type de pratique, par ailleurs non transparente pour les candidats et ruineuse pour les collectivités. L'article 10 du code interdit que la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage soient constituées en un seul lot. L'article 94 qui prohibe les paiements différés ne prévoit plus d'exception.

2-2-4-2 Les conditions de procédure relatives au choix

L'autorité chargée du choix constitue une garantie de la liberté d'accès et de l'égalité des candidats aux marchés publics. La Cour de Cassation a considéré¹⁰ que la formation irrégulière de la commission d'appel d'offres est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal. On doit par conséquent considérer que le choix effectué par une autorité qui garantira moins le principe de liberté d'accès et d'égalité que celle prévue par les textes, sera constitutif du délit de favoritisme.

**4 - Commentaire sur le nouveau code des marchés publics
et ses effets sur le délit de favoritisme
[Gazette du Palais 19 et 20 septembre 2001]**

Introduction

- 1 - Une volonté de clarification et de simplification
- 2 - Un objectif de sécurité juridique
- 3 - Une réforme limitée

I - Les marchés sans mise en concurrence

1 - Le domaine et le statut des marchés sans mise en concurrence

1-1 Le domaine des marchés sans mise en concurrence

1-1-1 Les marchés "sans formalités préalables" (articles 28 et 29) ou qui ne sont soumis pour leur passation qu'à certaines "modalités particulières" (articles 30 et 31)

1-1-1-1 Les marchés sans formalités préalables en raison de leur montant (article 28)

1-1-1-2 Les marchés sans formalités préalables en raison de leur nature : les achats de denrées alimentaires périssables (article 29)

1-1-1-3 Les marchés sans formalités préalables soumis à certaines "modalités particulières"

A - Les marchés de services passés sans formalités préalables (article 30)

B - Le 1 % "artistique" (article 31)

1-1-2 Les marchés négociés sans publicité préalable, ni mise en concurrence (article 35-III)

1-1-2-1 Les marchés négociés sans mise en concurrence préalable, de l'ancien article 104-II-1° et 2° (article 35-III 4°)

1-1-2-2 Les marchés de fournitures, services ou travaux complémentaires (article 35-III 1°)

1-1-2-3 Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la répétition des prestations (article 35-III 2°)

1-1-2-4 Les marchés de services faisant suite à un concours (article 35-III 3°)

1-2 Le statut des marchés sans mise en concurrence

1-2-1 Le statut général des marchés sans mise en concurrence

1-2-1-1 L'attribution des marchés sans mise en concurrence

1-2-1-2 La formalisation des marchés sans mise en concurrence

1-2-1-3 Le contrôle des marchés sans mise en concurrence

1-2-2 Le statut particulier des marchés sans mise en concurrence

1-2-2-1 Le statut particulier des marchés "sans formalités préalables"

A - Les marchés sans formalités préalables par leur montant

B - Les marchés de services passés sans formalités préalables

1-2-2-2 Le statut particulier des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence

2 - La sanction pénale des manquements à la réglementation des marchés sans mise en concurrence

2-1 Le délit de favoritisme sanctionne les "manquements directs" à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics

2-1-1 Le délit de favoritisme en tant que sanction de règles particulières

2-1-2 La survenue de règles de portée générale pour garantir "directement" le principe de liberté d'accès et d'égalité

2-1-3 La consécration de règles de portée générale pour garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité

2-1-4 L'application du délit de favoritisme aux marchés sans mise en concurrence

2-2 Le délit de favoritisme sanctionne les manquements aux procédures, qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés

2-2-1 Les procédures des marchés "sans formalités préalables"

2-2-1-1 Quant à leur montant

2-2-1-2 Quant à leur nature

A - Les achats de denrées alimentaires périssables

B - Les marchés de services

2-2-2 Les procédures des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence

A - Des procédures qui se caractérisent par leur complexité (articles 35-III 1°, 2° et 4° du code)

B - Les effets de la complexité des textes sur l'application de l'article 432-14 du code pénal

II - Les marchés avec mise en concurrence

1 - Le domaine et le statut des marchés avec mise en concurrence

1-1 Le domaine des marchés avec mise en concurrence

1-1-1 La procédure d'appel d'offres

1-1-2 La procédure de mise en concurrence simplifiée

1-1-3 Les marchés négociés avec mise en concurrence

1-1-3-1 Les marchés énoncés à l'article 35-I et 35-IV, passés "après publicité préalable"

1-1-3-2 Les marchés énoncés à l'article 35-II passés "sans publicité préalable"

1-1-4 L'appel d'offres sur performances

1-1-5 Le concours

1-1-6 La procédure de maîtrise d'œuvre

1-2 Le statut des marchés avec mise en concurrence

1-2-1 La publicité des procédures de mise en concurrence

1-2-1-1 L'ouverture à la concurrence par la publicité

1-2-1-2 La publicité du processus de décision

1-2-1-3 L'avis d'attribution

1-2-2 L'agrément des candidatures dans les procédures de mise en concurrence

1-2-2-1 Les conditions générales d'agrément des candidatures dans les procédures ouvertes et restreintes

1-2-2-2 Les conditions particulières d'agrément des candidatures dans les procédures ouvertes

A - L'appel d'offres ouvert

B - Le concours ouvert

1-2-2-3 Les conditions particulières d'agrément des candidatures dans les procédures restreintes

A - Les marchés négociés avec mise en concurrence

B - La procédure de mise en concurrence simplifiée

C - L'appel d'offres restreint et l'appel d'offres sur performances

D - Le concours restreint

E - La maîtrise d'œuvre limitée à l'examen des compétences, références et moyens

1-2-3 Le dépôt des offres dans les procédures de mise en concurrence

1-2-3-1 Le dépôt des offres dans les procédures ouvertes ou restreintes

A - Considérations générales

B - Les renseignements complémentaires

C - Les variantes

1-2-3-2 Le dépôt des offres dans les procédures restreintes

1-2-3-3 Le dépôt des offres dans les procédures ouvertes

1-2-4 Le choix de l'attributaire du marché dans les procédures de mise en concurrence

1-2-4-1 Les conditions de fond pour procéder au choix

A - Le choix par les critères

B - Le choix par la négociation

C - Le choix par les critères et par la discussion ou la négociation

1-2-4-2 *Les conditions de procédure relatives au choix*

A - L'autorité chargée du choix

B - La motivation du choix

C - Justification de la régularité de la procédure et du choix

2 – La sanction pénale des manquements à la réglementation des marchés avec mise en concurrence

2-1 Les dispositions législatives ou réglementaires dont les manquements sont constitutifs du délit de favoritisme

2-1-1 *Jusqu'au décret du 15 décembre 1992*

2-1-2 *L'évolution depuis le décret du 15 décembre 1992*

2-2 Les manquements commis aux dispositions législatives ou réglementaires constitutifs du délit de favoritisme

Conclusion

1 - Un assouplissement de la réglementation des marchés

1.1. L'extension du domaine des marchés non soumis à une procédure de mise en concurrence

1.2. Le domaine des marchés qui peuvent être accordés par une procédure négociée

1.3. L'extension du domaine des marchés soumis à une concurrence limitée

2 - Un recul de la lutte contre le favoritisme ou une nouvelle philosophie des marchés publics

2.1. Un recul de la lutte contre le favoritisme

2.2. Une nouvelle philosophie des marchés publics

Introduction

Depuis les révélations faites à la fin des années 1980, sur l'octroi frauduleux de prestations financées par des fonds publics, divers textes sont intervenus pour assainir l'achat public. L'objectif le plus marquant a été d'imposer, par la force de la loi pénale, la dévolution loyale des marchés, afin de faire obstacle aux pratiques corruptrices qui peuvent aller d'un simple favoritisme de "convivialité", jusqu'à la commission d'actes de corruption à des fins d'enrichissement personnel. La loi du 3 janvier 1991⁽¹⁾, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, a créé la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM)⁽²⁾ dont l'objet est d'enquêter, lorsqu'elle en est saisie, sur la régularité des marchés et des conventions de délégation de service public et de constater le délit de favoritisme⁽³⁾ issu de cette même loi. La loi du 29 janvier 1993, connue sous le nom de "loi Sapin"⁽⁴⁾, est ensuite venue réglementer la partie du domaine de l'achat public qui échappait à tout contrôle et a étendu la compétence de la MIEM et la portée du délit de favoritisme. Enfin et pour ne s'en tenir qu'aux textes principaux, la loi du 8 février 1995 issue de la "commission Seguin"⁽⁵⁾ a renforcé le dispositif général déjà mis en place par les précédentes lois.

Très vite cependant les acheteurs publics, élus et responsables de la fonction publique, ont dénoncé le risque pénal que la passation des marchés leur faisait courir.⁽⁶⁾ Devant l'impossibilité d'ordre politique de remettre en cause le délit de favoritisme à l'origine de la pénalisation du droit de la commande publique et alors même que la réglementation des marchés venait de faire l'objet de modifications importantes par deux décrets du 15 décembre 1992 et du 27 mars 1993, le plus large consensus s'est établi sur l'opportunité de "réformer" le code des marchés publics afin de l'adapter à la situation nouvelle. Trois projets vont se succéder. Un premier a été lancé, en juillet 1995, au lendemain de la dernière loi de remise en ordre. Les maîtres mots en sont, simplification des textes, clarification, mais aussi sécurité juridique, dans le souci de limiter le risque pénal encouru par les acheteurs publics. Remarquablement préparé et conduit, le projet de loi Galland,^{(7) (8)} présenté en Conseil des Ministres le 20 mars 1997, devait avorter à la suite de la dissolution de l'Assemblée Nationale intervenue le 21 avril 1997. Il fut suivi de l'avant-projet de loi initié sous le ministère Strauss-Kahn par un document d'orientation daté d'avril 1999,⁽⁹⁾ qui ne put trouver de place dans le calendrier parlementaire. Dans le courant de l'année 2000, un nouveau projet a été élaboré. Il a abouti au décret 2001-210 du 7 mars 2001, portant code des marchés publics, publié au journal officiel du 8 mars 2001.

Il résulte de l'article 3-II du décret que le nouveau code s'appliquera pour les marchés dont l'avis d'appel public à la concurrence a été envoyé à la publication ou pour ceux dont la consultation a été engagée, à compter du 9 septembre 2001. Ceux lancés avant le 9 septembre 2001 et non notifiés à cette date demeurent régis, pour leur passation, par l'ancien code et par le nouveau pour les autres dispositions à l'exception de l'article 96 du nouveau code relatif au paiement du marché. Ceux notifiés antérieurement au 9 septembre 2001 (article 3-I du décret) demeurent régis en totalité par l'ancien code. Enfin, l'article 1^{er} alinéa 3 du décret a prévu que l'article 27 relatif au mode de computation des seuils n'entrera en vigueur qu'au 1^{er} janvier 2002.

Par ailleurs, la disparition d'un certain nombre d'exigences qui étaient contenues dans l'ancien code a pour effet de faire à son tour disparaître le délit de l'article 432-14 du code pénal⁽³⁾ qui en sanctionnait les manquements, pour les faits qui étaient constitutifs de l'infraction au titre des anciens textes. Sont concernés, les faits non encore poursuivis ou dont la décision n'a pas acquis force de chose jugée à la date d'entrée en vigueur du décret. En effet, pour que le délit de l'article 432-14 du code pénal s'applique, il doit être constaté qu'il y a eu violation d'une disposition législative ou réglementaire, protectrice d'une dévolution régulière des marchés publics. La suppression ou l'atténuation de ces dispositions réduit d'autant le domaine d'application du délit, par disparition de l'élément légal de l'infraction, pour l'avenir, et pour le passé en raison du principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces.

1 - Une volonté de clarification et de simplification

- Une matière complexe et mouvante

La pénalisation des marchés publics, qui conduit à sanctionner sous certaines conditions les manquements aux règles de la dévolution des marchés, exige des textes clairs et accessibles⁽⁸⁾. Il est apparu que le code des marchés publics était un corps de règles à la fois "trop nombreuses, trop lourdes, trop complexes, trop détaillées". Les acheteurs publics dénoncent de façon constante l'insécurité juridique qui résulte de la difficulté à comprendre les lois et les règlements et à les interpréter.⁽⁹⁾ Ce problème n'est pas nouveau, des tentatives de simplification ont déjà eu lieu. Les décrets 92-1310 du 15 décembre 1992 "portant simplification du code des marchés publics" (sic) et 93-733 du 27 mars 1993 relatif à la transparence dans les procédures de marchés publics, ont eu cet objet, en vain semble-t-il.⁽¹⁰⁾ La tâche n'est en effet pas facile. On se trouve en présence de dispositions qui demeurent difficiles d'accès en raison de la nature même de la matière traitée et de la nécessité de tenir compte de la grande hétérogénéité des domaines concernés, qui conduit à des adaptations différentes de la réglementation, lui donnant par là même cet aspect confus.⁽¹¹⁾

On constate d'ailleurs que le code des marchés publics, qui ne contient qu'une partie du droit applicable à la commande publique, n'est pas seul en cause. Les autres textes sont d'une lecture qui n'est pas plus aisée. C'est le cas de la loi sur la maîtrise d'ouvrage publique du 12 juillet 1985, dite loi MOP,⁽¹²⁾ de celle 93-122 du 29 janvier 1993⁽⁴⁾ relative en particulier à la dévolution des délégations de service public et aux sociétés d'économie mixte, plus encore des lois de transposition des directives en date du 3 janvier 1991, soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, de celle 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications⁽¹³⁾ ou encore de la loi 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.⁽⁵⁾ Leur lecture montre toute la difficulté qu'il y a, à rendre simple ce qui par nature ne l'est pas.

De plus, outre la technicité, la diversité et la particularité de la matière, l'exigence de concision et de précision des textes juridiques, leur caractère normatif, nécessitent une discipline rédactionnelle stricte qui n'est pas toujours compatible avec le genre didactique. Toute tentative de simplification du droit de la commande publique se heurte à ces difficultés. Le nouveau code n'y échappe pas. On peut ainsi en relevant quelques exemples, s'interroger sur la clarté de certaines dispositions parfois empruntées aux directives : l'obligation "d'acquiescer un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives" (article 35-III-1^o a), la notion "d'inconvénient majeur" (article 35-III-1^o b), ou encore "les besoins de la personne publique donnent lieu à des réalisations récurrentes de prestations homogènes et concourant à une même opération" (article 27-III-b).

La complexité et l'obscurité de la matière viennent aussi des multiples modifications du code qui interviennent sans cesse, créant une instabilité permanente qui rend son application incertaine.⁽¹⁴⁾ Le choix de la procédure réglementaire nous conduit à cet égard à faire preuve d'un certain pessimisme en ce qui concerne la pérennité des dispositions contenues dans le nouveau code. Disons à cet égard combien on peut regretter que la voie parlementaire n'ait pas été choisie ainsi que cela avait été prévu par les précédents projets. Elle aurait donné au code ses lettres de noblesse, mais aurait aussi et surtout permis un débat devant l'opinion, sur des questions qui ont pris une place de plus en plus importante dans la vie publique.

- Des textes difficiles à mettre en œuvre

En toute hypothèse, quelle que soit la qualité de la réglementation proposée, les acheteurs publics ont besoin, pour passer leurs marchés en toute sécurité juridique, d'obtenir l'assistance de services compétents.⁽¹⁵⁾ L'acheteur public se plaint de se trouver souvent en présence de divergences importantes d'interprétation de la règle applicable, selon les interlocuteurs auprès de qui il sollicite des conseils. Il convient donc d'unifier la fonction de conseil et d'assurer la remise en œuvre des "instructions" pour l'application du code des marchés publics qui étaient élaborées par la Commission centrale des marchés.⁽¹⁶⁾ Ces "instructions", qui sont des explications données article par article, sur l'interprétation et l'application du code des marchés publics doivent offrir une meilleure compréhension de textes complexes et par nature abstraits. Il convient toutefois d'éviter dans un domaine aussi sensible l'important écueil qui consiste à aller au-delà d'une explication purement littérale. On sait combien le calcul du montant des achats tel qu'il était préconisé par l'Instruction, "par fournisseur" et non "par opération", a pu être préjudiciable aux acheteurs publics en ce qui concerne leur sécurité juridique. L'Instruction relative à l'application du nouveau code est entrée en vigueur à compter du 9 septembre 2001.

De même, la mise à jour des cahiers des clauses administratives générales apparaît indispensable par la garantie qu'ils apportent à l'ensemble des acteurs de l'achat public.

Enfin, la formation des acheteurs publics doit également avoir une place importante. Le nombre d'organismes qui traitent de la matière, par voie de stages ou de séminaires, montre qu'il existe une demande certaine que l'administration se doit de satisfaire et de contrôler.

2 – Un objectif de sécurité juridique

On a souvent considéré que la sécurité juridique des acheteurs publics emportait obligatoirement atténuation du statut protecteur de l'achat public. ⁽⁸⁾ Or, il n'y a pas nécessairement incompatibilité entre sécurité juridique des acheteurs publics et réglementation protectrice, ni d'ailleurs exclusivité par rapport aux autres protections qui doivent également être prises en compte, celle des entreprises et plus généralement celle des citoyens dans un État démocratique.

Permettre d'attribuer des prestations au nom des personnes publiques sans aucune règle de procédure jusqu'à un montant élevé, donner la possibilité de procéder à des choix sans critères annoncés, ne pas assurer sauf exception la publicité des projets ou dans des conditions insuffisantes, contrarient la sécurité juridique de l'ensemble des acteurs de la commande publique, et mettent en péril l'ordre public économique et financier. En osant une image empruntée à la circulation routière, ce n'est pas en élevant les seuils des limitations de vitesse que l'on améliorera la sécurité juridique des automobilistes. Ils ne pourraient certes plus être poursuivis pour des excès de vitesse, mais s'exposeraient en raison même des facilités qui leur auront été données à des périls bien plus graves.

Le document d'orientation du présent décret, préconisait de *"renforcer la transparence des procédures et la sécurité juridique des acheteurs publics"*, admettant ainsi que la sécurité juridique des acheteurs publics ne doit pas être exclusive des moyens qui doivent être donnés à tout intéressé et d'une façon plus générale aux citoyens, de contrôler l'administration et l'usage qu'elle fait des deniers publics.

Toute évolution vers une libéralisation du droit de la commande publique est en effet indissociable d'un accroissement de la transparence, pour rendre l'achat indiscutable et permettre les contrôles qu'il nécessite. Qualifié par le Conseil Constitutionnel d'objectif d'ordre constitutionnel ⁽¹⁷⁾, la transparence est un impératif de l'exercice de la vie démocratique, elle donne directement au citoyen le pouvoir de contrôler l'administration. Pendant longtemps l'article 15 de la déclaration des droits de l'homme qui prescrit que *"la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration"* est resté sans grand effet en l'absence de dispositions permettant d'assurer sa mise en œuvre. On peut dire que c'est en partie un déficit de transparence qui a conduit aux défaillances que l'on a évoquées. En raison de son importance tant politique que juridique, mais aussi économique, la loi et le règlement, devraient la renforcer autant qu'il est possible et ne la contrarier que par exception et pour des motifs légitimes ⁽¹⁸⁾.

3 - Une réforme limitée

La réforme apparaît limitée en la forme, par le grand nombre de dispositions qui demeurent à l'extérieur du code et sur le fond par une approche conceptuelle qui ne paraît plus correspondre à la réalité juridique. Depuis bien longtemps le juge administratif a dépassé la seule conception organique pour apprécier sa compétence. D'une façon plus générale, ce n'est pas la personne juridique qui détermine seule le statut applicable à une situation de fait ou de droit, mais le fait ou le droit lui-même selon sa nature et la volonté qu'il y a de soumettre une situation à une réglementation particulière. La réglementation protectrice des marchés devrait par conséquent s'appliquer à un achat, non pas seulement à raison de la qualité de la personne qui passe le contrat ou le marché, mais en tenant compte de critères tels que le secteur à protéger ou le financement de l'opération par des fonds publics. Ce sont ces éléments qui justifient que soient garantie la sécurité des transactions et l'application des principes qui réglementent la commande publique. Autrement dit la mise en œuvre d'une réglementation des marchés a elle-même évolué vers une conception matérielle. L'approche organique a été en réalité pendant longtemps la conséquence de la confusion qui existait entre les deux conceptions. L'activité publique émanait des seules personnes publiques et conditionnait l'application du droit public.

De plus en plus d'activités publiques sont exercées par des personnes privées. Certaines qui agissent au nom et pour le compte de personnes publiques doivent appliquer le statut de leurs ayants droit, le code des marchés publics. En dehors de la théorie du mandat, et donc de façon beaucoup plus significative, les délégataires de services publics, assurent directement à ce titre une véritable gestion de fonds publics. D'autres personnes privées, sans lien contractuel avec la personne publique, *"subventionnées à plus de 50 % par une collectivité publique, groupement ou organisme de droit public autre qu'industriel et commercial"* se trouvent soumises en application de la loi du 3 janvier 1991, pour les contrats qu'elles passent dans le cadre de leur activité de service public, à des obligations de publicité et de mise en concurrence tout à fait comparables à celles qui sont contenues dans le code des marchés publics. On pourrait donner d'autres exemples de personnes privées soumises pour certains contrats à de telles obligations en particulier dans le cadre de la loi du 11 décembre 1992 : EPIC, organisme d'intérêt général financé majoritairement par une collectivité publique ou par un organisme de droit public ou même par un organisme de droit privé s'il bénéficie lui-même de subventions publiques...

On voit bien l'inconvénient de la conservation par le nouveau code de la conception organique. L'ensemble de ce que l'on appelle la commande publique, se trouve divisé en deux. Une partie se trouve réglementée par le code des marchés publics, selon la nature publique de l'organisme qui passe la convention : État, collectivités territoriales, leurs établissements publics. Une autre partie le sera selon la nature de l'activité ou du financement, c'est-à-dire selon un critère matériel, par les lois de transposition des directives en date du 3 janvier 1991 et du 31 décembre 1992 et aussi par la loi du 29 janvier 1993 qui soumet les contrats des sociétés d'économie mixtes, personnes privées à des obligations de publicité et de mise en concurrence, lorsque ces contrats sont passés pour l'exécution ou les besoins du service public.

Ce qui revient à considérer, si l'on ajoute les nombreux autres textes qui n'ont pas été intégrés, que le présent code ne sera pas susceptible de répondre à toutes les ambitions des acteurs de la commande publique et que ce travail de conceptualisation et d'unification restera à réaliser après son entrée en vigueur. ⁽¹⁹⁾

*

La grande distinction qui doit être faite pour l'étude d'une réglementation applicable aux marchés est entre les procédures qui prévoient une obligation de mise en concurrence et celles qui n'en prévoient pas.

I- Les marchés sans mise en concurrence

1- Le domaine et le statut des marchés sans mise en concurrence

1-1 Le domaine des marchés sans mise en concurrence

Les marchés qui n'exigent préalablement à leur attribution aucune mise en concurrence formelle, se répartissent en deux catégories : les marchés sans formalités préalables, ou qui ne sont soumis pour leur passation qu'à certaines modalités particulières, qui sont définis aux articles 28 à 31 (1-1-1) et ceux classés dans la catégorie des marchés négociés sans publicité préalable, ni mise en concurrence, qui sont définis à l'article 35-III (1-1-2).

1-1-1 Les marchés "sans formalités préalables" (articles 28 et 29) ou qui ne sont soumis pour leur passation qu'à certaines "modalités particulières" (articles 30 et 31)

Ils recouvrent les "achats sur factures" ou "commandes hors marchés" de l'ancien code. Ils bénéficient d'un régime d'exception à l'obligation de mise en concurrence à raison de leur faible montant (1-1-1-1) ou de leur nature particulière (1-1-1-2). Cette catégorie de marchés, sans mise en concurrence, s'est enrichie de certaines prestations de services énumérées à l'article 30 du nouveau code et du "1 % artistique" prévu à l'article 31 (1-1-1-3).

1-1-1-1 Les marchés "sans formalités préalables" en raison de leur montant (article 28)

Ce sont les plus nombreux et les plus connus. Ils sont régis par l'article 28 du nouveau code : "les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables lorsque le seuil de 90 000 € HT n'est pas dépassé". Auparavant, on les appelait "achats sur factures" ou "commandes hors marché".⁽²⁰⁾ Leur domaine est déterminé par leur montant. Le seuil limite était de 180 000 F TTC, jusqu'au décret 90-553 du 3 juillet 1990 qui l'a fixé à 300 000 F TTC. Le nouveau code l'a élevé à 90 000 € HT [706 000 F TTC environ].⁽²¹⁾ Cette élévation du seuil de plus de 135 % en 10 ans en faveur de l'extension d'une procédure d'exception qui permet d'attribuer des prestations sans aucune transparence, ni mise en concurrence, s'explique par le fait que ces contrats sont particulièrement appréciés par les personnes publiques qui peuvent ainsi procéder à des achats en dehors de toute contrainte procédurale. Le corollaire est qu'ils constituent l'un des terrains de prédilection de la fraude dans les marchés. On sait combien ces prestations, attribuées sans aucune garantie propre à assurer la régularité de leur dévolution, ont été à l'origine des pratiques corruptrices qui ont illustré "les affaires", en particulier par le biais de l'octroi d'études dont l'utilité du besoin et la réalité de leur exécution ont souvent été très difficiles à vérifier, même dans le cadre d'une instance pénale.

Jusqu'au texte nouveau, la difficulté essentielle de ce type de procédure était l'évaluation du montant de l'achat qui en détermine le statut. La Commission centrale des marchés avait soutenu, de façon tout à fait malencontreuse,⁽²²⁾ que le calcul des commandes pour apprécier le seuil des achats devait se faire par fournisseur et non par opération. On a ainsi pu considérer un moment, que l'on pouvait faire du fractionnement en contractant jusqu'à la limite des seuils avec un fournisseur, puis avec d'autres et réaliser ainsi des opérations sans avoir à passer de marché correspondant à son véritable montant. Cette interprétation n'a jamais été admise. Le juge administratif apprécie le seuil applicable aux "achats sur factures" selon que les prestations commandées ont le même objet et tendent à la réalisation d'une opération unique.⁽²³⁾ Le seuil prescrit à l'article 104-I 10° de l'ancien code avait été apprécié dans les mêmes conditions : les marchés négociés sont passés avec mise en concurrence pour les travaux, fournitures ou services dont la valeur n'excède pas pour le montant total de l'opération un seuil de 700 000 F TTC. Autrement dit, toute opération d'un montant inférieur ou égal à 700 000 F TTC et supérieur au seuil des achats sur factures de 300 000 F TTC, imposait au minimum la passation d'un marché négocié.

L'article 28 du nouveau code prévoit pour les marchés sans formalités préalables que "le seuil de 90 000 € HT" ne doit pas être dépassé et qu'il sera apprécié selon les règles fixées à l'article 27, qui sont applicables à tous les marchés dont la procédure est déterminée par un seuil. Le principe est que le calcul se fera pour l'ensemble d'une opération, quelle que soit sa durée, en tenant compte des commandes attribuées à l'ensemble des entreprises bénéficiaires. Pour les fournitures : selon la valeur des fournitures homogènes donnant lieu à un ensemble unique de livraisons. Pour les services : selon la valeur des prestations de services homogènes, donnant lieu à un ensemble unique, ou réalisées de façon continue et concourant à la même opération. S'il s'agit de travaux, de leur valeur se rapportant à une même opération ou à un même ouvrage.

Le code a prévu un régime particulier pour les fournitures et services récurrents : si les besoins de la personne publique donnent lieu à des livraisons récurrentes de fournitures homogènes ou à des réalisations récurrentes de prestations homogènes concourant à une même opération, les fournitures ou prestations prises en compte pour apprécier le seuil, seront celles correspondant au besoin d'une année.

L'article 27 apporte une précision qu'il convient de saluer : le calcul se fait par opération et non par entreprise.

L'article 27 ne permet toutefois pas de distinguer clairement les raisons de la différence de statut entre les marchés qui donnent lieu à un ensemble unique, de livraisons de fournitures, ou de services, ou à la réalisation continue de prestations et ceux dont les fournitures font l'objet de livraisons ou de réalisations de prestations, récurrentes. On peut penser que le code a voulu faire un sort particulier aux marchés de fournitures dont les livraisons à raison du besoin de la personne publique s'exécutent de façon répétitive, ou aux marchés de prestations de services dont la réalisation successive n'est pas continue et dont les besoins sont susceptibles de se perpétuer d'année en année (matériel de bureau, combustibles, prestations de formation...). L'article 27 indique que ce sera le besoin d'une année qui sera pris en compte pour déterminer la valeur des fournitures ou prestations qui permettront le choix de la procédure applicable.

On ne comprend pas la logique de cette distinction fondée sur l'exécution du besoin, alors que c'est le besoin tel que défini à l'article 5 du code qui nous paraît apte à permettre l'évaluation du montant du marché et donc la procédure applicable. Ces dispositions risquent de favoriser le fractionnement et de faire "tomber" nombre d'opérations, dans les marchés sans mise en concurrence.

1-1-1-2 Les marchés "sans formalités préalables" en raison de leur nature : les achats de denrées alimentaires périssables (article 29)

Le but est de permettre l'achat direct de denrées alimentaires périssables "sur foires ou marchés ou sur les lieux de production", à des conditions financièrement plus intéressantes que celles qui pourraient être obtenues sur les circuits de distribution qui comprennent des intermédiaires et en tenant compte de la particularité des produits frais. La nature et les conditions de ce type d'achat rendent inopportune toute mise en concurrence, en particulier à raison des délais qu'elle exige. Achetés dans ces conditions, ces produits permettront de mieux répondre aux critères qualité, prix. Le nouveau texte a introduit par rapport à l'ancien qui n'en prévoyait pas les plafonds communautaires 130 000 € HT pour l'État, [1 019 000 F TTC] et 200 000 € HT pour les collectivités territoriales. [1 569 000 F TTC]⁽²¹⁾

1-1-1-3 Les marchés sans formalités préalables soumis à certaines "modalités particulières"

A - Les marchés de services passés sans formalités préalables (article 30)

Il s'agit des services dont l'objet peut être juridique, social, sanitaire, récréatif, culturel, sportif, d'éducation, de qualification et insertion professionnelles, avec pour seules obligations de définir les prestations par rapport à des normes et l'envoi d'un avis d'attribution.

Sous réserve du décret en fixant la liste exhaustive, le domaine qui va être concerné par ce régime est a priori particulièrement vaste. Ces marchés seront de la même façon que ceux "sans formalités préalables en raison de leur montant", recherchés par les acheteurs publics pour la facilité avec laquelle ils pourront les octroyer sans publicité, ni transparence, ni mise en concurrence, ni limitation de montant et selon un choix qui, en l'absence de toute exigence de procédure ou de forme, pourrait être effectué dans des conditions totalement arbitraires. Le risque est grand de voir fleurir des marchés captifs. S'agissant de prestations essentiellement immatérielles, il sera difficile d'en apprécier l'importance, le besoin, la nature réelle et de vérifier la réalité de leur exécution. On peut craindre que cette catégorie de "marchés sans formalités préalables" soit utilisée par des acheteurs peu scrupuleux, pour s'assurer des financements irréguliers tels emplois fictifs ou enrichissements personnels. Certes rien ne permet de dire aujourd'hui qu'il en sera ainsi, mais tous les ingrédients se trouvent réunis pour le permettre. La dévolution de ces services a par le passé entraîné des abus des collectivités publiques qui pour s'affranchir de l'obligation de mise en concurrence attribuaient ce type de prestations à des associations parfois créées pour les besoins de la cause. Ces pratiques ont été régulièrement mises en évidence dans le rapport public de la Cour des Comptes.⁽²⁴⁾

Le dernier alinéa de l'article 30 ajoute à la liste des services passés sans formalités préalables, les contrats ayant pour objet de représenter une personne publique en vue du règlement d'un litige. Cela vise principalement la constitution d'avocats devant les juridictions.

B - Le "1 % artistique" (article 31)

Les marchés ayant pour objet des réalisations, exécutées en application de dispositions législatives ou réglementaires relatives à l'obligation de décoration des constructions publiques, seront passés dans des conditions prévues par décret. Jusqu'alors, la procédure de droit commun leur était applicable.

1-1-2 Les marchés négociés sans publicité préalable, ni mise en concurrence. (article 35-III)

L'article 35-III qui les énumère, montre par rapport à l'ancien code une augmentation du nombre des marchés négociés qui peuvent être passés sans avoir à justifier d'une publicité préalable ni d'une mise en concurrence. L'article 35-III comprend les marchés négociés sans mise en concurrence préalable (article 104-II de l'ancien code), les fournitures, services ou travaux complémentaires, les marchés anciennement dénommés de reconduction et les marchés de services faisant suite à un concours.

1-1-2-1 Les marchés négociés sans mise en concurrence préalable, de l'ancien article 104-II-1^{er} et 2^o (article 35-III 4^o)

L'article 35-III 4^o recouvre les anciennes dispositions de l'article 104 II en y ajoutant "les raisons artistiques". Il les définit comme suit : "marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité". Cette formulation peut paraître moins stricte que celle de l'ancien texte qui prévoyait des conditions précises et restrictives, relatives à l'exécution exclusive du marché par une entreprise, seule en mesure de satisfaire au besoin en raison de l'emploi de droits (brevet d'invention), de nécessités techniques, de savoir-faire. Elle présente le risque de considérer que l'on peut accorder sans mise en concurrence un marché à une entreprise pour des raisons techniques, artistiques... sans avoir à établir qu'elle est la seule à pouvoir l'exécuter, alors que ce type de procédure dérogatoire nécessite que ses conditions soient liées à l'exécution exclusive par une entreprise, des prestations du marché. Par exemple, tout entrepreneur disposant d'un droit d'exclusivité ne pourrait être désigné sans publicité ni mise en concurrence, au seul motif qu'il dispose d'un brevet, sans même établir qu'il est le seul à pouvoir réaliser le projet. Quand on sait combien l'article 104-II a été à l'origine de nombreuses irrégularités, on aurait préféré qu'une rédaction plus ferme lève toute ambiguïté dans l'interprétation du texte. On note toutefois à cet égard que la Cour de justice des communautés européennes, appelée à statuer sur le texte de la directive relative aux fournitures dont s'est inspiré l'article 35-III 4^o, a posé l'exigence de l'exclusivité des prestations.⁽²⁵⁾

1-1-2-2 Les marchés de fournitures, services ou travaux complémentaires (article 35-III 1^o)

L'article 35-III 1^o permet, sous certaines conditions, d'accorder au titulaire d'un marché qui a été passé après mise en concurrence, un marché complémentaire qui sera négocié avec la personne publique. Ces marchés étaient prévus dans l'ancien code à l'article 388 du livre V pour des fournitures, travaux ou services complémentaires à des marchés principaux, à partir des seuils européens, mais ils ne pouvaient être passés que dans les conditions strictes de l'article 104-II 2^o.

- Les marchés de fournitures complémentaires (article 35-III 1^o a)

L'octroi d'un marché complémentaire, attribué au titulaire du marché initial peut avoir lieu pour assurer le renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit un complément de fournitures ou l'extension d'installations existantes, à condition qu'il y ait *incompatibilité* avec les autres matériels ou si un matériel différent entraînait des *difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessives*. Le montant total des livraisons résultant du marché initial et des marchés complémentaires ne pourra excéder 130 000 € HT pour l'État et 200 000 € HT pour les collectivités territoriales.

Si le marché initial a été passé sur appel d'offres, et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au journal officiel des communautés européennes (JOCE), le montant des marchés complémentaires ne sera pas limité par ces seuils. La durée de ces marchés complémentaires, ne pourra être supérieure à 3 ans.

- Les marchés de travaux ou de services complémentaires (article 35-III 1^o b)

L'octroi d'un marché complémentaire, attribué au titulaire du marché initial passé après mise en concurrence, qui exécute un service ou un ouvrage, peut avoir lieu si les services ou travaux complémentaires, sont devenus nécessaires à leur exécution, à la suite d'une circonstance imprévue à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage, à condition que ces services ou travaux complémentaires ne puissent être techniquement ou économiquement séparés, sans inconvénient majeur pour la personne publique, du marché principal.

Les marchés complémentaires ne pourront excéder 33 % du montant du marché principal. Les conditions posées pour l'octroi de ce type de marchés complémentaires nous paraissent suffisamment strictes pour que ces marchés ne soient pas l'objet d'utilisations abusives.

1-1-2-3 Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la répétition des prestations (article 35-III 2^o)

Des marchés de services ou de travaux peuvent, sous certaines conditions, être attribués, en la forme négociée, au titulaire d'un précédent marché. L'article 35-III 2^o réintroduit ainsi dans le code des marchés publics, les marchés de reconduction, qui en avaient été écartés depuis le 18 décembre 1993.

Avant cette date, l'article 104-4^o pour les marchés de l'État et 312 bis 4^o pour les marchés des collectivités locales, autorisaient que les travaux, objet du marché initial, soient reconduits avec la même entreprise, en la forme d'un marché passé sans mise en concurrence. Compte tenu du caractère dérogatoire de cette procédure, au principe de mise en concurrence, plusieurs conditions étaient exigées, pour pouvoir y recourir. Certaines concernaient le marché initial, d'autres le marché de reconduction.

- Le marché initial devait avoir été passé selon la procédure d'appel d'offres. Il devait indiquer la possibilité de recourir à la reconduction du marché sans mise en concurrence. Cette mention ne constituait cependant pas par elle-même un engagement de l'acheteur sur les travaux qui pouvaient être reconduits.

- Le marché de reconduction était alors octroyé à l'entreprise titulaire du marché initial sans mise en concurrence, s'il était conforme au projet technique de base, ce qui impliquait que son objet devait comprendre des travaux identiques à ceux réalisés par le marché initial. Ce marché devait faire apparaître une amélioration des conditions financières ou techniques du marché par rapport à l'opération précédente. Le nouveau marché devait être passé dans un délai de trois ans depuis la notification jusqu'à la signature de l'acte d'engagement du marché de reconduction. Enfin, et peut être surtout, le marché de reconduction n'était possible que si l'exécution des travaux ne pouvait être réalisée que par un entrepreneur ou un fournisseur déterminé. Il est vrai que cette procédure n'aurait pas eu de sens si d'autres entreprises avaient la possibilité de réaliser l'opération dans des conditions comparables, ce qui aurait alors justifié une mise en concurrence.

L'intérêt de la procédure de reconduction était pour l'acheteur d'obtenir de la même entreprise des marchés à de meilleures conditions, à raison des progrès de productivité résultant de la répétition d'ouvrages identiques. Compte tenu de ce qu'elle permettait de passer des marchés en s'affranchissant de l'obligation de mise en concurrence, cette procédure a été utilisée de façon abusive alors que les conditions posées pour autoriser sa mise en œuvre n'étaient pas remplies. C'est ce qui a été expliqué sa suppression.⁽²⁶⁾

Le nouveau code réintroduit sans le nommer ce type de marché, à l'article 35-III 2^o. Il concerne non seulement les travaux, mais aussi les services. Comme pour les marchés antérieurs au 18 décembre 1993, le marché initial doit avoir été passé selon la procédure d'appel d'offres et doit indiquer la possibilité de recourir à la procédure négociée pour la répétition de prestations similaires. Une précision importante est ajoutée, la mise en concurrence doit avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris les nouveaux services ou travaux. Cette condition permettra aux entreprises de mieux apprécier l'étendue d'un marché futur éventuel, bien que le premier marché ne les engage pas pour les travaux ou prestations qui pourraient faire l'objet d'un marché ultérieur.

Le nouveau marché doit avoir pour objet de réaliser des prestations identiques au marché initial et doit être passé dans un délai de trois ans, à compter de la notification du marché initial. En revanche deux conditions essentielles ne sont plus exigées, d'une part le caractère exclusif de l'entreprise bénéficiaire pour exécuter le marché, et d'autre part la nécessité que le nouveau marché fasse apparaître une amélioration des conditions financières et techniques.

L'absence de ces deux conditions doit conduire à s'interroger sur l'utilité de la réintroduction dans le code d'une telle procédure, dérogatoire au principe de mise en concurrence, alors même que rien ne permet d'exclure que d'autres entreprises pourraient satisfaire au besoin et même dans de meilleures conditions.

La réintroduction, dans des conditions moins rigoureuses de ce type de marchés dont on n'explique pas le fondement laisse perplexes. Cette latitude laissée à l'acheteur d'octroyer à une entreprise des travaux, mais aussi des services, sans mise en concurrence, devra faire l'objet de toute l'attention des organismes chargés des contrôles.

1-1-2-4 Les marchés de services faisant suite à un concours (article 35-III 3°)

Les marchés de services qui font suite à un concours et qui doivent conformément aux règles applicables, être attribués au lauréat ou à l'un des lauréats du concours pourront également être passés en la forme négociée, sans publicité ni mise en concurrence. Le texte précise que dans ce dernier cas tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations.

1-2 Le statut des marchés sans mise en concurrence

Les marchés sans mise en concurrence, y compris ceux que le code dénomme marchés sans formalités préalables, comprennent des règles générales et des règles particulières. Les règles générales s'appliquent à tous les marchés, quelle que soit la procédure dont ils ressortent. Les règles particulières sont applicables à chaque catégorie de marchés, selon la procédure qui les régit.

1-2-1 Le statut général des marchés sans mise en concurrence

1-2-1-1 L'attribution des marchés sans mise en concurrence

- L'absence de mise en concurrence rend sans objet toute procédure pour désigner l'attributaire d'un marché. Pour autant un certain nombre de règles de portée générale, sont applicables à l'ensemble des marchés sans mise en concurrence. Elles sont contenues essentiellement au titre Ier "*champ d'application et principes fondamentaux*" et au titre II "*dispositions générales*". C'est le cas en particulier des règles qui sont contenues dans l'article 1^{er} : liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, efficacité de la commande publique, transparence des procédures, bonne utilisation des deniers publics. C'est le cas aussi des dispositions relatives à l'article 5, qui prescrit que les besoins à satisfaire doivent être déterminés avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence et que le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins. L'article 6 est également une disposition de portée générale applicable à tous les marchés : les prestations doivent être définies par rapport à des normes (...), sauf pour les marchés sans formalités préalables des articles 28, 29 et 31. L'article 10 sur l'allotissement, l'article 15 relatif à la durée qui prévoit "*la nécessité d'une remise en concurrence périodique*" et les articles 16 et suivants relatifs aux prix ont une portée générale. Les dispositions des articles 43 à 45 relatives aux conditions d'accès et d'exclusion de la commande publique, s'appliquent aussi à tous les marchés. Incluses au chapitre III "*règles générales de passation*" du titre III, elles imposent aux entreprises qui accèdent aux marchés publics d'être en règle au regard de leurs obligations fiscales et sociales et que les personnes admises à concourir ne soient pas en état de liquidation judiciaire ou de faillite personnelle. Les marchés passés sans mise en concurrence n'étant pas précédés d'un avis d'appel public à la concurrence (article 40) ni d'un règlement de la consultation (article 42), il appartiendra à l'acheteur de procéder à ces vérifications dans les formes qu'il appréciera.

Si les marchés sans mise en concurrence ne sont pas soumis à des formalités dont l'objet est de garantir l'application des dispositions de fond relatives à la passation des marchés, cela ne veut pas dire que ces dispositions de fond applicables à l'ensemble des marchés, peuvent ne pas être respectées par les acheteurs publics. La dévolution des prestations doit être conforme à la réglementation, loyale et exempte de tout choix subjectif ou arbitraire, quel que soit le support juridique de la prestation.

- En raison de leur nouvelle qualification juridique, les marchés sans formalités préalables qu'ils fassent ou non l'objet pour leur passation de modalités particulières, sont soumis à ces dispositions générales applicables à l'ensemble des marchés. À la différence de l'ancien code, qui excluait ces achats de toutes les règles relatives à la passation des marchés⁽²⁷⁾, le nouveau code prévoit seulement la possibilité de les passer sans formalités préalables ou avec certaines modalités particulières. Cela résulte directement de son article 26 qui dispose que les marchés sont passés sur appel d'offres, toutefois, "*ils peuvent aussi être passés sans formalités préalables dans les cas prévus aux articles 28 à 31*". Cela se déduit aussi de l'article 3 du nouveau code qui donne la liste des contrats exclus du code des marchés publics, qui ne contient pas les marchés sans formalités préalables. Autrement dit seules les règles du code qui imposent des formes ou des procédures particulières pourront ne pas leur être applicables. En revanche les règles de fond le seront. C'est le cas sauf exception, des règles contenues aux titres I et II du code. Par conséquent, les marchés sans formalités préalables doivent satisfaire pour leur passation à un certain nombre d'obligations, même si celles-ci ne sont pas expressément matérialisées par l'accomplissement de formalités. On peut aisément imaginer qu'après avoir déterminé son besoin par application de l'article 5 du code et les prestations qui y correspondent, que la personne responsable du marché procède, même de façon informelle, à un nombre minimum de vérifications auprès du ou des fournisseurs ou prestataires avec qui elle entend contracter, afin de connaître leur qualité, leur capacité, la possibilité qu'ils auront de satisfaire à la demande et les prix pratiqués. On peut encore considérer que la personne responsable du marché, au moins dans un souci d'efficacité de la commande publique et pour assurer une bonne utilisation des deniers publics qui s'imposent à elle par application de l'article 1^{er} du code, confrontera les caractéristiques et les prix de quelques produits après avoir sollicité diverses entreprises, ne serait-ce que pour connaître l'état du marché et pour pouvoir procéder ensuite à un minimum de négociations comme n'importe quel acheteur public ou privé. Enfin, sur ce même fondement de l'article 1^{er} et au nom du principe d'égalité, la personne responsable du marché devra passer commande à celui qui aura fait la meilleure proposition, compte tenu de son besoin.

S'il en était autrement, c'est-à-dire si un acheteur soutenait pouvoir passer commande dans le cadre des marchés sans formalités préalables, sans procéder à une étude même des plus sommaires ou s'il soutenait pouvoir procéder à ses achats en se laissant guider par le "*hasard*" ou en prenant toujours le même fournisseur ou entrepreneur quels que soient le prix et la qualité de ses produits, il y aurait lieu de s'interroger sur une telle gestion pratiquée par une autorité qui a en charge les deniers publics et ce même en dehors de toute idée de favoritisme ou de pratiques corruptrices. Si la réglementation des marchés autorise des marchés, "*sans formalités préalables*" elle ne dispense pas l'acheteur de l'application du droit commun et ne lui permet donc pas de décider arbitrairement de l'utilisation des fonds publics. Un marché sans formalités préalables n'est pas un marché sans droit.

1-2-1-2 La formalisation des marchés sans mise en concurrence

L'article 11 du nouveau code dispose que les marchés sont passés sous la forme de contrats écrits, à l'exception des marchés passés sans formalités préalables. On peut toutefois considérer que les prestations relatives aux marchés de services de l'article 30, qui doivent être définies par rapport à des normes et qui doivent faire l'objet d'un avis d'attribution seront par le fait même, consignées dans un cahier des charges, pour être conformes à l'article 14 de la directive 92/50 du conseil du 18 juin 1992 (infra 1-2-2-1-B). Les autres prestations accordées sans formalités préalables devront être contenues dans un écrit pour pouvoir être payées,⁽²⁸⁾ mais ne nécessitent pas de cahier des charges. Le règlement des prestations peut avoir lieu sur présentation de mémoires ou factures (article 28 alinéa 3).

1-2-1-3 Le contrôle des marchés sans mise en concurrence

Les marchés négociés font l'objet des contrôles de droit commun relatifs à tous les marchés. Les marchés sans formalités préalables font l'objet des mêmes contrôles de la part du comptable public, du contrôleur financier et du contrôle de légalité, mais selon nous et compte tenu de leur nouvelle nature juridique, ces contrôles devront aller au-delà de la seule appréciation de la pertinence de leur catégorie juridique.

- Contrôles du comptable public et du contrôleur financier

Les comptables publics pour les marchés des collectivités territoriales et les contrôleurs financiers pour les marchés de l'État,⁽²⁹⁾ doivent veiller à tous les aspects de la régularité des marchés sans mise en concurrence, y compris pour ceux passés sans formalités préalables. Ils doivent également et plus particulièrement vérifier que ne se dissimulent pas des achats ayant fait l'objet de fractionnement et qu'il n'y ait pas d'utilisation irrégulière de marchés passés sans mise en concurrence. On doit souligner les difficultés que vont rencontrer les comptables publics et les contrôleurs financiers pour apprécier conformément à l'article 27 le respect des seuils, du fait de la référence à des normes de prestations homogènes qui restent à définir, qui seront plus ou moins fines et d'une utilisation délicate, plus encore lorsqu'il s'agira de vérifier des prestations complexes intégrant à la fois des fournitures, des travaux et des services. D'une façon plus générale les difficultés vont résulter de ce que ces contrôles sont limités à la régularité "*apparente*" des marchés. Ils devront cependant, en cas de présomption de manquement grave, saisir le parquet en application de l'article 40 du code de procédure pénale ou solliciter du ministre de tutelle relatif au marché contrôlé, qu'il saisisse la MIEM d'une demande d'enquête.

- Contrôle de légalité

Avant même la parution du nouveau code, on a considéré que les achats sur factures avaient le statut de marchés et qu'ils étaient soumis à une obligation de transmission au représentant de l'État. Selon le Ministre de l'Intérieur⁽³⁰⁾ "*cette obligation de transmission présente l'intérêt de permettre au représentant de l'État, s'il le juge pertinent dans le cadre de la stratégie départementale annuelle de contrôle de légalité des marchés publics et des délégations de service public (...) de vérifier le respect du seuil de 300 000 F posé par l'article 321 du code des marchés publics*". Il est certain, que si à l'occasion de cette transmission, le contrôle de légalité constatait par exemple que les prestations accordées étaient fictives ou que la même personne était toujours et régulièrement bénéficiaire de certaines

prestations à l'exclusion de toute autre, ou qu'au regard des divers devis communiqués il n'apparaissait pas que l'offre la plus intéressante avait été retenue, les responsables du contrôle devraient demander des explications à l'acheteur et le cas échéant recourir à toutes voies de droit utile, notamment à la saisine de la Mission interministérielle d'enquête.

- Rapport de présentation

L'article 75 dispose que tout projet de marché ou d'avenant fera l'objet d'un rapport de la personne responsable du marché, qui comprendra les éléments essentiels permettant d'en apprécier la régularité : nature et étendue des besoins à satisfaire, montant de l'opération, motivation du choix du mode de passation adopté en particulier le recours au délai d'urgence ou au marché négocié, nom des candidats non retenus, motifs du rejet (...). Il s'agit donc d'une pièce capitale du contrôle. Pour autant et malgré la place qu'ils ont prise dans le nouveau code, les marchés passés sans formalités préalables sont exclus de l'obligation du rapport. Cette exception ne paraît pas justifiée. Ce type d'achats constitue globalement la part la plus importante de la commande publique.⁽⁵⁰⁾ Pris isolément ces marchés peuvent contenir des prestations dont le montant est loin d'être négligeable. On pourra en effet désormais accorder des prestations sans formalités préalables jusqu'à 706 000 F TTC⁽¹⁸⁾ et à ces marchés viennent désormais s'ajouter les services de l'article 30, passés sans limitation de montant, qui concernent des prestations immatérielles difficiles à contrôler.

1-2-2 Le statut particulier des marchés sans mise en concurrence

1-2-2-1 Le statut particulier des marchés "sans formalités préalables"

A – Les marchés sans formalités préalables par leur montant

Jusqu'à un certain montant, 90 000 € HT [706 000 F TTC]⁽²¹⁾ la dévolution des marchés peut être effectuée "sans formalités préalables", c'est-à-dire en quelque sorte "librement". Elle n'est soumise à aucune obligation formelle de publicité ni de mise en concurrence, l'accord est habituellement matérialisé par un simple échange de lettres et leur règlement peut avoir lieu sur présentation de simples mémoires ou factures. Jusqu'au nouveau code on a souvent considéré que ces achats n'étaient pas vraiment des marchés. Le nouveau code continue de les exclure de toute formalité. Cependant, le fait de les avoir intégrés dans la catégorie des marchés a pour conséquence essentielle que les dispositions générales applicables à tous les marchés - autres que de forme - s'appliquent désormais à eux (supra 1.2.1.1.). Leur nouvelle nature juridique a modifié leur statut.

B – Les marchés de services passés sans formalités préalables

Il en est de même pour les services passés sans formalités préalables, qui ne sont tenus qu'à certaines modalités. Aux termes de l'article 30, les seules obligations formelles qui s'imposent pour les marchés de services passés sans formalités préalables, sont relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution. La définition des prestations par référence à des normes est une règle générale dont on peut considérer qu'elle a été rendue applicable par l'article 6 du code à tous les marchés, sauf exception. La seconde obligation concerne l'envoi d'un avis d'attribution, qui sera transmis à l'Office des publications officielles des Communautés européennes. L'article 81 alinéa 2 précise toutefois que la personne responsable du marché peut décider de ne pas le faire publier. En définitive la seule véritable obligation est l'envoi de l'avis..., qui peut ne pas être publié. Il conviendra en l'absence de toute règle de forme, protectrice du principe de liberté d'accès et d'égalité, de se montrer particulièrement vigilant compte tenu du "passif" qui concerne ce type de prestations et des fraudes qu'il est susceptible de générer.

On peut s'interroger sur les raisons qui ont conduit à créer ces marchés de service sans formalités préalables. L'objectif donné dans le document de présentation du décret et consistant à faciliter la coopération entre les collectivités publiques et le secteur associatif n'est pas convaincant au regard des risques pris. Il est même troublant quand l'on sait que nombre d'associations avaient ainsi été utilisées pour permettre aux collectivités ou établissements qui les avaient créées, de passer des marchés en éludant le code des marchés publics⁽²⁴⁾.

L'explication par une référence aux directives ne saurait pas plus justifier à notre sens une déréglementation totale dans ce domaine d'autant que l'article 30 nous paraît se trouver en deçà des exigences de la réglementation européenne.

La directive 92/50 CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services dispose à l'article 9 que "les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe IB sont passés conformément aux articles 14 et 16". L'annexe IB contient les services énumérés à l'article 30 du code. Ces services peuvent donc bénéficier d'une procédure "allégée" prescrite aux articles 14 et 16 ci-dessus. L'article 16 de la directive prévoit la publication d'avis, condition contenue dans l'article 30 du code. L'article 14-2 prévoit que les spécifications techniques doivent être définies par les pouvoirs adjudicateurs "par références à des normes nationales transposant des normes européennes ou par référence à des agréments techniques européens ou par référence à des spécifications techniques communes". L'article 14-1 de la directive précise que ces spécifications techniques "figurent dans les documents généraux ou dans les documents contractuels propres à chaque marché". Or, l'article 11 du code dispense les marchés de l'article 30 de tout écrit, d'acte d'engagement et du cahier des charges. Cette exclusion ne nous paraît pas compatible avec la directive, par un "excès d'allègement", lorsque ces marchés dépassent les seuils européens. L'exigence pour ces services, du cahier des charges selon l'article 14 de la directive, a été rappelée à l'occasion du recours qui a donné lieu à l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 9 avril 1999, dans les conclusions d'Henri Savoie commissaire du gouvernement. Sur ce point, la légalité de l'article 11 du code nous paraît donc sujette à caution, au-delà des seuils européens.

Le dernier alinéa de l'article 30 ajoute à la liste des services passés sans formalités préalables, les contrats ayant pour objet de représenter une personne publique dans le règlement d'un litige. Cela vise principalement la constitution d'avocats devant les juridictions. Le texte indique que ces contrats sont également soumis aux titres I et II du code. Cette précision paraît étonnante dans la mesure où le titre I relatif au champ d'application et aux principes fondamentaux du code et le titre II qui contient les dispositions générales, sont applicables à tous les marchés et contrats régis par le code, sauf certaines exceptions spécialement mentionnées. C'est le cas de l'article 11 du code, qui prévoit que les marchés sont des contrats écrits comprenant un certain nombre de pièces constitutives, mais qui exclut de son application les marchés sans formalités préalables, contenus aux articles 28 à 31 du code. En précisant que les titres I et II sont applicables aux contrats ayant pour objet la représentation des personnes publiques dans le règlement d'un litige, le nouveau texte a voulu que toutes les règles des titres I et II leur soient applicables, y compris celles de l'article 11, dont les marchés sans formalités préalables sont exclus. Cela résulte d'ailleurs clairement des exigences de la directive 92/50 CEE du Conseil du 18 juin 1992, applicable à partir des seuils européens.

1-2-2-2 - Le statut particulier des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence

À l'exception des marchés de services pouvant être attribués à l'un des lauréats d'un concours, les marchés énumérés à l'article 35-III ont pour caractéristique que seule une entreprise déterminée pourra satisfaire aux conditions du marché. C'est ce qui permet d'expliquer leur statut dérogatoire à l'obligation de publicité et de mise en concurrence. Il appartiendra par conséquent à l'organe de la personne publique qui décidera de l'utilisation d'une telle procédure, d'être en mesure de justifier de son bien fondé. C'est ainsi que pour les collectivités territoriales, par application de l'article 35-V du code, excepté les marchés du 3° du III de l'article 35 et de l'article 74, relatifs au concours et à la maîtrise d'œuvre, la procédure négociée ne peut être engagée qu'après avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres. L'avis portera par exemple sur le respect des conditions, autorisant la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence, contenues à l'article 35. La commission devra dans une telle hypothèse, apprécier la compatibilité du matériel avec celui des entreprises concurrentes ou les "difficultés techniques d'utilisation et d'entretien excessif"...

L'article 35-V ne prévoit pas, comme c'était le cas avec l'article 308 de l'ancien code que l'avis de la commission sera annexé au rapport de la personne responsable du marché, prévu à l'article 75 du code. Ce texte prévoit seulement que la personne responsable du marché motivera le choix du recours au marché négocié. Il ne fait cependant aucun doute que la personne responsable du marché devra pouvoir justifier de "l'avis favorable et motivé" de la commission sans lequel elle ne peut engager la procédure négociée. Elle devra aussi indiquer sa propre motivation dans le rapport de l'article 75. Elle peut de même décider de ne pas utiliser la procédure négociée malgré l'avis favorable de la commission. Ce sera le cas par exemple si elle considère que les conditions visées à l'article 35 ne sont pas réunies ou si en définitive elle préfère procéder à une mise en concurrence.

Ces marchés doivent être établis par écrit dans les conditions de l'article 11. Ils font l'objet d'un avis d'attribution publié "dans les mêmes conditions que les avis d'appel public à la concurrence" (article 80). Cette disposition laisse perplexe, dans la mesure où ces marchés ne font pas l'objet d'appel public à la concurrence. Le texte demande certainement qu'ils soient considérés comme tels pour leur publication. L'article 81 excepte de cette publication les marchés négociés passés sans publicité préalable du fait des exigences du secret ou de la protection des intérêts essentiels de l'État.

2 - La sanction pénale des manquements à la réglementation des marchés sans mise en concurrence

Le délit de l'article 432-14 du code pénal est susceptible de concerner l'ensemble des marchés sans mise en concurrence, y compris les marchés sans formalités préalables, par leur montant ou par leur nature, dans l'hypothèse où il y aura atteinte à une disposition dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats.⁽³⁾ En l'absence de règles de forme ou de procédure ayant cet objet, relatives à ces marchés, seul un manquement à des règles de fond de même nature, pourra entraîner la mise en œuvre du délit de l'article 432-14 du code pénal. Ces règles de fond figurent dans le nouveau code, notamment à l'article 1^{er} qui dispose que les marchés publics respectent les principes de "liberté d'accès à la commande publique" et "d'égalité de traitement des candidats".⁽³¹⁾ Ces deux règles, applicables à tous les marchés, ont bien pour objet de garantir "la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics" exigées par l'article 432-14 du code pénal. Par conséquent, même s'il n'est soumis à aucune obligation de forme propre à justifier de leur respect, lorsqu'il passe des marchés sans mise en concurrence, l'acheteur public devra veiller à l'application de ces règles de fond qui vont par ailleurs, contribuer à l'efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics énoncées à l'article 1^{er} au titre des principes fondamentaux de la commande publique. Il en résulte que le délit de favoritisme sanctionne les "manquements directs" à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics (2-1) et plus classiquement, les manquements à des règles de procédure lorsqu'elles ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics (2-2).

2 - 1 Le délit de favoritisme sanctionne les "manquements directs" à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics

Cette situation n'est pas nouvelle. Elle est consécutive à l'évolution qui a eu lieu depuis la création du délit de favoritisme. Dans un premier temps l'infraction n'était susceptible de sanctionner que les seuls manquements à des dispositions du code, qui étaient des règles particulières, propres à la passation des marchés applicables aux diverses procédures (2-1-1). Puis le décret du 15 décembre 1992 a introduit dans le code des marchés publics, le droit pour tout fournisseur ou entrepreneur d'accéder librement aux marchés et le traitement égalitaire des candidats. Ces règles qui avaient pour objet de garantir "directement" le principe de liberté d'accès et d'égalité applicable à l'ensemble des marchés en dehors de toute violation de règles particulières, de forme ou de procédure, ne s'appliquaient cependant pas aux achats sur factures qui en étaient expressément exclus⁽²⁷⁾ (2-1-2). Le nouveau code vient consacrer la portée générale de ces règles, et les a rendues applicables aux marchés sans formalités préalables (2-1-3). Cette situation permet, dans certaines hypothèses, d'envisager de faire sanctionner par le délit de favoritisme des manquements commis à l'occasion de la passation de marchés sans mise en concurrence et notamment de marchés sans formalités préalables (2-1-4).

2-1-1 Le délit de favoritisme en tant que sanction de règles particulières

À l'origine, le code des marchés publics était pour l'essentiel une compilation de dispositions de forme et de procédures, ayant pour objet de réglementer les conditions dans lesquelles les personnes publiques pouvaient passer des marchés ou conclure ce que l'on appelait alors des achats sur simples factures. Si aucune règle écrite de portée générale n'indiquait l'esprit dans lequel cette réglementation devait s'appliquer, le juge administratif ne manquait pas de rappeler à travers ses décisions, que cette matière était gouvernée par deux principes généraux du droit, celui relatif à la liberté d'accès issu de la liberté du commerce et de l'industrie et le principe d'égalité. Pour autant, l'article 432-14 du code pénal exige pour pouvoir s'appliquer "une disposition législative ou réglementaire". En l'absence de règles de cette nature ayant une portée générale, seules les règles particulières contenues dans les différentes procédures étaient susceptibles de constituer le délit.

2-1-2 La survenue de règles de portée générale pour garantir "directement" le principe de liberté d'accès et d'égalité

L'article 26 du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992, a introduit à l'article 47 de l'ancien code, deux règles de fond venant s'ajouter aux autres règles du code avec pour vocation à raison de leur portée générale, de les compléter : "les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics" ; "ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres". Depuis lors, tout manquement à ces règles est susceptible de constituer le délit de favoritisme, leur objet étant bien de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés contenu dans l'article 432-14 du code pénal. Il convient d'observer que si ces règles de fond, posées par le décret du 15 décembre 1992 ont pour objet de garantir ce principe, elles ne doivent pas, malgré la similitude des termes, se confondre avec lui. Elles sont plus précises que le principe général qu'elles garantissent. Ainsi, l'article 47 de l'ancien code parle d'égalité de traitement dans l'examen des candidatures ou des offres des candidats, alors que le principe de liberté d'accès et d'égalité a une vocation générale qui va bien au-delà du traitement des candidatures ou des offres. Il a vocation à recouvrir l'ensemble de la procédure, préparation, passation, exécution, il s'applique aux marchés publics et aux délégations de service public. Enfin, l'origine des deux textes est distincte, législative et réglementaire.

2-1-3 La consécration des règles de portée générale pour garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité

Le nouveau code n'a pas modifié ce mécanisme. Il a maintenu les règles contenues à l'article 47, en les étendant et en généralisant leur portée. Après avoir précisé que tous les contrats à titre onéreux passés par les personnes publiques soumis au nouveau code sont des marchés, ce qui inclut les marchés sans formalités préalables, l'article 1^{er} poursuit : "les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures". L'article 1^{er} parle "de liberté d'accès à la commande publique" et "d'égalité de traitement des candidats", alors que pour l'ancien article 47 plus restrictif, les fournisseurs et entrepreneurs qui pouvaient se porter librement candidats aux marchés bénéficiaient d'une égalité de traitement seulement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres.

Le nouveau code soumet donc l'ensemble des achats, y compris ceux sur simples factures, désormais appelés marchés sans formalités préalables, aux règles de fond mentionnées à l'article 1^{er} du nouveau code. L'esprit est donc différent. Nous ne sommes plus en présence d'une réglementation, mais d'un droit des marchés, avec des règles de portée générale qui gouvernent l'ensemble des dispositions qui régissent la passation des marchés et qui vont compléter l'ensemble des règles relatives à l'achat public et les éclairer. Ainsi la distinction qu'il conviendra d'opérer pour l'étude du délit de favoritisme ne sera pas seulement fonction de l'application ou non des formalités exigées par le code, mais du respect ou non du principe de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats, à travers ces formalités ou directement.

2-1-4 L'application du délit de favoritisme aux marchés sans mise en concurrence

Dans les marchés sans mise en concurrence, le délit ne pourra pas s'appliquer pour des manquements à des formalités qui garantissent le principe, puisque ces marchés en sont dispensés. Mais, le délit de favoritisme est susceptible de s'appliquer en cas de manquement à l'article 1^{er}. On doit considérer que les acheteurs publics qui passent des marchés sans mise en concurrence, y compris lorsqu'ils passent des marchés sans formalités préalables, vont devoir respecter un certain nombre de règles qui les conduiront à se soumettre au principe de liberté d'accès et d'égalité : le besoin devra être déterminé, les prestations définies, les entreprises aptes à répondre aux besoins recherchés, le cas échéant une négociation minimum réalisée, en définitive l'efficacité et le bon usage des fonds publics qui s'imposent à tout acheteur quelle que soit la procédure, devront être assurés. S'il apparaît en effet que dans un secteur donné, la même entreprise est sans motif et de façon répétitive bénéficiaire de prestations, si ces prestations sont d'un montant élevé par rapport à l'état normal du marché ou si les besoins de la personne publique n'apparaissent pas fondés, si les prestations se trouvent sciemment supérieures au besoin de la personne publique ou si en présence de plusieurs devis on établissait que l'acheteur n'a pas pris l'offre la plus avantageuse ou s'il a permis le règlement d'un marché non exécuté en totalité... on devra s'interroger sur l'existence d'actes de favoritisme pris dans tous les sens de ce concept.

Sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal : en attribuant des prestations à une entreprise déterminée en violation de ces règles, l'acheteur a bien "procuré à autrui un avantage injustifié, par un acte contraire à une disposition législative ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés" à savoir l'article 1^{er}. Notons que la différence qu'il y a lorsque c'est une formalité contenue dans une disposition particulière qui garantit le principe qui est violée, c'est que l'avantage injustifié est en quelque sorte présumé par la seule violation de la règle particulière.⁽⁴⁵⁾ Quand il n'y a pas de texte particulier, il faudra prouver l'octroi d'un avantage injustifié au sens de l'article 432-14 du code pénal, par exemple en recherchant si le devis retenu est bien le plus avantageux pour la personne publique.

Sur le fondement de l'article 432-12 du code pénal : lorsque le favoritisme résulte d'une atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité qui pourrait s'expliquer par un choix subjectif, il faudra rechercher si ces anomalies dans l'attribution du marché, ne sont pas en relation avec un "intérêt quelconque" qui peut être personnel, familial, relationnel... pris "directement ou indirectement" dans l'opération concernée par l'acheteur public, qui pourrait se trouver sanctionné au titre d'une prise illégale d'intérêts.⁽³²⁾

On ne saurait donc trop suggérer aux acheteurs afin d'éviter toute contestation ultérieure, d'être en mesure le cas échéant, de justifier du respect des obligations de fond qui s'imposent à eux. Ils peuvent à cette fin conserver les devis qu'ils ont pu solliciter auprès de fournisseurs ou d'entrepreneurs, et les renseignements obtenus à l'occasion de la recherche de produits ou de prestations, quant à la qualité et au prix. Cette recommandation figure d'ailleurs depuis longtemps dans l'instruction édictée par la Commission centrale des marchés, *"la passation de telles commandes qui répond au souci de faciliter les achats de faible montant, ne dispense pas de faire jouer la concurrence ; celle-ci doit être mise en œuvre "sans formalisme", afin de sauvegarder les intérêts de la collectivité publique (...) il est en outre rappelé que la procédure des commandes hors marché est une simple faculté qui ne fait nullement obstacle à la passation d'un marché écrit dans les formes réglementaires (...)"*⁽¹⁶⁾

2-2 Le délit de favoritisme sanctionne les manquements aux procédures, qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés

Les dispositions qui régissent les marchés sans mise en concurrence dérogent au principe posé par l'article 26 du code qui prévoit que les marchés sont passés selon la procédure de l'appel d'offres. Elles dérogent en particulier aux règles de publicité et de mise en concurrence qui garantissent le principe de liberté d'accès et d'égalité. Si les procédures sans mise en concurrence sont par là même très recherchées, leur utilisation en violation des conditions qui s'imposent à l'acheteur pour leur application, est sanctionnée par l'article 432-14 du code pénal.

2-2-1 Les procédures des marchés "sans formalités préalables"

2-2-1-1 Quant à leur montant

C'est le seuil de 90 000 € HT [706 000 F TTC] qui fixe la limite au-dessus de laquelle un marché avec formalisme est obligatoire (article 28). L'évaluation de ce seuil doit être faite selon l'article 27 du code (supra 1-1-1-1).

Le recours à ce type de marchés sans formalités préalables a souvent eu lieu pour s'affranchir des dispositions contraignantes qui s'imposent à l'acheteur public, en fractionnant des opérations afin de "déclasser" la procédure, compte tenu du montant estimé. L'acheteur peu scrupuleux passera ainsi plusieurs marchés sans formalités préalables pour éviter les procédures de mise en concurrence : mise en concurrence simplifiée ou appel d'offres. Un tel manquement est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal par violation des dispositions de l'article 26 qui pose le principe de l'appel d'offres, cette disposition ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés.

Notons que dans l'hypothèse où une personne publique n'a pas décidé d'utiliser une procédure sans formalisme, alors qu'elle en avait la possibilité, se situant par exemple au-dessous du seuil de 90 000 € HT, elle se trouvera tenue par l'un des cadres juridiques de l'article 26 qu'elle aura choisi. Ce texte dispose que *"les marchés sont passés sur appel d'offres"*. Ce principe est général et doit s'appliquer sauf volonté contraire au moins tacite. Le texte poursuit : *"toutefois ils peuvent aussi être passés sans formalités préalables"*... Ainsi si elle n'utilise pas une des procédures dérogatoires, la personne publique doit être considérée comme étant demeurée dans la procédure de droit commun applicable par principe, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés et dont les manquements sont constitutifs du délit de favoritisme.

2-2-1-2 Quant à leur nature

A - Les achats de denrées alimentaires périssables

Les conditions de fond contenues à l'article 29, denrées alimentaires périssables, achat dans les conditions les plus avantageuses, achats sur les foires, marchés ou lieux de production, n'ont pas pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés. En revanche l'utilisation de cette procédure et l'attribution d'un marché sans formalités préalables, au-dessus du seuil de 130 000 € HT pour l'État et 200 000 € HT pour les collectivités territoriales ou l'utilisation irrégulière de ces règles relatives aux achats de denrées alimentaires au-dessous de ces seuils et au-dessus du seuil de 90 000 € HT en dehors des conditions de l'article 29 du code, constituent des actes contraires à l'article 26 qui pose le principe de l'appel d'offres et dont l'objet est de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats au marché. De tels manquements sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

B - Les marchés de services

La procédure de dévolution de ces services ne les soumet à aucun formalisme pour assurer la garantie du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés.

Les seules obligations prescrites à l'article 30 sont relatives à la définition des prestations par référence à des normes, et l'envoi d'un avis d'attribution. Aucune de ces dispositions n'ayant pour objet de garantir le principe énoncé, le délit de favoritisme ne pourra pas sanctionner ces manquements de procédure. Le délit pourra en revanche être constitué de façon plus classique, en violation de l'article 26 précité, si un acheteur utilise cette catégorie de marchés sans formalités préalables, pour passer des marchés qui ne pouvaient bénéficier de ces dispositions et qui auraient dû être passés selon la procédure d'appel d'offres. Le risque d'irrégularité est d'autant plus important que les services juridiques, sociaux, sanitaires, récréatifs, culturels... sont difficiles à délimiter avec précision. Les rédacteurs du code conscients de la difficulté ont prévu que la liste exhaustive de ces services sera fixée par décret (article 30 du code). On doit considérer qu'en l'absence de cette liste, ce texte ne peut recevoir application et que le droit commun des marchés doit s'appliquer.

2-2-2 Les procédures des marchés négociés sans publicité ni mise en concurrence

A - Des procédures qui se caractérisent par leur complexité (articles 35-III 1°, 2° et 4° du code)

- Les marchés de l'article 104-II de l'ancien code, que l'on trouve aujourd'hui à l'article 35-III 4°, ont souvent été utilisés par des acheteurs peu scrupuleux, pour s'affranchir de toute mise en concurrence et favoriser ainsi des entreprises.

Ce moyen de fraude est d'autant plus aisé à mettre en œuvre que c'est l'acheteur qui décide du choix de la procédure dérogatoire et qui apprécie les conditions de son application même s'il doit être en mesure d'en justifier les raisons qui peuvent comme en l'espèce être techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.

- À côté des marchés sans publicité ni mise en concurrence de l'article 104-II de l'ancien code, le nouveau code a développé les marchés de reconduction et complémentaires (article 35-III 2° et 1°). Ils permettent d'attribuer au titulaire du marché des nouveaux marchés distincts du marché initial. Les conditions posées pour leur application devront de la même manière et comme pour toute procédure dérogatoire à l'appel d'offres pouvoir être justifiées par l'acheteur qui les utilise.

B – Les effets de la complexité des textes sur l'application de l'article 432-14 du code pénal

La complexité des textes de l'article 35-III 1°, 2° et 4° rend leur interprétation délicate et fait prendre à leurs utilisateurs le risque de se trouver poursuivis sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal pour avoir accordé à tort un tel marché, sans publicité ni mise en concurrence. La tentation sera grande pour l'acheteur qui veut favoriser un entrepreneur, de décider que l'on se trouve dans les conditions de ces dispositions et d'octroyer des fournitures, des travaux ou des services en éludant l'obligation de mise en concurrence.

L'acheteur qui appliquerait ces textes irrégulièrement, soit parce qu'il n'a pu justifier des conditions de mise en œuvre de la procédure dérogatoire ou parce qu'il a été établi qu'elle avait été utilisée abusivement et qui se trouverait poursuivi sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal, pourrait à notre sens difficilement invoquer l'erreur de droit prescrite à l'article 122-3 du même code⁽³⁴⁾, en tentant de justifier que c'est *"par une erreur sur le droit qu'il n'était pas en mesure d'éviter"*, qu'il a légitimement cru pouvoir accomplir l'acte reproché, alors que c'est volontairement qu'il a décidé de déroger au principe de la procédure d'appel d'offres prescrit à l'article 26 du nouveau code. L'acheteur public qui décide de déroger à la procédure de droit commun, devra par le fait même être en mesure de justifier que les conditions contenues dans le texte dérogatoire étaient bien remplies. Les personnes responsables des marchés disposant par ailleurs des moyens, par leurs services ou en interrogeant les autorités compétentes, de connaître l'état d'une question ne pourront invoquer l'ignorance ou l'incompétence.

La MIEM a considéré, sous réserve des cas d'urgence et de la préservation des domaines couverts par un secret, que l'unique moyen de savoir si une entreprise est la seule à pouvoir assurer une prestation, est de solliciter les entreprises en lançant un avis d'appel public à la concurrence.⁽³⁵⁾ L'acheteur même le mieux informé et de la meilleure foi, peut ne pas connaître la capacité technique de toutes les entreprises d'un secteur déterminé.

II- Les marchés avec mise en concurrence

1 - Le domaine et le statut des marchés avec mise en concurrence

1-1 Le domaine des marchés avec mise en concurrence

Le nouveau code prévoit six catégories de procédures avec mise en concurrence. Il s'agit des procédures d'appel d'offres, de mise en concurrence simplifiée, négociées avec mise en concurrence, d'appel d'offres sur performances, de concours, de maîtrise d'œuvre.

1-1-1 La procédure d'appel d'offres

On distingue l'appel d'offres ouvert de l'appel d'offres restreint, l'article 33 alinéa 5 du nouveau code précise que la personne responsable du marché est libre de choisir entre les deux appels d'offres.⁽³⁷⁾

L'article 33 alinéa 1^{er} définit l'appel d'offres comme : *"la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats"*. Il en résulte que les deux éléments qui distinguent le marché sur appel d'offres des procédures négociées, sont d'une part une attribution sur le fondement de critères annoncés, d'autre part une procédure gouvernée selon le principe de l'intangibilité des offres. Ce sont ces exigences qui permettent à cette procédure de garantir le mieux le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés et d'assurer dans les meilleures conditions la protection de l'ordre public économique et financier.

L'appel d'offres est la procédure de droit commun des marchés publics. Elle a conservé dans le nouveau code sa place de procédure de principe. C'est sur son support que tout achat public doit être attribué. L'utilisation de procédures qui lui sont dérogeantes doit pouvoir être justifiée par la personne responsable du marché selon les conditions qui les autorisent. L'article 26 du code qui prescrit que *"les marchés sont passés sur appel d'offres"*, énumère les différentes autres procédures qui peuvent, selon les cas se substituer à elle. L'article 33 dernier alinéa précise que les marchés sont passés sur appel d'offres au-delà du seuil de 130 000 € HT pour l'État et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales, et il ajoute : *"il peut également être recouru à cette procédure en dessous de ces seuils"*.

Son domaine d'intervention se réduit cependant à chaque réforme comme peau de chagrin⁽¹⁸⁾ et l'on peut dire aujourd'hui qu'elle est devenue de fait, une procédure d'exception, venant loin derrière l'ensemble de plus en plus volumineux constitué par les marchés sans formalités préalables et les marchés qui peuvent être attribués après négociation.⁽⁵⁰⁾ Trois arguments sont généralement mis en avant pour expliquer son délaissement. Tout d'abord sa lourdeur. C'est d'une façon générale le problème de toute procédure, mais avec une contrepartie essentielle qui est la protection des droits des individus. Il n'est de plus pas sûr que la procédure d'appel d'offres soit pour l'acheteur public une entrave. Il est beaucoup plus difficile de conduire une négociation qui doit respecter la règle de l'égalité des candidats dans le traitement des offres, que de procéder à une application de critères objectifs et annoncés. La procédure négociée qui peut donner le sentiment qu'elle permet d'attribuer le marché *"comme on veut et à qui l'on veut"*, est en réalité beaucoup plus aléatoire que l'appel d'offres pour ce qui concerne la sécurité juridique des acheteurs. On a affirmé aussi, que la négociation permet, mieux que l'appel d'offres, de déterminer le besoin de la personne publique ou les prestations qui lui correspondent. Cette facilité constitue un risque pour la sécurité juridique de l'acheteur, elle pourra le conduire à porter atteinte à la règle de libre accès dans les marchés, pour n'avoir pas déterminé son besoin avant tout appel à la concurrence ou à la négociation, et n'avoir pas informé comme il convenait les candidats potentiels au marché. On a enfin douté de l'efficacité de la procédure d'appel d'offres en ce qui concerne la protection de l'ordre public économique et financier, cette procédure n'ayant pas empêché les irrégularités que l'on a connues. Ce type d'argument n'est à l'évidence pas pertinent. On ne supprime pas un règlementation au motif qu'elle ne peut empêcher en toute circonstance qu'on la transgresse. Ce sont en réalité les insuffisances de l'appel d'offres qui ont permis les manquements dénoncés. L'insuffisance la plus criante consiste à faire jouer un rôle essentiel à une commission mal ou pas informée, qui n'a aucune maîtrise sur le déroulement de la procédure, qui ne dispose d'aucun moyen réel pour s'instruire des affaires, qui ne dispose d'aucune autorité sur les services de la collectivité et qui souvent va entériner ce qui a été décidé par d'autres, exécutifs, techniciens, maîtres d'œuvre. On doit pourtant observer que malgré l'inadaptation de leur statut, les membres des commissions d'appel d'offres ont fréquemment été à l'origine de la découverte des irrégularités (infra 1-2-4-2 A).

1-1-2 La procédure de mise en concurrence simplifiée

Il s'agit d'une procédure négociée, précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence. Cette procédure définie à l'article 32, apparaît comme une innovation. Elle rappelle la procédure négociée de l'article 104-I-10^o de l'ancien code, dérogeante de l'appel d'offres pour les marchés dont la valeur n'excédait pas pour le montant total de l'opération 700 000 F TTC. Avec le nouveau code cette procédure peut être diligentée lorsque le montant du marché est inférieur à 130 000 € HT pour les marchés de l'État [1 019 000 F TTC]⁽²¹⁾ et à 200 000 € HT [1 569 000 F TTC]⁽²¹⁾ pour les marchés des collectivités territoriales.⁽³⁶⁾

Remarque : l'article 32 du code prévoit que la procédure de mise en concurrence simplifiée est applicable "en deçà" de 130 000 € HT pour l'État et de 200 000 € HT pour les collectivités territoriales, tandis que l'article 33 dispose que la procédure d'appel d'offres s'impose "au-delà" de ces seuils. On peut s'interroger sur le sort des marchés qui seront juste de ces montants et qui ne se trouvent compris dans aucune procédure. On ne pourrait certainement pas reprocher dans cette hypothèse à un acheteur de ne pas avoir utilisé la procédure d'appel d'offres. Quant à la procédure de mise en concurrence simplifiée, elle lui serait interdite. Il y a là un vide juridique, certes très marginal, mais qu'il sera prudent de combler rapidement. En l'état, seules les dispositions générales applicables à l'ensemble des marchés nous paraissent pouvoir s'imposer aux marchés de ces montants.

1-1-3 Les marchés négociés avec mise en concurrence

Ils regroupent certains des marchés négociés de l'article 104-I de l'ancien code, avec d'autres marchés nouvellement créés. On distingue ceux passés avec publicité préalable (1-1-3-1) de ceux passés sans publicité préalable (1-1-3-2).

1-1-3-1 Les marchés énoncés à l'article 35-I et 35-IV, passés "après publicité préalable"

- L'article 35-I 1^o, prévoit comme par le passé qu'en cas d'*appel d'offres infructueux*, déclaré dans les conditions prescrites aux articles 60-II alinéa 3 et 65-II alinéa 3, la personne responsable du marché, a la possibilité d'engager une procédure négociée. Le texte précise que dans l'hypothèse où la négociation n'est engagée qu'avec les candidats qui ont été admis à présenter une offre, une nouvelle publicité n'est pas nécessaire. Il est précisé encore que la procédure négociée ne peut s'entendre que si les conditions du marché initial ne sont pas modifiées, faute de quoi il faudra lancer un nouvel appel d'offres.⁽³⁵⁾ L'article 387 du livre V de l'ancien code prévoyait de telles dispositions pour les marchés régis par ce texte.

Le risque bien connu de cette procédure est qu'un acheteur public, s'affranchisse par ce biais des contraintes de l'appel d'offres et qu'il désigne le candidat de son choix par la négociation. S'il est vrai que cette procédure sera parfois la seule possibilité que l'on aura pour sortir de l'impasse dans laquelle peut se trouver un projet en l'absence d'offre acceptable ou recevable, on peut se demander s'il n'aurait pas été plus sage de relancer le marché, avec publicité, plutôt que de permettre à la personne responsable du marché de négocier avec les seuls candidats qui ont répondu à l'appel d'offres. La disposition nouvelle est en retrait par rapport à l'article 104-I-dernier alinéa, qui prévoyait une nouvelle publicité même lorsque les conditions du marché n'étaient pas modifiées.

- L'article 35-I 2^o, autorise à passer un marché négocié lorsque, compte tenu de la prestation à réaliser *les spécifications du marché n'ont pu être établies avec une précision suffisante*. Ce texte n'est applicable que pour les marchés de services. On peut penser que cette disposition concerne des marchés d'une complexité telle qu'il ne sera pas possible d'élaborer le cahier des charges. Le marché négocié permettra d'en préciser les caractéristiques avec les entreprises et de définir les prestations qui répondront au besoin. Il est critiquable dans son principe : le marché de définition et l'appel d'offres sur performances maintenus dans le nouveau code poursuivent le même objectif tout en permettant à l'acheteur public de demeurer dans la procédure de droit commun. Il y a, de plus, un risque de confusion entre l'élaboration du cahier des charges par une entreprise qui agit pour le compte de la personne publique et l'exécution du marché par cette même entreprise. On peut se demander si certaines situations ne risquent pas de mêler intérêt public et intérêt privé. L'acheteur public devra par ailleurs, se montrer particulièrement vigilant en ce qui concerne le respect de l'égalité de traitement des candidats, dans les différentes négociations et dans le choix qui sera opéré, en raison de la complexité même du marché.

- L'article 35-I 3^o, prévoit la possibilité de passer des procédures négociées pour les marchés de travaux et de fournitures, qui sont conclus uniquement à des fins de *recherche, d'essai, d'expérimentation, de mise au point, d'étude ou de développement*, s'ils n'ont pas *"de finalité commerciale immédiate"* précise le texte.

- Dans le domaine de *la défense nationale* l'article 35-IV, permet de conclure, des marchés négociés de fournitures ou de services portant sur des armes, munitions

et matériels de guerre. Ces marchés font l'objet d'une publicité nationale conformément au dernier alinéa du IV de l'article 35.

En cas d'urgence impérieuse, incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, il peut être procédé par un échange de lettres qui doit énoncer la nature des opérations, ainsi que la limite des engagements de l'État, en montant et en durée. Cette hypothèse prévue à l'article 35-IV alinéa 2 ne dispense pas de publicité, sauf si l'on se trouve également dans les conditions de l'urgence impérieuse telle que prescrite à l'article 35-II 1°.

1-1-3-2 Les marchés énoncés à l'article 35-II, passés "sans publicité préalable"

Il convient d'observer, afin de mieux les situer, que bien que passés sans publicité préalable, ces marchés doivent faire l'objet comme les précédents d'une mise en concurrence conforme aux dispositions de l'article 67 du code. En particulier, la personne responsable du marché après avoir recherché les entreprises susceptibles d'exécuter le marché dressera la liste des candidats admis à négocier, dont le nombre ne pourra être inférieur à trois sous réserve d'un nombre de candidats suffisant. Elle leur adressera la lettre d'invitation à présenter une offre et le cas échéant le dossier de consultation. Après l'examen des offres la personne responsable du marché, attribuera le marché à l'issue d'une négociation conduite avec les candidats de son choix.

- L'article 35-II 1°, permet de passer un marché négocié avec mise en concurrence, sans publicité préalable, en cas "d'urgence impérieuse" qui résulte de circonstances imprévisibles pour la personne responsable du marché et qui n'est pas compatible avec les délais des procédures d'appel d'offres ou négociées. Cette disposition figurait dans des termes semblables à l'article 104-I-4° de l'ancien code. Elle correspond aux marchés qui doivent être passés par exemple à la suite de sinistres, qui exigent des remises en ordre immédiates.

- L'article 35-II 2°, prévoit également cette procédure pour les marchés déclarés *secrets* ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État est incompatible avec la mesure de publicité.

- En cas d'urgence, pour les travaux, fournitures et services que l'administration doit faire exécuter au lieu et place du *titulaire défaillant*, l'article 35-II 3° permet qu'un marché négocié soit passé sans publicité. Cette disposition figurait dans l'ancien code à l'article 104-I 3°.

1-1-4 L'appel d'offres sur performances

L'appel d'offres sur performances, défini à l'article 36, peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution ou sur la seule exécution d'un projet déjà établi. La personne responsable du marché va recourir à cette procédure afin de définir les moyens et les solutions techniques ou financières pouvant satisfaire à ses besoins. Elle établit à cette fin "un programme fonctionnel détaillé sous la forme de résultats vérifiables à atteindre ou de besoins à satisfaire". Chaque candidat exposera dans son offre les moyens qu'il envisage de mettre en œuvre pour y parvenir.

1-1-5 Le concours

Le concours peut être ouvert ou restreint. Il permet à l'acheteur, après mise en concurrence et avis du jury dont la composition est prévue à l'article 25 du code, de choisir un plan ou un projet "notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données" (article 38).

1-1-6 La procédure de maîtrise d'œuvre

L'article 74-I du code prévoit que les marchés sont dits de maîtrise d'œuvre lorsqu'ils ont pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs des éléments de mission de l'article 7 de la loi 85-704 du 12 juillet 1985⁽¹²⁾.

1-2 Le statut des marchés avec mise en concurrence

Le statut des marchés avec mise en concurrence s'entend pour l'essentiel des règles relatives à la publicité, à l'agrément des candidats, au dépôt des offres, et au processus de choix.

1-2-1 La publicité des procédures de mise en concurrence

1-2-1-1 L'ouverture à la concurrence par la publicité

L'obligation d'ouverture à la concurrence par la publicité résulte des règles générales posées à l'article 1^{er} du code. La publicité requise a une triple fonction : porter à la connaissance des administrés un projet de dépense publique conformément à la règle de transparence, satisfaire au principe de liberté d'accès des candidats au marché, toute entreprise devant être mise en situation de pouvoir postuler à l'achat public proposé, assurer l'efficacité de l'achat envisagé, l'appel à la concurrence permettant de mettre en compétition le plus grand nombre d'entreprises et de comparer les différentes offres.

Dans cet esprit, la réglementation va prévoir, selon l'importance du marché et sauf exceptions, des dispositions minimales. Avec l'ancien code un avis d'appel public à la concurrence devait être publié dans une revue habilitée à recevoir des annonces légales pour les achats dont le montant estimé était supérieur à 300 000 FTTC et inférieur ou égal à 900 000 FTTC ; une publicité nationale devait être insérée au bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP), pour les achats dont le montant estimé dépassait ce dernier seuil. Un avis d'appel public à la concurrence devait être publié au journal officiel des communautés européennes (JOCE) pour des seuils variant de 130 000 € HT [1 019 881 F TTC]⁽²¹⁾ à 5 000 000 € HT [39 226 229 F TTC]⁽²¹⁾ selon la nature du marché et la collectivité qui le passe. Pour les achats sur simples factures qui étaient d'un montant égal ou inférieur à 300 000 F TTC, aucune publicité n'était exigée.

Le nouveau code tend à aligner la publicité nationale sur les seuils plafonds fixés par les directives européennes. Cette disposition conduit à élever dans une mesure importante les seuils soumis à une publicité nationale et donc à réduire de façon aussi importante le nombre des marchés qui en bénéficieront. Désormais jusqu'à 90 000 € HT, soit 706 000 F TTC,⁽²¹⁾ aucune publicité n'est exigée. À l'exception des marchés passés sans formalités préalables et des négociés passés sans publicité, l'article 40-II du code prévoit que les avis d'appel public à la concurrence sont insérés au BOAMP ou dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales. A partir d'un certain montant les marchés devront être publiés obligatoirement au BOAMP. Il s'agit des marchés dont le montant est supérieur à 130 000 € HT pour les marchés de travaux, de fournitures et de services de l'État, et à 200 000 € HT, pour les mêmes marchés des collectivités territoriales. Pour les marchés de travaux de l'État et des collectivités territoriales la publication au JOCE ne sera exigée qu'au-delà de 5 000 000 € HT et pour les marchés de fournitures et de services la publication au JOCE se fera dans les mêmes conditions que la publication obligatoire au BOAMP (article 40-II et III).

Ces dispositions nouvelles auront pour effet pratique d'augmenter le nombre de marchés exclus de la publicité nationale⁽¹⁸⁾ et donc, compte tenu du statut des journaux d'annonces légales, d'une véritable transparence. Si en effet plusieurs de ces publications ont une diffusion qui leur permet de couvrir l'ensemble du territoire, il n'en est pas de même pour beaucoup d'autres.

Dans ces conditions, nombre de candidats potentiels aux marchés pourraient, selon le choix de la publication, se trouver de fait écartés par des acheteurs qui voudraient réduire la concurrence ou "localiser" un marché et qui auront par ce biais, la faculté de restreindre dans des proportions plus ou moins grandes la concurrence, voire dans certains cas, de la rendre inopérante.

1-2-1-2 La publicité du processus de décision

Les articles 59-I, 62-I et 64-I prescrivent pour ce qui est des appels d'offres ouverts et restreints : "la séance d'ouverture des plis [contenant les candidatures - contenant les offres] n'est pas publique ; les candidats n'y sont pas admis". S'il ne fait pas de doute que le secret des affaires doit être préservé, en ce qui concerne les procédés, les stratégies, les brevets dont disposent les entreprises, on comprend mal, lorsque rien de tout cela n'est en cause, qu'on ne permette pas aux candidats de pouvoir assister à certaines des opérations du processus d'attribution des marchés, afin de mieux assurer le principe de transparence, de garantir une plus grande sécurité juridique et d'éviter que ne s'insinue dans l'esprit des entreprises le "fantasme" du favoritisme pour les marchés qui leur échappent. En ce qui concerne en particulier l'ouverture matérielle des plis, la présence des candidats ou de leurs représentants ne paraît en rien être préjudiciable. De nombreux témoignages font état de ce que très souvent les plis arrivent en commission, ouverts et déjà enregistrés dans le souci de faire gagner à leurs membres un temps précieux. Ce travail préliminaire sera d'autant moins contesté par l'ensemble des membres de la commission que les offres et les lots seront nombreux. Le plus souvent ce type de pratique ne dissimule aucune fraude. Il suffit cependant d'une volonté contraire pour qu'il en soit autrement et il serait alors facile après avoir comparé les offres "en coulisses", de permettre au candidat que l'on veut favoriser de remplacer son offre pour la rendre mieux-disante. Il n'aurait donc pas été

inutile, en l'absence de tout risque pour le secret des affaires, d'autoriser les candidats ou leurs représentants à assister à l'ouverture matérielle des plis, afin qu'ils puissent constater leur intégrité.⁽³⁸⁾

L'article 57-I alinéa 4, prévoit par ailleurs, dans le cadre de la procédure de mise en concurrence simplifiée, la possibilité de départager par tirage au sort les candidatures admissibles dont le nombre dépasserait celui fixé par l'avis d'appel public à la concurrence. Le nouveau code, pas plus que l'ancien, ne prévoit de dispositions propres à garantir la régularité du tirage au sort. Il est regrettable que l'on n'ait pas prévu la possibilité pour les candidats ou leurs représentants de pouvoir être présents à cette opération. Il aurait été essentiel, en l'absence de toute modalité prévue pour y procéder, d'autoriser les candidats qui le demanderaient à y assister.

1-2-1-3 L'avis d'attribution

L'avis d'attribution qui est une formalité importante de la transparence est prévue à l'article 80 du code. Il permet à tout intéressé, candidat ou non de juger au vu des éléments publiés, de la régularité au moins formelle de l'attribution du marché et de l'identité de son titulaire. Étant publié dans les mêmes conditions que l'avis d'appel public à la concurrence, les mêmes réserves peuvent être faites en ce qui le concerne. On doit regretter, dans un domaine aussi sensible que celui des marchés sans formalités préalables, qu'aucune publicité n'ait été prévue à la suite de leur attribution.

1-2-2 L'agrément des candidatures dans les procédures de mise en concurrence

Les candidats aux marchés doivent être préalablement agréés pour que leurs offres ou leurs propositions puissent être prises en compte. Ils doivent tout d'abord remplir des conditions générales, exigées pour tous les types de procédures (1-2-2-1) et des conditions particulières propres aux procédures ouvertes (1-2-2-2) et restreintes (1-2-2-3).

1-2-2-1 Les conditions générales d'agrément des candidatures dans les procédures ouvertes et restreintes

Préalablement à l'examen des offres ou à leur dépôt, l'acheteur public doit examiner les candidatures. Tout le monde ne peut être admis à soumissionner à un marché. Celui qui souhaite accéder à la commande publique doit remplir un certain nombre de conditions d'agrément, qui tiennent à la qualité du candidat et à sa capacité (article 52). Ces conditions de qualité et de capacité, sont pour les procédures dites ouvertes, vérifiées juste avant l'examen de l'offre à proprement parler, qui conduira au choix de l'attributaire. Pour les procédures dites restreintes, les candidats ne pourront préparer et déposer leurs offres qu'après avoir été agréés. Un dossier leur sera remis à cette fin et c'est dans un deuxième temps que le marché sera attribué.

Les conditions générales d'agrément des candidatures sont mentionnées aux articles 43 à 46 du code, l'article 47 prévoyant les sanctions qui pourront être prises en cas d'inexactitude des renseignements fournis. Ces conditions sont relatives en particulier, à la régularité de la situation de l'intéressé au plan fiscal, social et commercial, à l'absence d'interdiction de concourir, d'inscription au bulletin numéro 2 du casier judiciaire de condamnation pénale dans les cinq dernières années pour certaines infractions au droit du travail. Elles permettent aussi d'apprécier, au vu des renseignements fournis, les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats. On comprend que la personne publique soit tenue de veiller à ce que la situation des candidats avec lesquels elle est susceptible de contracter soit régulière et que par ailleurs et avant même de lui permettre de déposer une offre ou de l'examiner, elle vérifie que les entreprises disposent bien de la capacité d'exécuter le marché proposé. Ces conditions générales de qualité et de capacité sont applicables à tous les marchés. On ne pourrait pas attribuer de prestations, sous quelque forme que ce soit, à une entreprise qui ne serait pas en règle au regard de la loi ou qui n'aurait pas la compétence pour réaliser le projet objet du marché ou encore qui serait en liquidation judiciaire. L'avis d'appel public à la concurrence ou le cas échéant le règlement de la consultation qui s'impose par application de l'article 42 aux marchés passés après mise en concurrence, devra contenir les dispositions qui permettront de procéder à l'agrément des candidats, sur la base des articles 43 à 46 du code, à savoir, la liste des pièces figurant à l'article 45, pour justifier de la régularité des situations fiscales et sociales, de l'absence d'interdictions, ainsi que des capacités professionnelles, techniques et financières exigées.

Afin de mettre un terme aux difficultés que présentait la procédure pour l'obtention des attestations établissant la régularité de la situation fiscale et sociale des intéressés, que le système du guichet unique avait déjà améliorée, l'article 46 du nouveau code a désormais prévu de satisfaire à cette formalité par une déclaration sur l'honneur datée et signée. Le marché ne pourra toutefois être attribué au candidat dont l'offre a été retenue, qu'après qu'il aura justifié avoir produit dans le délai qui aura été imparti, les pièces exigées. On ne peut que se féliciter de cette initiative qui se situe dans un mouvement général d'allègement des formalités administratives. Il s'agit d'une mesure qu'il convient de saluer avec d'autant plus d'enthousiasme, qu'elle en entraîne une autre, pour les procédures d'appel d'offres, le classement des offres des candidats par ordre décroissant, l'offre la mieux classée étant retenue (article 53-III), ce qui permettra par comparaison de mieux apprécier la pertinence du choix de l'attributaire.

Dans un souci de transparence et afin de permettre aux candidats qui n'ont pas été agréés de contester cette décision, l'article 76 du code prévoit que dès qu'elle a fait son choix sur les candidatures, la personne responsable du marché doit aviser tous les candidats non retenus de sa décision de rejet et sur la demande écrite de l'un d'entre eux, lui communiquer dans un délai de 15 jours les motifs du rejet de sa candidature. La sanction d'un manquement à une telle disposition ne pourrait se trouver que dans le caractère non opposable du recours contentieux.

1-2-2-2 Les conditions particulières d'agrément des candidatures dans les procédures ouvertes

Les procédures ouvertes sont : l'appel d'offres ouvert, le concours ouvert.

A - L'appel d'offres ouvert

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait été préalablement sélectionné. Pour autant l'acheteur avant d'examiner son offre vérifiera qu'il remplit bien les conditions de qualité et de capacité requises pour concourir à un marché. L'agrément de la procédure d'appel d'offres ouvert débute, selon l'article 59-II, par l'ouverture des enveloppes contenant les candidatures. "La commission d'appel d'offres ouvre l'enveloppe relative aux candidatures et enregistre le contenu". La réglementation antérieure prévoyait immédiatement après l'ouverture des plis, l'enregistrement des candidatures et des offres "dans toutes les parties essentielles, y compris les pièces jointes". Cette mesure plus précise avait pour objet de garantir la sincérité des opérations d'attribution du marché en empêchant des irrégularités qui consistent à permettre à un candidat de modifier ou de compléter son dossier, ou après ouverture des offres, qu'un acheteur utilise la procédure d'agrément pour écarter des entreprises mieux placées que celle qu'il voudrait favoriser. Le décret n'a pas repris cette exigence ni celle de tenue du registre de dépôt des plis. Le nouveau code a semble-t-il privilégié la demande des acheteurs pour un allègement des formalités.

Selon l'article 59-II la sélection des candidatures est faite par la personne responsable du marché pour les marchés de l'État après avis de la commission d'appel d'offres et directement par cette dernière pour les marchés des collectivités territoriales. Elles éliminent les candidatures non admises, en application de l'article 52 alinéa 1er du code.

B - Le concours ouvert

L'article 71 du code dispose qu'en cas de concours ouvert, les plis adressés par les candidats comportent une première enveloppe contenant les renseignements relatifs à leur candidature, une seconde pour les prestations et "sauf s'il n'est prévu que le versement d'une prime" une troisième pour le prix.⁽³⁹⁾ On observe qu'aucune modalité relative à l'ouverture des plis n'a été prévue. S'agissant d'une procédure ouverte, l'examen des candidatures précède immédiatement celui des offres, il n'y a pas d'admission préalable à concourir. Après examen des candidatures le jury donne un avis motivé dont il est dressé procès-verbal. C'est la personne responsable du marché qui arrête la liste des candidats admis à concourir (article 71-2).

1-2-2-3 Les conditions particulières d'agrément des candidatures dans les procédures restreintes

Les procédures restreintes sont : les marchés négociés avec mise en concurrence, la procédure de mise en concurrence simplifiée, l'appel d'offres restreint, l'appel d'offres sur performances, le concours restreint, le concours de maîtrise d'œuvre, le marché de maîtrise d'œuvre limité à l'examen des compétences, références et moyens.

Les procédures restreintes sont utilisées, lorsqu'il apparaît à la personne publique que la qualité ou la capacité des candidats, compte tenu de la particularité ou de la complexité du marché, doit être préalablement vérifiée, avec plus de rigueur procédurale et avec des exigences supplémentaires quant à leurs moyens techniques ou financiers, leurs garanties ou leurs références professionnelles. Une sélection préalable permet par ailleurs d'éviter aux candidats qui disposent de peu de chance d'être agréés de déposer des offres dont la préparation, souvent onéreuse, s'avérerait inutile. En ce qui concerne les acheteurs publics, cet examen préalable leur évitera de gérer tout aussi inutilement un grand nombre de dossiers d'offres.

A - Les marchés négociés avec mise en concurrence

Pour les marchés négociés avec mise en concurrence soumis à une publicité préalable, la procédure d'agrément débute par un avis d'appel public à la concurrence qui mentionne la date jusqu'à laquelle les candidatures pourront être adressées à l'autorité qui a lancé le marché. Cela résulte de l'article 66 qui précise que le délai minimal entre l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence et l'envoi de l'invitation à présenter une offre qui suivra l'agrément des candidats (et qui mettra par là même un terme au délai de dépôt des candidatures, sauf à se trouver incompatible avec les directives), sera au moins de 37 jours. Il pourra être ramené à 15 jours, en cas d'urgence ne résultant pas de la personne publique et pour les marchés de l'État d'un montant inférieur à 130 000 € HT ou pour les marchés des collectivités territoriales dont le montant est inférieur à 200 000 € HT. Après réception des candidatures, la personne responsable du marché détermine les personnes admises à présenter une offre, en tenant compte de leurs qualités et capacités.

Pour les marchés négociés avec mise en concurrence sans publicité préalable, il appartiendra à la personne responsable du marché de prospecter les entreprises susceptibles d'exécuter le marché puis de les solliciter pour qu'elles lui adressent leurs candidatures dans un délai qu'elle aura fixé, en veillant à ne pas contrarier le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés (supra 1-1-3-2).

B - La procédure de mise en concurrence simplifiée

L'article 57 du code prévoit que la procédure d'agrément débute par la publication d'un avis d'appel public à la concurrence qui précise que les candidatures seront reçues, dans un délai qui ne pourra être inférieur à 20 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence et le cas échéant, le nombre maximum de candidats qui seront admis à déposer une offre. Selon l'article 57-I-alinéa 8 ce nombre ne pourra être inférieur à trois, sous réserve qu'il y ait suffisamment de candidats admissibles. Les candidatures reçues dans le délai prescrit vont être examinées par la personne responsable du marché. Elle élimine celles qui sont irrecevables en application du 1^{er} alinéa de l'article 52 et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre.

Si le nombre des candidats agréés est supérieur au chiffre maximum prévu, s'il en a été fixé un, "ces candidatures sont départagées par tirage au sort" (article 57-I alinéa 4). Aucune indication n'est donnée sur les conditions et les formes dans lesquelles il sera procédé au tirage au sort ni par qui. On peut penser que ce sera la personne responsable du marché. Il est à craindre, comme ce fut le cas par le passé pour le tirage au sort de l'appel d'offres restreint, que l'on se trouve souvent en présence de tirage au sort "fictif" effectué sans aucune possibilité d'en vérifier la régularité. Dans la procédure de mise en concurrence simplifiée, qui dans le nouveau code remplace la procédure négociée au quantum, avec un seuil beaucoup plus élevé ⁽¹⁸⁾, on aura tout lieu de craindre que ce type de difficulté soit fréquent. En cas de fraude, la personne responsable du marché, qui procéderait à des désignations arbitraires, pourrait être poursuivie des chefs de favoritisme et de faux en écritures. Il sera toutefois difficile d'en rapporter la preuve, compte tenu de l'absence de tout formalisme.

Cependant rien ne devrait pouvoir s'opposer à ce que les candidats puissent assister au tirage au sort (supra II 1-2-1-2). Cette formalité n'est pas soumise au secret. La personne responsable du marché pourrait décider d'y procéder dans la transparence.

L'article 57-I alinéa 5 précise que la personne responsable du marché avise les candidats non retenus du rejet de leur candidature. Cette précision est inutile, elle figure déjà à l'article 76 qui pose une règle générale applicable à tous les marchés.

C - L'appel d'offres restreint et l'appel d'offres sur performances

L'appel d'offres est dit restreint, lorsque seuls les candidats qui auront été préalablement sélectionnés pourront remettre des offres. Cette sélection préalable sera précédée par application de l'article 61-II d'un avis d'appel public à la concurrence qui mentionnera le délai de réception des candidatures qui ne pourra être inférieur à 37 jours -ou 21 jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT-, à compter de la date de l'envoi de l'avis à la publication. Ces délais pourront être ramenés à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas de la personne publique. ⁽⁶⁴⁾

L'avis d'appel public à la concurrence fixera également, le cas échéant, le minimum et le maximum de candidats autorisés à présenter une offre. Le nombre minimum ne pourra être inférieur à 5 (article 61-I). La fixation d'un minimum et d'un maximum n'est pas une obligation. L'acheteur public peut laisser la concurrence décider du nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre, sous la seule réserve de la recevabilité et de l'agrément de leur candidature.

Dans l'ancien code les articles 97 alinéa 3 et 299 bis alinéa 3 prévoyaient en appel d'offres restreint la possibilité de fixer un nombre maximum de candidats. Il précisait que les candidatures équivalentes étaient, en cas de dépassement de ce chiffre, départagées par tirage au sort. Le recours au tirage au sort n'a pas été repris par le nouveau texte. Selon l'article 52 alinéa 2 du code le nombre de candidats admis à déposer une offre sera limité au nombre maximum de candidats, selon le mérite des candidatures, ce qui ne sera pas toujours simple à établir. Les candidatures seront sélectionnées au terme d'un classement prenant en compte les garanties et capacités techniques et financières ainsi que les références professionnelles des candidats. L'article 52 dernier alinéa précise que les critères qui seront privilégiés seront indiqués dans le règlement de la consultation. Il va sans dire que la commission et la personne responsable du marché devront veiller à établir la liste des candidats admis à déposer une offre, en respectant strictement cette hiérarchisation des critères.

Ce système risque fort d'être inéquitable. En sélectionnant les candidats selon les capacités techniques et financières et les références professionnelles, on peut craindre que les entreprises les plus importantes soient toujours préférées par rapport à d'autres, qui pourraient parfaitement exécuter le marché, mais qui ne disposant pas des mêmes références et capacités, compte tenu de leur taille ou de leur activité se trouveront de ce fait éliminées.

Plus délicates encore sont les conséquences de la fixation d'un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre. On peut comprendre la nécessité qu'il y ait suffisamment d'offres pour assurer une véritable concurrence. L'article 61-I précise que dans ce cas le nombre minimum ne peut être inférieur à cinq. Cette disposition issue des directives communautaires et qui figurait à l'article 383 du livre V laisse perplexes. Le minimum de cinq ne pourra, pour certains marchés, être jamais atteint, compte tenu par exemple de leur particularité ou du nombre restreint d'entreprises susceptibles de concourir. Que se passera-t-il alors ? On ne pourra utiliser la procédure de l'appel d'offres infructueux, l'article 35-I 1^{er} ne prévoyant cette possibilité que pour les marchés qui n'ont fait l'objet d'aucune offre ou pour lesquels il n'a été proposé que des offres irrecevables ou inacceptables, ce qui n'est pas le cas. Nous pensons que dans cette situation seul le lancement d'une nouvelle procédure sans fixation d'un minimum et d'un maximum permettra de passer le marché.

- Selon l'article 62, la procédure se poursuit par l'ouverture des plis et leur examen effectué comme il vient d'être dit. Seuls les plis reçus au plus tard à la date limite annoncée dans l'avis d'appel public à la concurrence, sont ouverts par la commission d'appel d'offres qui les examine et qui donne son avis, pour les marchés de l'État, à la personne responsable du marché qui selon l'article 52 élimine les candidatures irrecevables pour défaut de qualité et arrête la liste des candidats admis à présenter une offre. Pour les marchés des collectivités territoriales, c'est la commission d'appel d'offres qui procède directement à l'agrément des candidats dans les mêmes conditions.

Les mêmes règles sont applicables à l'appel d'offres sur performances et au marché de conception-, réalisation (articles 68 à 70).

D - Le concours restreint

Aucun délai minimum n'a été prévu pour le dépôt des candidatures. ⁽⁶⁴⁾ Aux termes de l'article 71-2, le jury examine les candidatures, dresse un procès-verbal dans lequel il relate les circonstances de son examen et formule un avis motivé. Le procès-verbal est signé par tous les membres du jury. La liste des candidats est ensuite arrêtée par la personne responsable du marché. Si le nombre de candidats autorisés à déposer une offre est dépassé, l'article 52 alinéa 2 prévoit une sélection non pas relative au marché considéré, mais générale, ce qui conduira comme il a été dit (supra c) à préférer les entreprises qui disposeront d'une surface professionnelle et financière plus importante. On peut penser que comme les membres de la commission d'appel d'offres, les membres du jury peuvent demander que leurs observations soient portées sur le procès-verbal, même si l'article 25 du code ne l'a expressément prévu que pour le représentant de la direction générale de la concurrence et le comptable public.

Les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés selon la procédure du concours restreint lorsque le montant estimé du marché est supérieur à 200 000 € HT (article 74-II 3). La disposition selon laquelle aucun délai minimum n'a été prévu pour le dépôt des candidatures, leur est donc applicable. On doit le regretter. Les articles 108 ter et 314 ter alinéas 2 de l'ancien code prévoyaient que le délai de réception des candidatures ne pouvait être inférieur à 21 jours à compter de la date d'envoi de l'avis d'appel de candidatures à la publication. Ce délai constituait une garantie pour les candidats, quant au respect de leur liberté d'accès aux marchés. Un délai

bref favorisera les cabinets de maîtrise d'œuvre qui auront des moyens importants pour pouvoir réagir rapidement en constituant un dossier dans les meilleures conditions.

E - La maîtrise d'œuvre limitée à l'examen des compétences références et moyens

L'ancien code organisait une procédure en trois phases. La première à partir de 300 000 F TTC et jusqu'à 450 000 F TTC prévoyait une sélection des candidats à partir des compétences et moyens, les références n'étant exigées qu'au-dessus de ce seuil. Cette procédure n'était pas sans intérêt. Elle permettait aux architectes et aux bureaux d'études sans grande expérience d'accéder aux marchés de moindre importance quant au montant. Le nouveau code ne prévoit plus ce type de marché. Les références sont obligatoires dès le premier seuil fixé à partir de 90 000 € HT (706 000 F TTC)⁽¹⁶⁾. Sauf à bénéficier des aléatoires marchés sans formalités préalables, on peut penser qu'il sera beaucoup plus difficile désormais aux maîtres d'œuvre qui n'ont pas pu acquérir d'expérience suffisante de s'intégrer dans le domaine de l'achat public. Ils risquent de se retrouver dans le cercle vicieux : pas de référence, pas de marché, pas de marché pas de référence.

Le nouveau code a ainsi réduit le marché de maîtrise d'œuvre à deux procédures, selon le montant du marché. La mise en compétition peut être limitée à l'examen des compétences références et moyens, lorsque le montant du marché est compris entre 90 000 € HT et 200 000 € HT.⁽⁴⁰⁾ La liste des candidats admis à négocier dont le nombre ne peut être inférieur à trois sous réserve d'un nombre de candidats suffisant (article 74-II 2) est dans ce cas arrêtée par la personne responsable du marché après avis du jury. Au-dessus de ce seuil, la procédure sera celle du concours restreint, sauf les hypothèses où la personne publique n'est pas tenue de retenir la procédure du concours (article 74-II 3 alinéa 4).

Remarque : pour les procédures restreintes, l'avis d'appel public à la concurrence devra mentionner la date limite de dépôt des candidatures. Dans la plupart des procédures restreintes, un délai minimum a été fixé par le code. Pour le concours restreint et la procédure de maîtrise d'œuvre simplifiée, aucun délai minimum n'a été prévu.⁽⁵⁴⁾ Pour autant nous considérons que la personne responsable du marché devra fixer une date limite de dépôt des candidatures qui corresponde au moins au temps moyen qui paraît nécessaire pour constituer le dossier, compte tenu de la nature et de l'importance de l'affaire. Cette formalité s'impose selon nous par application de l'article 1^{er} du code qui prescrit la liberté d'accès aux marchés.

1-2-3 le dépôt des offres dans les procédures de mise en concurrence

1-2-3-1 Le dépôt des offres dans les procédures ouvertes ou restreintes

A - Considérations générales

Il faut que les candidats au marché disposent du temps nécessaire à l'élaboration de leur offre et qu'ils connaissent avec précision le délai qui leur est imparti à cette fin. Ce temps doit aussi être suffisant pour que les entreprises même modestes et ne disposant pas de moyens importants pour établir leur offre puissent accéder au marché, sans être lésées par un délai trop court.

B - Les renseignements complémentaires

Les articles 58-II dernier alinéa pour l'appel d'offres ouvert, 63-II avant dernier alinéa pour l'appel d'offres restreint et 67 alinéa 4 pour les procédures négociées du nouveau code s'inspirant des directives, prévoient la possibilité pour la personne responsable du marché de communiquer en cours de procédure des renseignements complémentaires sur les cahiers des charges. Ces renseignements complémentaires devront être communiqués 6 jours au plus tard avant la date limite qui a été fixée pour la réception des offres. On doit se montrer vigilant sur cette possibilité qui n'était prévue dans le précédent code qu'au titre du livre V (article 384). On peut admettre la communication de renseignements en cours de procédure à condition qu'ils n'aient pas d'influence marquée sur l'élaboration des offres par les candidats. Les renseignements complémentaires ne doivent pas être susceptibles de changer la nature ou la consistance de l'offre de façon significative, jusqu'à conduire les candidats à devoir la modifier dans un délai très bref, de façon substantielle, ce qui constituerait un handicap pour des entreprises ne disposant que de peu de moyens. Les renseignements complémentaires ne doivent pas non plus avoir une importance telle qu'ils puissent modifier le marché, et constituer une atteinte au principe de liberté d'accès, pour les entreprises non-candidates, qui, auraient pu postuler si elles avaient eu connaissance de ces renseignements au moment de la publication du marché. Tout abus dans ce domaine pourrait être constitutif du délit de favoritisme. En cas d'hésitation il conviendrait de s'abstenir ou de procéder au lancement d'une nouvelle procédure. On sera fondé, le cas échéant, à s'interroger sur les motifs pour lesquels ces renseignements n'ont pas été communiqués avec le cahier des charges et à rechercher s'ils ne constituent pas en réalité un moyen de restreindre la concurrence.

La possibilité d'introduire des renseignements complémentaires n'est prévue qu'en cas d'appel d'offres ouvert ou restreint ou de marché négocié. Est-ce à dire que la communication de renseignements complémentaires aux cahiers des charges n'est pas possible pour les autres procédures ou qu'il n'y a pas lieu de les communiquer dans un délai minimum avant la date limite de réception des offres prévue par la lettre de consultation, par exemple en cas de mise en concurrence simplifiée ? S'agissant d'un texte dérogatoire, il convient d'en faire une interprétation stricte et de le limiter aux seules procédures qui y sont mentionnées.

C - Les variantes

L'article 50 du nouveau code généralise à l'ensemble des marchés d'appel d'offres et de mise en concurrence simplifiée, les dispositions de l'article 389 applicables aux contrats énumérés au livre V de l'ancien code selon lesquelles une offre comportant des variantes par rapport aux spécifications des cahiers des charges sera autorisée sauf disposition expresse contraire figurant dans le règlement de la consultation.

Le texte nouveau a inversé les dispositions de l'ancien code qui prévoyait aux articles 97 ter et 300 derniers alinéas qu'une variante à l'objet du marché ne pouvait être prise en considération que si cette possibilité avait été prévue expressément dans l'appel d'offres.

Si la disposition nouvelle permet aux entreprises, d'enrichir le marché par des initiatives qui pourront améliorer des projets, le risque est grand de voir favoriser des candidats par le biais de variantes inédites, considérées comme déterminantes pour l'octroi du marché. Il aurait été utile, afin d'éviter toute irrégularité et pour mieux assurer le respect du principe d'égalité, de prévoir que la personne publique qui souhaite retenir une telle proposition demande aux autres candidats de faire à leur tour des offres sur la variante proposée.

1-2-3-2 Le dépôt des offres dans les procédures restreintes

Dans les procédures restreintes, les candidats retenus doivent, selon les articles 57-I alinéa 6 pour la procédure de mise en concurrence simplifiée, 63-I pour l'appel d'offres restreint et 67 alinéa 2 pour les procédures négociées, être informés *simultanément* de leur admission à présenter une offre, par une lettre de consultation qui mentionnera notamment la date limite de réception des offres. La lettre de consultation mentionnera également jusqu'à quelle date le cahier des charges pourra être demandé.

Les candidats doivent également connaître le temps dont ils disposent pour préparer leur offre. Dans la procédure d'appel d'offres restreint, l'article 63-II prévoit que le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 40 jours à compter de l'envoi de la lettre de consultation, qu'il peut être ramené à 21 jours pour les marchés de travaux dont le montant est inférieur à 5 000 000 € HT [39 MF TTC]⁽²¹⁾ et à 15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de la personne publique.⁽⁵⁴⁾

Si le code a prévu en appel d'offres restreint d'imposer des délais minima pour fixer la date limite de dépôt des offres, il est demeuré muet pour les procédures de mise en concurrence simplifiée, de maîtrise d'œuvre, de concours restreint et négociées.⁽⁵⁴⁾ On doit cependant considérer que conformément au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés, la personne responsable du marché qui doit indiquer aux candidats le délai dont ils disposent, fixera ce délai selon la difficulté que peut présenter l'élaboration de l'offre ou de la prestation.

1-2-3-3 Le dépôt des offres dans les procédures ouvertes

Alors que pour les procédures restreintes, le cahier des charges est demandé par les candidats après leur agrément, en appel d'offres ouvert, l'article 58-II alinéa 4 prévoit que les cahiers des charges permettant aux candidats d'élaborer leurs offres, doivent leur être envoyés par la personne responsable du marché dans les 6 jours qui suivent la réception de la demande pour les marchés de travaux ou de services et dans les 4 jours pour les marchés de fournitures. Cette différence de délai résulte de la "transcription" des directives.

Le délai de réception des offres des procédures d'appel d'offres ouvert ne peut être inférieur à 52 jours à compter de la date d'envoi à la publication. L'article 58-II premier alinéa précise : "ce délai ne peut être réduit même pour des motifs d'urgence".

La procédure du concours ouvert ne prévoit pas de délai de dépôt des prestations. Il devra être fixé par la personne responsable du marché, pour satisfaire au principe de liberté d'accès à la commande publique.

1-2-4 Le choix de l'attributaire du marché dans les procédures de mise en concurrence

Il convient tout d'abord d'observer qu'un candidat peut voir son offre écartée si elle a été déposée hors délai ou si elle ne correspond pas à l'objet du marché ou encore si elle est anormalement basse. De même, toutes les procédures ne conduisent pas nécessairement à la désignation d'un attributaire. Il peut ne pas être donné suite à une procédure pour des motifs d'intérêt général ou l'appel d'offres être déclaré infructueux. Sur ces points, le nouveau code n'innove pas par rapport à l'ancienne réglementation.

1-2-4-1 Les conditions de fond pour procéder au choix

A - Le choix par les critères

- Les critères annoncés

Le jugement des offres par l'utilisation de critères de choix annoncés, est le mode d'attribution du marché le plus respectueux du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats. Il est avec le principe de l'intangibilité des offres le deuxième pilier de la procédure d'appel d'offres.

L'article 53-II du code qui prévoit que les critères doivent permettre de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, interdit par là même tout choix arbitraire. Les candidats qui savent à l'avance les conditions dans lesquelles ils vont être jugés, pourront préparer leur offre en conséquence.

Plusieurs critères sont énumérés, le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères que ceux mentionnés à l'article 53-II peuvent être utilisés, il suffit qu'ils soient justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Cela interdit bien évidemment tout critère sur mesure ou discriminatoire.

L'article 53-II qui contient les critères permettant de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse est inséré au chapitre 3 intitulé règles générales de passation. On peut s'interroger sur ce texte qui a une portée générale et dont on pourrait très bien considérer qu'il s'applique à l'ensemble des procédures. Certes, c'est seulement à l'occasion des procédures d'appels d'offres (articles 60-II et 65-II) et du concours (article 71-3) qu'il est précisé que les choix s'effectuent selon les critères annoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence. C'est aussi en définissant les procédures d'appels d'offres, que l'article 33 précise qu'il s'agit de la procédure selon laquelle la personne choisit l'offre économiquement la plus avantageuse (...) après avoir indiqué les critères d'attribution du marché. On pourrait en déduire que ces précisions n'étant pas données pour les autres procédures, les dispositions de l'article 53-II ne s'appliquent pas à ces dernières.

Toutefois, en bon droit, rien ne permet d'exclure que la règle générale ne s'applique pas à l'ensemble des procédures en l'absence d'exception expresse. Cela serait d'autant plus logique que toute attribution de fournitures ou de prestations si minime soit-elle, est nécessairement faite en fonction de critères, même s'ils n'ont pas été annoncés. Ce serait de plus conforme à l'objectif de transparence que d'informer les candidats des conditions du jugement des offres.

En toute hypothèse, si comme nous le pensons, -mais sous réserve de l'appréciation qui en sera faite par les tribunaux- les auteurs du décret n'ont pas entendu généraliser l'exigence des critères annoncés à toutes les procédures, il est possible et recommandé, même lorsque cela n'est pas expressément prévu par des textes, de décider que le choix se fera à partir de critères qui seront annoncés. D'une façon encore plus générale, il convient de rappeler que la réglementation des marchés est un minimum qui s'impose aux acheteurs, mais que ces derniers peuvent bien évidemment utiliser des procédures plus protectrices du principe de liberté d'accès et d'égalité ou à l'intérieur d'une procédure prévoir des règles ayant ce même objet. Rien n'interdit par exemple, que soit lancée, au-dessous du seuil prévu pour les marchés sans formalités préalables, une procédure de mise en concurrence simplifiée voire un appel d'offres ou de décider dans une procédure de mise en concurrence simplifiée d'annoncer dans l'avis d'appel public à la concurrence les critères sur lesquels le marché sera attribué. Ce sera certainement la meilleure façon de se garantir contre l'insécurité juridique.

- Les procédures concernées

Les procédures qui prévoient spécialement, que les marchés sont attribués par jugement des offres, à partir de critères annoncés et spécifiés dans le règlement de la consultation, sont l'appel d'offres et le concours. Pour les procédures d'appel d'offres, l'offre économiquement la plus avantageuse est choisie pour l'État par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres, pour les collectivités territoriales, par la commission d'appel d'offres (articles 60-II et 65-II). En réalité et désormais, compte tenu de ce que la production de certificats mentionnés à l'article 46 pour l'agrément, n'est exigée qu'au moment de l'attribution, la personne responsable du marché sur avis de la commission d'appel d'offres pour l'État ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales va procéder conformément à l'article 53-III à un classement des offres par ordre décroissant selon les critères. L'offre la mieux classée sera retenue, mais la personne responsable du marché l'éliminera si elle n'est pas en mesure de produire les certificats justifiant qu'elle a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. La personne responsable du marché présente alors la même demande au candidat suivant dans l'ordre de classement des offres.

Cette nouvelle disposition permettra un contrôle plus précis du choix des offres. Toutefois, sauf dans les cas où l'on pourra procéder au choix par le seul critère du prix, l'élaboration de ce classement sera lourde et délicate.

Cette disposition peut par ailleurs présenter un inconvénient. Il faudra veiller particulièrement à ce que cette procédure ne soit pas un moyen commode pour permettre la réalisation d'ententes, en donnant, à une entreprise dont l'offre aura été retenue la possibilité de "céder sa place", tout simplement en ne fournissant pas les certificats délivrés par les administrations...

En ce qui concerne le concours, le jury établit un classement des prestations proposées et c'est la personne responsable du marché qui désignera le ou les lauréats (article 71-4). Il va de soi que dans tous les cas l'avis qui doit être motivé, puis la désignation, ne pourra se faire qu'au regard des critères annoncés et selon une interprétation qui devra leur être conforme.

Les procédures d'attribution des marchés négociés et bien évidemment celles sans formalités préalables ne prévoient spécialement, ni critères, ni la façon dont le choix sera effectué. Pour la procédure de mise en concurrence simplifiée, il est prévu que la personne responsable du marché engage des négociations avec le ou les candidats ayant présenté les offres les plus intéressantes (article 57-I dernier alinéa). On peut en déduire que le choix "final" devra également porter sur le candidat ayant présenté l'offre la plus intéressante. Selon nous, ce choix s'impose d'ailleurs à l'évidence à toutes les procédures sans critères annoncés. C'est la conséquence la plus directe du principe constitutionnel d'égalité. Les procédures qui ne prévoient pas de critères pour procéder aux choix, pourraient laisser penser aux acheteurs qu'il leur est permis de faire comme ils l'entendent. Ce qui est vrai, c'est que l'absence de critères de choix annoncés rend difficile le contrôle de l'attribution régulière des marchés. Mais pour autant les acheteurs ne peuvent agir comme bon leur semble. Ils ne pourront attribuer le marché que dans le respect de la règle de l'égalité de traitement des candidats posée à l'article 1^{er}, c'est-à-dire au candidat qui aura le mieux répondu au besoin et proposé les meilleures prestations au meilleur prix.

- Le problème particulier du METP fondé sur un critère irrégulier

L'article 53-II du nouveau code prescrit que pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse "la personne publique se fonde sur des critères variables selon l'objet du marché". Même si elle peut apparaître comme une évidence, la précision donnée de l'exigence de la relation entre les critères de choix et l'objet du marché méritait d'être soulignée. L'ancien code la mentionnait en affirmant que les critères supplémentaires devaient être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

La technique du METP a nié l'exigence de cette relation. Le METP qui était un marché comprenant la construction ou la rénovation de locaux avec leur entretien, incluant un plan de financement du projet, était dévolu à partir d'un critère fondé en partie sur les modalités de paiement de son prix. De ce fait même lorsque l'acheteur bénéficiait de l'exception à la prohibition du paiement différé de l'article 350 de l'ancien code, ce critère qui était au moins pour partie sans relation avec l'objet du marché, ne pouvait à raison de son irrégularité être retenu pour décider de sa dévolution.

Ce critère de choix ainsi fondé non sur l'objet du marché, mais sur les modalités de paiement du prix, est contraire à l'article 53-II du code qui garantit la liberté d'accès et d'égalité des candidats au marché. Du fait de cette irrégularité, seules les entreprises disposant d'une certaine surface financière pourraient accéder au marché. Ce manquement est par là même constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

C'est dire que c'est à juste titre, que le nouveau code, afin d'éviter toute ambiguïté, a pris des mesures pour empêcher ce type de pratique, qui de plus s'est trouvée être non transparente pour les candidats et ruineuse pour les collectivités. L'article 10 du code interdit que la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage soient constituées en un seul lot. L'article 94 qui prohibe les paiements différés ne prévoit plus d'exception.

B - Le choix par la négociation

- La procédure de mise en concurrence simplifiée

La liste des personnes admises à présenter une offre ayant été établie après agrément des candidats et après tirage au sort si un nombre maximum de candidats a

été fixé (trois au moins sous réserve d'un nombre suffisant de candidats), la personne responsable du marché adresse simultanément aux candidats admis à déposer une offre la lettre de consultation, qui contiendra par application de l'article 57-I alinéa 6 la date limite de réception des offres et le cas échéant le dossier de consultation. Après examen des offres, la personne responsable du marché pourra engager des négociations avec le ou les candidats ayant présenté "les offres les plus intéressantes" (article 57-I dernier alinéa) et elle retiendra une offre à titre provisoire. La sélection préalable à la négociation caractérisée par l'examen des offres ne pourra être arbitraire. Elle devra correspondre aux propositions qui seront objectivement les plus intéressantes ce qui justifiera par là même, le rejet des autres candidats de la négociation. La personne responsable du marché devra en rendre compte dans le cadre du rapport de présentation de l'article 75.

- La procédure négociée

La personne responsable du marché dresse la liste des candidats admis à négocier dont le nombre ne peut être inférieur à trois sous réserve d'un nombre de candidats suffisants. Elle leur adresse une lettre de consultation et le cas échéant le dossier. En application de l'article 67, cette lettre devra indiquer la date limite de réception des offres. La négociation intervient après cette date. La personne responsable du marché engage les négociations avec les candidats de son choix qui ont présenté une offre. Ces précisions qui ne figuraient pas dans l'ancien code permettent de mieux garantir le processus de négociation et par là même d'éviter le risque d'irrégularités. Cette procédure est plus claire que celle de l'article 104-I dernier alinéa de l'ancien code. Au terme des négociations, la personne responsable du marché désigne l'attributaire.

Remarque : à la différence de la procédure de mise en concurrence simplifiée qui prévoit de départager par tirage au sort les candidatures lorsqu'un nombre minimum a été fixé et qui précise que la négociation aura lieu avec un ou plusieurs des candidats qui auront présenté les offres les plus intéressantes, en procédure négociée, la négociation aura lieu, avec les candidats agréés puis choisis "librement" par la personne responsable du marché. Ces choix ne pourront toutefois être arbitraires, ils devront être conformes aux règles générales de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats applicables à l'ensemble des procédures de marchés.

C - Le choix par les critères et par la discussion ou la négociation

Ce sont des procédures qui contiennent, pour la détermination du choix, des éléments qui caractérisent à la fois la procédure d'appel d'offres -intangibilité des offres, critères de choix- et la procédure négociée -discussion-. Il s'agit de l'appel d'offres sur performances et du marché de maîtrise d'œuvre simplifié.

- L'appel d'offres sur performances

La technicité et la complexité de plus en plus grandes des achats ont rendu difficile la détermination des prestations en vue de satisfaire des besoins. L'évolution souvent très rapide des technologies et le fait que les entreprises intéressées par l'exécution d'un marché soient les plus aptes à faire valoir le dernier état de leur technique et de leurs moyens propre à s'adapter au plus juste au besoin de la collectivité, ont fait apparaître que la discussion était le mieux à même de faire face à cette situation. Tout en maintenant le mécanisme de l'appel d'offres fondé sur l'attribution du marché à partir de critères annoncés, la procédure d'appel d'offres sur performances comprend une discussion qui se situe après la détermination des candidats agréés et le classement de leurs offres par la commission d'appel d'offres. Comme il a été dit précédemment, ce classement devra s'opérer en fonction des critères annoncés. Le classement des offres, par ordre de mérite, constituera une difficulté certaine pour la commission surtout quand leur nombre sera important. Chaque candidat devra ensuite être entendu dans des conditions de stricte égalité. Il pourra compléter, préciser ou modifier son offre pour s'adapter le mieux à la demande de l'acheteur. ⁽⁴¹⁾ Pour éviter toute ambiguïté, l'article 68 alinéa 2 dispose que "la discussion avec les candidats a pour seul objet la définition des moyens aptes à satisfaire au mieux les besoins de la personne publique". Il est bien certain que ce type de procédure n'a d'intérêt que pour des marchés d'une grande complexité quant à leur objet.

- La maîtrise d'œuvre simplifiée

Les marchés de maîtrise d'œuvre simplifiée dont le montant estimé du marché est compris entre 90 000 € HT et 200 000 € HT seront attribués par la personne responsable du marché ou pour les collectivités territoriales, par l'assemblée délibérante selon les critères de compétence, références et moyens, à la suite d'une négociation qu'elle a conduite avec les candidats admis à négocier, qui ne peuvent être inférieurs à trois sous réserve d'un nombre suffisant de candidats, qui auront été retenus par la personne responsable du marché dans une première phase, après avis du jury (article 74-II-2).

1-2-4-2 Les conditions de procédure relatives au choix

A - L'autorité chargée du choix ⁽⁵⁵⁾

- Le choix par la personne responsable du marché

C'est l'article 20 du nouveau code qui définit la personne responsable du marché comme "la personne habilitée à signer le marché au nom de la personne publique". Pour l'État elle est désignée par arrêté du ministre, pour les établissements de santé c'est le directeur d'établissement. Le texte est muet en ce qui concerne la désignation de la personne responsable du marché pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics. On doit considérer, compte tenu de la diversité de statuts des collectivités territoriales et de leurs établissements, que c'est la personne habilitée à signer le marché, à un titre ou à un autre, de droit ou par délégation dans une procédure considérée, qui exercera les fonctions que le code attribue à la personne responsable du marché.

En application de l'article 67 dernier alinéa, pour les procédures négociées, c'est la personne responsable du marché qui désigne l'attributaire ou met un terme à la procédure. La commission d'appel d'offres ne participe pas à la décision. Elle n'intervient que pour autoriser l'utilisation de cette procédure (article 35-V). Pour la procédure de concours, c'est la personne responsable du marché qui décide du ou des lauréats, sur avis motivé du jury (article 71-4) et qui attribue pour l'État le marché qui fait suite à un concours (article 71-5). Pour la maîtrise d'œuvre sur compétences références moyens, la personne responsable du marché engage les négociations puis attribue le marché pour l'État (article 74-II-2).

Dans les procédures de mise en concurrence simplifiée (article 57-II) et d'appels d'offres, on doit distinguer pour la désignation de l'attributaire du marché, selon qu'il s'agit de marchés de l'État ou de marchés de collectivités territoriales. Dans la première hypothèse, l'attribution est faite par la personne responsable du marché après avis de la commission d'appel d'offres, dans la seconde la personne responsable du marché n'intervient pas directement dans la décision sauf si comme c'est souvent le cas, elle préside la commission qui procède au choix (articles 60-II, 65-II et 68). Il doit être précisé que dans la procédure de mise en concurrence simplifiée, la personne responsable du marché dispose d'un pouvoir important dans le processus de désignation "elle retient une offre à titre provisoire" (article 57-I dernier alinéa). On peut penser que la commission entérinera le plus souvent cette désignation provisoire. D'une façon plus générale et dans les faits, le poids de la personne responsable du marché, lorsqu'elle n'est pas l'autorité chargée du choix demeure très important tout au long de la procédure et dans la pratique pour la préparation de la décision par l'analyse des offres.

La personne responsable du marché peut ne pas donner suite à la procédure ou à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général. ⁽⁴²⁾ Le motif d'intérêt général ne pourrait consister à s'opposer à un choix de la commission qui ne conviendrait pas à la personne responsable du marché. Si le motif d'intérêt général venait à disparaître rien ne s'opposerait à ce qu'une nouvelle procédure soit lancée.

La personne responsable du marché est également compétente pour procéder avec l'entreprise retenue à une mise au point des composantes du marché (articles 60-II et 65-II alinéas 2). En appel d'offres, l'intangibilité des offres et l'absence corrélatrice de négociation, nécessitent que des mises au point interviennent après le choix pour adapter les prestations au plus près du cahier des charges, en particulier pour ce qui concerne ses aspects techniques. Dans l'ancien code les conditions de la mise au point étaient les suivantes : l'autorité habilitée à passer le marché ou la personne responsable du marché "peut en accord avec l'entreprise retenue, procéder à une mise au point du marché, sans que les modifications entraînées puissent remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence ayant pu avoir un effet sur les offres" (97 quater et 300 bis). Les articles 60-II et 65-II alinéas 2 du nouveau code disposent que ces modifications ne peuvent remettre en cause les caractéristiques substantielles du marché. La disposition nouvelle n'est pas à notre sens suffisamment précise. Ce n'est pas le problème de la nature du marché qui est en cause, même s'il est sûr qu'une modification du marché ayant un effet sur les caractéristiques substantielles aura une incidence sur la régularité de sa dévolution. ⁽⁴³⁾ La question que l'on doit poser est de savoir si les modifications intervenues, substantielles ou non, auraient eu, si elles avaient été connues, un effet sur les conditions dans lesquelles les offres ont été faites et le marché attribué. Il est à craindre qu'une interprétation insuffisamment rigoureuse du texte nouveau puisse contrarier le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés et procurer au bénéficiaire de la mise au point un avantage injustifié constitutif du délit de favoritisme.

- Le choix par la commission d'appel d'offres

La commission d'appel d'offres donne son avis pour l'attribution des marchés de l'État et choisit l'offre économiquement la plus avantageuse pour les marchés des collectivités territoriales, dans les procédures d'appel d'offres (articles 60-II et 65-II). Pour la procédure de mise en concurrence simplifiée (article 57-III) il en est de même. L'extension de la compétence de la commission à la procédure de mise en concurrence simplifiée, qui correspond à l'ancienne procédure négociée au quantum, apparaît comme une mesure extrêmement positive au regard de la transparence, même si comme on vient de le voir son rôle risque le plus souvent de se

cantonner à un simple contrôle, d'une décision prise en réalité, malgré son caractère provisoire, par la personne responsable du marché. On ne peut qu'approuver l'introduction déjà ancienne d'une collégialité dans le processus de décision. La MIEM a cependant souligné à de nombreuses reprises que dans le domaine juridique, une décision collégiale pouvait avoir pour effet de diluer voire de masquer les responsabilités. Si le principe de transparence rend tout à fait opportun qu'un avis soit pris par une commission représentant l'ensemble des courants d'une collectivité, la décision d'attribution à proprement parler devrait, selon nous, être prise par le responsable de la collectivité ou son représentant qui dans les faits disposera seul des moyens techniques juridiques et d'opportunité pour y procéder.⁽⁴⁴⁾ Les dispositions qui consistent à faire prendre, par une commission arrivant en fin de "partie" et n'ayant pas participé à l'opération depuis ses origines, une décision ou un avis, souvent très technique, sans que de toute façon l'on soit bien sûr qu'elle dispose d'une façon générale de tous les moyens d'appréciation, ne sont pas véritablement satisfaisantes. Pour parler net, on peut craindre que la commission puisse se trouver orientée par l'exécutif, qui lui connaîtra en revanche "le dessous des cartes". Bien que cela constitue un progrès, la disposition de l'article 23 qui prévoit que les convocations doivent avoir été adressées aux membres de la commission au moins cinq jours francs avant la date prévue pour la réunion -mesure prévue pour convoquer les conseillers municipaux des communes de plus de 3 500 habitants (article L 2121-12 CGCT)- demeure à notre sens insuffisante pour véritablement tempérer les critiques sur les difficultés rencontrées par les commissions pour remplir leurs fonctions.

Au plan formel, la commission d'appel d'offres devra par application de l'article 23 dernier alinéa, établir un procès-verbal sur lequel chacun de ses membres pourra porter ses observations. On ne pourra que trop recommander aux membres des commissions d'utiliser cette faculté, faute de quoi, en cas d'attribution irrégulière, il pourrait être déduit que ses signataires ont été favorables à la décision ou à l'avis et à ses motivations et qu'ils se sont estimés suffisamment informés, même lorsque cela n'est pas le cas.

- Le choix par l'assemblée délibérante

Les articles 71-5 et 74-II-2 disposent que pour les collectivités territoriales, l'assemblée délibérante attribue le marché qui fait suite à un concours ou dans le cas d'un marché de maîtrise d'œuvre passé sur compétences, références et moyens.⁽⁶⁵⁾

B - La motivation du choix

L'article 76 du code prévoit, comme l'ancienne réglementation pour l'appel d'offres et le concours de maîtrise d'œuvre, mais en l'étendant à l'ensemble des procédures, que la personne responsable du marché doit aviser les candidats écartés du rejet de leurs candidatures ou de leurs offres et à tout candidat qui en fait la demande écrite, dans un délai de 15 jours, les motifs de ce rejet. C'est une application de la loi du 11 juillet 1979 qui dispose que "les personnes physiques ou morales ont le droit d'être informées sans délai des motifs des décisions administratives individuelles défavorables qui les concernent".

L'article 76 dispose également et c'est une innovation heureuse, que la personne responsable du marché communique dans les mêmes conditions et le même délai à tout soumissionnaire ayant fait une offre qui n'a pas été éliminée pour non-conformité à l'objet du marché, "les caractéristiques et les avantages" relatifs à l'offre retenue ainsi que le montant du marché attribué et le nom de l'attributaire.

On aurait préféré que le texte prévoie que les candidats écartés puissent accéder à la motivation du choix. Il n'est nullement besoin d'insister sur l'importance que constitue pour les candidats non agréés ou dont l'offre n'a pas été retenue la communication des motivations de la décision de rejet, mais aussi et peut-être surtout de la décision de choix. En particulier pour que les candidats eux-mêmes puissent exercer leur contrôle sur la régularité du marché et le cas échéant engager les recours qui leur sont offerts.

C - Justification de la régularité de la procédure et du choix

- L'élaboration du procès verbal de choix (article 23)

L'article 23 dernier alinéa du code dispose : "la commission d'appel d'offres dresse procès-verbal de ses réunions. Tous les membres de la commission peuvent demander que leurs observations soient portées au procès-verbal".

En réalité le problème qui se pose est qu'aucune disposition de l'ancienne ou de la nouvelle réglementation n'exige que les décisions relatives au choix soient motivées sauf exception (appel d'offres sur performances article 68 alinéas 4 et 5). Logiquement et afin de pouvoir répondre correctement aux demandes des candidats évincés qui souhaitent bénéficier des dispositions de l'article 76 du nouveau code, et pour pouvoir motiver le choix de l'offre retenue tel que prévu à l'article 75-5° la réglementation devrait imposer que le procès-verbal de la commission qui attribue le marché ou la décision de la personne responsable du marché, soit motivé. Le projet initié au premier semestre de l'année 1999 prévoyait cette obligation.⁽⁴⁵⁾ On ne peut que regretter qu'une proposition de cette importance n'ait pas été conservée compte tenu de ce qu'elle constitue le fondement même de la régularité du marché. Cette restriction ne permet pas de garantir la réalité des informations qui seront données dans le rapport de l'article 75 5° et dans le cadre de l'article 76 alinéa 2. L'acheteur public pourrait se contenter de donner des informations d'ordre général, sans entrer dans la réalité même des motivations. Les motivations du choix comme les caractéristiques et avantages relatifs à l'offre retenue pourraient même être confectionnées "après coup", et ne pas pouvoir être exploitées pour les besoins de la cause.

- Le rapport de présentation (article 75)

Le rapport de présentation permet de vérifier que la procédure a été régulièrement suivie. Il est l'un des éléments essentiel du contrôle. L'article 75 ne prévoit pas de modification significative par rapport à l'ancien code. Il doit indiquer en particulier la nature et l'étendue des besoins à satisfaire, le montant prévu de l'opération, l'économie générale du marché ou de l'avenant, la motivation du choix du mode de passation et de l'offre retenue, le recours au délai d'urgence ou au marché négocié, il rend compte du déroulement de la procédure, relate le processus de négociation...

2- La sanction pénale des manquements à la réglementation des marchés avec mise en concurrence

2-1 Les dispositions législatives ou réglementaires dont les manquements sont constitutifs du délit de favoritisme

Le délit de l'article 432-14 du code pénal est constitué, dès lors qu'il y a violation d'un texte d'ordre législatif ou réglementaire qui a pour objet de garantir la liberté d'accès ou l'égalité des candidats aux marchés et que cette violation procure à autrui, un avantage injustifié.⁽³⁾

Dans les marchés avec mise en concurrence, les manquements constitutifs du délit, vont résulter en premier lieu du non-respect des dispositions particulières qui les réglementent et dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés.^{(46) (47) (48) (49)} (2-1-1). L'introduction dans le code des marchés publics de dispositions générales ayant le même objet a permis d'élargir le champ d'application du délit (2-1-2).

2-1-1 Jusqu'au décret du 15 décembre 1992, seules des atteintes à des formalités ou à des procédures particulières, contenues dans des dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés, étaient susceptibles de tomber sous le coup du délit de favoritisme. Cette situation n'était cependant pas satisfaisante. Une première difficulté a été de savoir quelles étaient les dispositions du code dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics. Aucun texte ne le mentionne et il n'existe pas de liste de ces dispositions. De plus et surtout le risque pénal encouru par les acheteurs publics, élus ou fonctionnaires, ne correspondait pas véritablement à l'esprit de la loi, qui est de sanctionner les atteintes au libre accès et à l'égalité de traitement des candidats aux marchés que ces atteintes soient révélées par des manquements à des dispositions particulières ou générales de forme ou de fond.

- On a ainsi constaté que la violation de certaines règles du code qui n'ont pas par elles-mêmes pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats aux marchés, sont parfois susceptible de procurer à autrui un avantage injustifié. Il en est par exemple ainsi, lorsque la personne responsable du marché décide de recourir à la procédure négociée en cas d'appel d'offres infructueux, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas été obtenu d'offres acceptables au vu de l'estimation du prix ou des prestations proposées (article 35-1 1°). Cette disposition n'a pas en soi pour objet de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité dont la violation est exigée par l'article 432-14 du code pénal. Elle permet simplement à l'acheteur d'obtenir par la négociation, que l'opération puisse se réaliser dans des conditions qui soient conformes à sa demande. Or l'utilisation irrégulière de ce texte a souvent été un moyen de fraude. Il permet d'obtenir que soit désigné, par la voie du marché négocié, sans les entraves de la procédure d'appel d'offres, un candidat que l'on souhaite favoriser. Ainsi, l'acheteur qui désigne de cette façon un candidat, a bien porté une atteinte au principe de liberté d'accès et d'égalité, constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal. Cependant, comme la disposition qu'il aura détournée n'a pas pour objet de garantir le principe posé, la conséquence est que son auteur ne pourra pas être sanctionné pour favoritisme, au titre de la violation du texte relatif à l'appel d'offres infructueux.

- Dans d'autres cas, certains actes sont susceptibles de procurer à des candidats au marché un avantage injustifié alors même qu'aucun texte n'en prohibe expressément la pratique.

C'est l'exemple d'un candidat qui bénéficie de la part de l'acheteur public "d'informations privilégiées", lui permettant de proposer l'offre la plus conforme possible au

projet. Le code des marchés publics n'a pas prévu cette situation. Il n'existe pas de texte particulier qui l'interdise. On ne pourra donc pas, en l'absence de toute disposition législative ou réglementaire contrariée, exigée par l'article 432-14 du code pénal, sanctionner son auteur. On est pourtant bien ici encore dans un cas de favoritisme, l'acheteur public ayant procuré à un candidat au marché un avantage injustifié.

- Un autre exemple est constitué par la mise en œuvre abusive de règles du code, qui permettent de déroger au principe de liberté d'accès et d'égalité, et qui sont utilisées pour procurer à autrui un avantage injustifié.

C'est le cas lorsqu'un acheteur qui dispose du droit de ne publier un marché que dans un journal d'annonces légales, (article 40-II) choisit une publication d'une capacité de diffusion très restreinte ou/et dont la nature n'est manifestement pas adaptée au marché qu'il envisage de passer et ce dans le dessein de favoriser une entreprise ou une catégorie d'entreprises qui elles seront informées, du marché.

Ces trois exemples montrent bien que pour avoir une certaine cohérence par rapport à l'objectif du délit de l'article 432-14 du code pénal, on ne pouvait pas s'en tenir à sanctionner les seuls manquements à certaines formalités particulières qui ont pour objet de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité, alors que comme on vient de le voir, des textes qui n'ont pas cet objet permettent de le violer dans des conditions bien plus redoutables, que l'on peut aboutir à ce résultat en l'absence de tout texte, voire même en présence de dispositions qui autorisent à déroger au principe que le délit de l'article 432-14 est censé garantir.

2-1-2 L'évolution depuis le décret du 15 décembre 1992

L'évolution qui est intervenue en la matière avec le décret du 15 décembre 1992 (ancien article 47 du code des marchés publics) -et désormais avec l'article 1^{er} du nouveau code- a eu pour effet d'introduire dans le code des marchés publics formellement et en quelque sorte directement la règle de liberté d'accès des candidats aux marchés et celle d'égalité de traitement des candidats. Ces règles auxquelles le nouveau code a donné une portée générale vont éclairer mais surtout compléter les dispositions du code qui à travers les formalités et règles de procédure qu'elles prescrivent, imposent le principe de liberté d'accès et d'égalité.

En effet, les règles contenues à l'article 47 de l'ancien code et aujourd'hui à l'article 1^{er} remplissent toutes les conditions posées par l'article 432-14 du code pénal. Ce sont des dispositions réglementaires, qui ont indiscutablement pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés, les manquements commis à leur endroit sont susceptibles de procurer à autrui un avantage injustifié (attribution d'un marché, information privilégiée, publicité restreinte...).

Ainsi, dans l'exemple de la déclaration d'appel d'offres infructueuse irrégulière, c'est la violation de la règle de l'article 47 de l'ancien code, qui prévoit que les entrepreneurs ou fournisseurs bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres -et désormais de l'article 1^{er} du nouveau code qui affirme que les marchés publics sont régis par le principe d'égalité de traitement des candidats- qui a procuré au bénéficiaire du marché, octroyé irrégulièrement, un avantage injustifié. C'est en effet la négociation inégalitaire qui a succédé à la déclaration d'appel d'offres infructueuse qui constitue le manquement source du délit. De même dans l'exemple de l'information privilégiée, qui a permis à un candidat d'obtenir irrégulièrement un marché, aucune règle particulière ne venant en prohiber la pratique, ce sera aussi la violation de la règle de l'article 1^{er} du code qui prévoit l'égalité de traitement des candidats, qui sera constitutive du délit. C'est aussi sur ce même fondement que sera sanctionné un acheteur public qui abuse du droit qui lui est accordé par le code de limiter la liberté d'accès ou l'égalité de traitement des candidats dans certaines hypothèses, en choisissant une publication inadaptée, qui compte tenu de l'importance ou de la nature du marché conduira à restreindre toute concurrence, voire à la rendre illusoire.

Les règles de l'article 47 de l'ancien code et désormais de l'article 1^{er}, viennent suppléer et compléter le dispositif de protection du principe de liberté d'accès et d'égalité. Ainsi tout acte qui procure à autrui un avantage injustifié par violation de l'article 1^{er} du code qui exige le respect du principe de liberté d'accès et d'égalité dans les marchés, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. On ne peut donc pas soutenir que le délit de favoritisme sanctionne des manquements à de simples formalités. L'atteinte à une disposition législative ou réglementaire est sanctionnée, en tant que cette disposition garantit un principe général du droit, dont la violation est source de pratiques corruptrices. On voit toute l'importance de l'article 47 de l'ancien code des marchés publics et aujourd'hui plus encore de l'article 1^{er} du nouveau code.

La seule différence qu'il y aura entre des textes prévoyant des formalités particulières pour garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats et le texte général de l'article 1^{er}, c'est que dans le premier cas, la violation du texte fait présumer l'avantage injustifié, dans le second cas il faudra l'établir.

2-2 Les manquements commis aux dispositions législatives ou réglementaires constitutifs du délit de favoritisme

Toutes les atteintes à des dispositions particulières ou générales commises à un stade quelconque des procédures de marchés, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, sont constitutives du délit de l'article 432-14 du code pénal. Seules certaines d'entre elles, seront examinées.

- L'agrément des candidatures

Le non-respect des règles d'agrément des candidatures est parfois à l'origine de pratiques de favoritisme. L'acheteur public qui voudrait évincer des entreprises susceptibles de l'emporter sur un candidat qu'il souhaite favoriser, pourra par exemple décider que ces dernières ne remplissent pas les conditions requises, quant aux capacités professionnelles ou au contraire retenir une entreprise qui n'aurait pas dû l'être, alors que sa candidature est irrecevable. On peut de la sorte "trier" relativement facilement les candidats. On a vu ainsi une entreprise qui avait justifié avoir carrelé la cour d'un grand musée parisien n'être pas agréée pour le pavage d'un trottoir. On a pu observer des pratiques consistant à solliciter des entreprises, qu'elles justifient de compétences techniques manifestement disproportionnées par rapport au travail à effectuer ou encore l'exigence de certaines capacités qui ne sont pas nécessaires pour l'exécution du marché mais dont l'entreprise favorisée est la seule à disposer.

Il convient de préciser que les dispositions contenues dans le code aux articles 43 à 46, n'ont pas en elles-mêmes pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés. Leur objet est de permettre à l'acheteur public de vérifier que l'entreprise qui souhaite postuler à un marché, dispose bien des qualités et capacités pour y procéder. Ce n'est donc pas la violation directe de ces règles, qui sera susceptible de faire sanctionner l'acheteur partial au titre de l'article 432-14, mais pour avoir, par leur mise en œuvre irrégulière, porté atteinte à l'article 1^{er} du code qui garantit la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés et procuré ainsi à autrui un avantage injustifié.

- Le dépôt des offres

La fixation volontaire d'un délai très bref pour déposer des offres, quand le code ne prévoit pas de délai minimum, dans le but de procurer à un ou plusieurs candidats un avantage injustifié est un acte constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal par violation de l'article 1^{er} du code.⁽⁵⁴⁾

- Le choix par les critères

Le choix irrégulier de l'attributaire du marché sera constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal lorsque les règles posées à l'article 53 du code n'auront pas été appliquées. Ce sera le cas lorsque les critères de choix annoncés n'auront pas été respectés, alors qu'ils s'imposaient par application de cet article qui garantit la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés ou parce qu'ils avaient été prévus volontairement, dans une procédure qui ne l'exigeait pas. Nous considérons également que même en l'absence dans certaines procédures de toute obligation de procéder au choix par des critères, la proposition la plus avantageuse devra tout de même être retenue par l'acheteur. Tout manquement pourrait dans cette occurrence, être poursuivi au titre de l'article 432-14 du code pénal à raison de l'atteinte portée à l'article 1^{er} du code qui exige une égalité de traitement entre les candidats.

- Le choix par la négociation

C'est une vue de l'esprit que de penser que les procédures négociées sont plus commodes que l'appel d'offres en ce qu'elles permettent d'attribuer des marchés selon le bon vouloir de l'acheteur. En réalité l'acheteur doit respecter dans le marché négocié comme dans l'appel d'offres, le principe d'égalité de traitement des candidats inscrit à l'article 1^{er} du code. S'il ne le fait pas, ce manquement sera susceptible d'être sanctionné par le juge pénal au titre du délit de favoritisme. Le seul "avantage" du marché négocié, en ce qui concerne le choix, est qu'il sera beaucoup plus difficile de prouver l'irrégularité, en l'absence de critères annoncés.

. Pour ce qui est de la procédure de mise en concurrence simplifiée

La personne responsable du marché pourra ne pas négocier avec l'ensemble des candidats. Cette sélection sera fondée sur le critère des "offres les plus intéressantes" prescrit à l'article 57-I dernier alinéa. L'irrégularité de la sélection sera constitutive du délit de favoritisme.

. Pour ce qui est de la procédure négociée

Alors que dans l'hypothèse de la mise en concurrence simplifiée, le juge pénal doit vérifier que les candidats avec lesquels on négocie ont bien présenté les offres les plus intéressantes, en marché négocié, la négociation aura lieu avec "les candidats de son choix". La personne responsable du marché devra pour autant les traiter de façon égalitaire, tout au long de la négociation qui devra se poursuivre jusqu'à l'attribution du marché. On en déduira que cette dernière devra attribuer le marché au candidat qui aura le mieux répondu au besoin de la collectivité ou de l'établissement en proposant la meilleure offre au meilleur prix. Le non-respect de

ce traitement égalitaire des candidats est une atteinte à l'article 1^{er} du code, constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal.

- Le choix par les critères et par la discussion et la négociation

L'appel d'offres sur performances ne pourrait être retenu par un acheteur pour lui permettre de "bénéficier" de la discussion contenue dans cette procédure, et par ce biais, favoriser une entreprise. Les règles propres à cette procédure sont énoncées à l'article 68, en particulier l'exigence selon laquelle chaque concurrent est entendu par la commission dans des conditions de stricte égalité. Toute la difficulté sera de s'assurer que la procédure a bien été respectée. À cette fin, le rapport de présentation de l'article 75 exige dans son 4^e, que la personne responsable du marché rende compte du déroulement de la procédure suivie et relate le processus de négociation. L'article 23 prévoit que la commission d'appel d'offres dresse procès-verbal de ses réunions. Le procès-verbal devra bien évidemment mentionner avec précision tous les éléments qui concernent le contenu des auditions et des discussions. Il convient d'observer que les marchés de conception réalisation prévus à l'article 70 sont passés selon les règles de l'appel d'offres sur performances.

- La mise au point engagée par la personne responsable du marché (articles 60-II alinéa 2 et 65-II alinéa 2) postérieurement à l'attribution du marché, ne peut remettre en cause les caractéristiques substantielles du marché. Une mise au point qui aboutirait à remettre en cause les conditions d'attribution du marché serait susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal, par atteinte aux règles de liberté d'accès et d'égalité entre les candidats aux marchés.

Conclusion

Si le nouveau code des marchés publics a assoupli la réglementation de l'achat public, (1) il pose cependant dans son article 1^{er} des règles de portée générale dont on n'a peut être pas encore bien mesuré tous les effets. La question que l'on doit par conséquent se poser en conclusion de cette étude est la suivante : ce code marque-t-il un recul de la lutte contre le favoritisme ou annonce-t-il les prémices d'une nouvelle philosophie de la commande publique ? (2)

1- Un assouplissement de la réglementation des marchés

1.1. L'extension du domaine des marchés non soumis à une procédure de mise en concurrence

Le seuil limite jusqu'auquel des prestations peuvent être attribuées sans aucun formalisme a été plus que doublé. Une nouvelle catégorie de marchés sans formalités préalables et sans limitation de montant a été créée dans le domaine sensible des services. La rédaction du texte d'exception qui prévoit d'attribuer des marchés, sans transparence ni mise en concurrence et sans limitation de montant (ancien article 104-II) a été assoupli. Les marchés de reconduction ont été réintroduits dans le code. Sous certaines conditions, des marchés complémentaires pourront être accordés au titulaire d'un marché, jusqu'à un montant de 33 % du marché principal.

- Le nouveau code a accru le domaine des marchés qui peuvent être attribués à des entreprises, sans formalités préalables. Jusqu'alors et pour l'essentiel seul les achats dont le montant était inférieur ou égal à 300 000 F TTC pouvaient être attribués dans ces conditions. Ces commandes hors marché représentaient déjà à elles seules environ 50 % de l'ensemble des marchés publics.⁽⁵⁰⁾ Le nouveau code a plus que doublé leur seuil limite de passation, qui s'élève désormais à 90 000 € HT soit 706 000 F TTC environ. Ce chiffre est important. On est bien loin des "menues dépenses" qui justifiaient à l'origine l'existence de ce statut dérogatoire. L'élévation du seuil de 135 %, écarte de l'obligation d'une procédure de mise en concurrence, outre les prestations qui correspondaient aux commandes hors marchés, l'ensemble de la catégorie de ce que l'on appelait les marchés négociés à raison de leur montant, dont le seuil était fixé à 700 000 F TTC et qui étaient soumis pour leur attribution à une procédure de publicité et de mise en concurrence. On peut dire que ces commandes hors marchés appelées aujourd'hui marchés sans formalités préalables, vont constituer avec près de 60 % du montant total des marchés publics⁽⁵⁰⁾, la grande masse des contrats qui seront désormais conclus par l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics.

- Le nouveau code a enrichi le domaine des marchés qui peuvent être attribués en dehors de toute transparence et sans procédure de mise en concurrence, d'une catégorie de marchés de services, passés sans formalités préalables. Ils ne font l'objet d'aucune limitation de montant. Leur bénéficiaire peut être librement choisi par la personne publique. Pour que ces marchés puissent être passés selon cette procédure, il suffit sous réserve de la liste exhaustive qui sera fixée par décret, que leur objet soit juridique, social, sanitaire, sportif, récréatif, culturel, éducatif, d'insertion, que leurs prestations soient, définies par référence à des normes et qu'ils fassent l'objet d'un avis d'attribution qui peut ne pas être publié. On peut craindre que cette catégorie nouvelle de marchés "librement" attribués soit utilisée au-delà de ce qui pourrait être nécessaire, en raison de la nature immatérielle de ces prestations et de l'absence de toute réglementation qui rendra tout contrôle difficile.

- Le nouveau code a aussi assoupli la rédaction des dispositions relatives aux marchés qui ne peuvent être attribués qu'à un prestataire déterminé et qui sont pour cette raison dispensés de procédure de mise en concurrence. Ils représentaient sous l'ancienne réglementation 11 % de l'ensemble des marchés publics.⁽⁵⁰⁾ C'est l'article 104-II 1^o et 2^o de l'ancien code qui les autorisait lorsque l'exécution du marché ne pouvait être réalisée que par un entrepreneur ou un fournisseur déterminé, en raison du caractère exclusif des prestations mises en œuvre. L'article 35-III 4^o du nouveau code a repris cette disposition mais ne paraît plus exiger l'exclusivité de la prestation qui devait caractériser l'entreprise attributaire. De plus à côté des conditions techniques ont été ajoutées des conditions artistiques dont on ne comprend pas bien la justification. Ces déficits de précision risquent de conduire vers cette procédure nombre d'acheteurs qui pourraient y voir un moyen, de choisir "librement" et "facilement" leur entreprise ou d'attribuer tout aussi "facilement" et "librement" des prestations qui ne correspondraient pas nécessairement à un besoin.

- Le nouveau code a réintroduit les marchés de travaux de reconduction élargis aux services en facilitant l'accès, alors qu'ils avaient été supprimés par le décret du 27 mars 1993, compte tenu des abus auxquels ils avaient donné lieu.

- Enfin, il est désormais possible, sous certaines conditions, d'"accroître" un marché jusqu'à 33 % de son montant.

1.2. Le domaine des marchés qui peuvent être accordés par une procédure négociée s'est également accru. Les marchés qui peuvent être attribués après négociation en raison de leur montant, appelés par le nouveau code "procédure de mise en concurrence simplifiée", ont vu le seuil limite qui les autorise, passer de 700 000 F TTC à 1 019 000 F TTC (+ 46 %) pour les marchés de l'État et de 700 000 F TTC à 1 569 000 F TTC (+ 124 %) pour les marchés des collectivités locales.⁽¹⁸⁾

1.3. L'extension du domaine des marchés soumis à une concurrence limitée

Le domaine des marchés qui étaient soumis à une mise en concurrence limitée, parce que les textes n'exigeaient qu'une publicité locale, a été également augmenté. La publicité nationale au BOAMP qui était imposée par l'ancien code à partir d'un marché d'un montant supérieur à 900 000 F TTC n'est plus obligatoire qu'à partir de 1 019 000 F TTC (+ 13 %) pour les marchés de l'État et de 1 569 000 F TTC (+ 74 %) pour les marchés des collectivités territoriales⁽¹⁸⁾.

Au total, on peut considérer qu'actuellement 75 à 80 % de l'achat public pourra être dévolu sans passer par des procédures de transparence et de mise en concurrence.⁽⁵⁰⁾ Les rédacteurs du code semblent d'ailleurs en avoir tiré les conséquences. Le principe selon lequel la passation d'un marché doit être, sauf exception précédée d'une mise en concurrence, qui était au fronton des livres II pour les marchés de l'État et III pour les marchés des collectivités territoriales, ne figure plus désormais dans le texte nouveau, que comme l'un des moyens permettant de contribuer à assurer "l'efficacité" de la commande publique et "la bonne utilisation des deniers publics". Dans les faits aussi le principe est devenu l'exception. L'extension du domaine des marchés soumis à une concurrence limitée accentue cette évolution. Cette situation est cependant atténuée et le sera plus ou moins largement encore, selon la portée qui sera donnée par les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, à l'article 1^{er} du code qui dispose que les marchés publics "respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures". C'est pour nous la question centrale posée par le nouveau code.

2 - Un recul de la lutte contre le favoritisme ou une nouvelle philosophie des marchés publics

2.1. Un recul de la lutte contre le favoritisme

- Plus une réglementation des marchés se montre exigeante quant aux obligations de transparence et de mise en concurrence qu'elle impose, plus elle diminue le risque de favoritisme. Réciproquement moins de transparence et moins de mise en concurrence vont accroître les risques de favoritisme et par là même de pratiques corruptrices. Il est plus facile de favoriser une entreprise, lorsque l'absence ou l'insuffisance de réglementation protectrice permet le libre choix. C'est beaucoup plus difficile, lorsque l'on se trouve en présence de plusieurs candidats qui devront être départagés à partir de critères objectifs et annoncés. Il est bien certain que la seule présence de plusieurs candidats pour un marché rendra l'exécution d'un acte de corruption beaucoup plus aléatoire que lorsque l'acheteur aura la possibilité de choisir seul l'entreprise attributaire. L'assouplissement de la réglementation protectrice des marchés par le nouveau code, permet de conclure à un recul objectif, de la lutte contre le favoritisme.

- Il doit être précisé que juridiquement rien n'imposait une telle évolution. Le texte présentant le projet de décret mentionne seulement à cet égard : "l'une des

orientations ayant présidé à la rédaction de ce nouveau code est de se rapprocher des dispositions contenues dans les directives afin d'éviter les confusions qui résulteraient du décalage entre les normes nationales et communautaires".

La France assure depuis l'origine, avec plus ou moins de célérité, mais régulièrement, la transposition des directives, pour permettre que ses marchés soient soumis, comme ceux de l'ensemble des autres États membres, aux obligations communautaires, notamment par une publicité au JOCE à partir de certains seuils. Pour le reste, la réglementation française contient au moins depuis le décret du 17 juillet 1964, instituant le premier code des marchés publics, des prescriptions très contraignantes bien supérieures sur de nombreux points à celles contenues dans les directives "qui se sont très largement inspirées du code des marchés publics français et de ses procédures, au point d'en être souvent le décalque".⁽⁵¹⁾ Ainsi, et pour l'essentiel, les principes de non-discrimination de libre circulation des marchandises, de liberté d'établissement, de libre prestation de services en matière de marchés publics de travaux, imposés par les directives, se trouvent en pleine harmonie avec les obligations de mise en concurrence, de publicité, d'attribution des marchés à l'offre la plus intéressante, contenues dans le code des marchés publics. Les modifications apportées par le nouveau code ne se justifient donc pas pour des raisons qui seraient liées au respect des principes directeurs contenus dans les directives européennes et auxquels tous les États membres sont soumis. Le nouveau code a volontairement adhéré à nombre des dispositions de base contenues dans ces directives, en procédant plus à leur transcription qu'à leur transposition, ce qui à notre sens présente deux inconvénients. Sur la forme, à raison même de leur objet, la particularité rédactionnelle des directives qui est souvent le résultat de compromis entre des États aux réglementations et cultures très différentes, rend leur compréhension difficile. La transcription réduit par ailleurs le droit applicable, au minimum commun, ce qui peut ne pas toujours correspondre à la réalité d'une situation historique ou même aussi à l'actualité d'événements qui ont troublé ce secteur de la vie publique. La France pouvait conserver une réglementation plus protectrice voire la renforcer. L'intégration pure et simple, dans ces conditions, de pans entiers de directives dans le droit national des marchés, risque d'apparaître comme en retrait par rapport à une réglementation qui sur certains points était déjà bien fragile.

2.2. Une nouvelle philosophie des marchés publics

- Un nouvel équilibre

Toutes les réglementations des marchés publics se sont créées autour de la recherche d'un compromis entre la limitation de la rigueur des règles de mise en concurrence qui sont une contrainte pour l'acheteur public - envois de publicités, élaboration de cahier des charges, respect de délais de préparation des offres, annonce de critères de jugements des offres... - et la nécessité d'assurer une dévolution régulière des marchés avec entre autre souci de mettre l'achat public à l'abri de la corruption.⁽⁷⁾ La loi du 3 janvier 1991 qui a créé le délit de favoritisme, a paradoxalement troublé cet équilibre. Jusqu'alors, et pour l'essentiel, le seul effet qui existait en cas de non-respect de la réglementation protectrice de la passation des marchés était de voir annuler le marché irrégulier. Autrement dit, on pouvait "en tant que de besoin" s'accommoder d'une réglementation protectrice, même rigoureuse... en ne l'appliquant pas, car il n'en résultait aucun risque personnel pour l'acheteur, sauf bien entendu si le motif de non-respect de la réglementation était un pacte de corruption et à condition de pouvoir l'établir.

Depuis la création du délit de favoritisme, le non-respect de la réglementation même en l'absence de toute pratique corruptrice est susceptible d'entraîner pour son auteur une sanction pénale. Une notion nouvelle est alors apparue, celle de "sécurité juridique" de l'acheteur public. Tous les projets de réforme intervenus depuis lors ont pris en compte cet aspect des choses. Pour ne pas exposer inconsidérément l'acheteur public au délit de favoritisme, la solution la plus radicale, sauf à supprimer le délit, consiste à limiter les exigences de la réglementation. Plus la réglementation est stricte et plus le risque de corruption diminue alors que le risque d'être sanctionné pour favoritisme augmente. En revanche, une réglementation moins stricte diminuera le risque de sanction pour favoritisme mais accroîtra le risque de corruption. On constate que désormais, l'équilibre recherché n'est plus entre réglementation et risque de corruption, mais entre réglementation et risque de favoritisme.

- Une évolution nouvelle

Une telle évolution n'est pas a priori irréaliste. Les acheteurs publics ne doivent pas se trouver dans une situation qui les conduise à avoir le sentiment qu'ils devront en quelque sorte expier perpétuellement un péché originel. L'exemplarité des affaires, les lois sur le financement des partis politiques, ont marginalisé la corruption dans les marchés publics de l'aspect quasi-institutionnel qu'elle avait acquis. Par ailleurs, l'article 1^{er} qui généralise le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique et qui s'impose à l'ensemble des marchés, y compris aux marchés sans formalités préalables, montre que le nouveau code a plus vocation à se situer dans une nouvelle philosophie des marchés que dans un recul pur et simple de lutte contre le favoritisme. Mais le risque objectif qui demeure est que l'opportunité de plus en plus grande laissée à des personnes d'attribuer des prestations "librement" pourra conduire les détenteurs de ce pouvoir, le cas échéant, pressés par ceux qui pourraient en bénéficier, à en abuser.

C'est pour cela que cette évolution doit à notre sens être complétée par des dispositions permettant d'éviter les excès que cette réforme pourrait entraîner. Ce qui est en effet certainement le plus gênant, ce n'est pas tant la grande libéralisation des règles de passation des marchés, que l'absence de toute mesure prise pour éviter les débordements qui pourraient le cas échéant s'ensuivre. On ne peut pas aujourd'hui considérer que l'on puisse octroyer 75 à 80 % de l'achat public en dehors de toute procédure protectrice, sans accompagner une telle évolution des moyens permettant de vérifier, au moins postérieurement à l'attribution des prestations, leur régularité.

- Une réflexion sur un nouveau dispositif

Autoriser ainsi la dévolution de prestations sans procédure préalable de publicité et de mise en concurrence, dans des proportions et dans des domaines aussi importants, devrait en effet conduire à la mise en place d'un minimum de contrôles adaptés à l'évolution nouvelle. Par exemple par la publication, sous quelque forme que ce soit, d'un avis d'attribution mentionnant le nom du bénéficiaire et des prestations exécutées dès le seuil de 30 000 F TTC. Il ne fait aucun doute que le seul regard "éventuel" du citoyen, sur une telle publication, assurerait la meilleure garantie de la pertinence du besoin qui a fait l'objet du marché, voire de la compétence pour ce type de prestations de la personne qui l'a exécuté.

Il paraît également nécessaire que l'acheteur soit en mesure, toujours dans le dessein d'assurer un contrôle minimum d'indiquer, ne serait-ce qu'en renseignant un simple imprimé à adresser au contrôleur de légalité, les éléments essentiels des marchés sans formalités préalables : le besoin à satisfaire, la prestation à accomplir, les motifs du choix du bénéficiaire...

Ces mesures doivent avoir pour objet d'éviter tout risque de favoritisme et de corruption dans un domaine qui a très largement démontré toute sa vulnérabilité.

Une telle réforme doit également comprendre des dispositions d'accompagnement confiées à un organisme spécialisé : assister par des avis, ainsi que la MIEM l'a préconisé, les acheteurs qui se trouvent en difficulté pour appliquer les textes, dont la complexité constitue le véritable risque quant à la sécurité juridique, donner à la MIEM autorité compétente, le pouvoir de se saisir pour enquête de faits qui lui seront dénoncés par un particulier, un acheteur ou par l'autorité judiciaire. Autrement dit, permettre aux acheteurs publics, de pouvoir passer leurs marchés en dehors des contraintes procédurales, mais contrarier l'action de ceux des acheteurs qui pourraient avoir la tentation de se laisser aller vers la commission de pratiques corruptrices en profitant de la libéralisation de la réglementation. La complexité de la matière, le besoin d'actions préventives et d'enquêtes appropriées, la protection de l'acheteur comme des entreprises, celle de l'ordre public économique et financier rendent urgent de procéder, après 10 ans d'existence, à une grande réforme de la MIEM conforme aux évolutions que d'autres autorités de même nature ont connues en leur temps.

Une réflexion sur les sanctions prévues en la matière doit accompagner la réforme. La pénalisation d'un secteur de la vie publique trouve ses limites lorsque la sanction qu'elle procure n'est pas en adéquation avec l'objectif d'ordre public qu'elle est censée atteindre. Un droit moderne préférera toujours intervenir par des peines de substitution plutôt que par des peines privatives de liberté, lorsque le trouble causé par l'infraction n'est pas gravement attentatoire à cet objectif. Le délit de favoritisme n'entre pas toujours dans cette catégorie. Il n'est donc pas irréaliste d'envisager que cette infraction soit repensée.

Mais une telle évolution ne doit pas pouvoir laisser se créer dans l'espace de la commande publique des situations qui même sans avoir un caractère qui justifierait leur sanction par la loi pénale, seraient de nature à générer des pratiques corruptrices.⁽⁵²⁾ Il conviendra alors de prévoir, dans ces cas, des sanctions d'une autre nature, administrative (interdiction de passer des marchés), politique (publicité du manquement), pécuniaire (amendes) qui seraient prononcées par une autorité indépendante. Cette réflexion a été conduite sur ce point depuis plusieurs années par la Mission interministérielle. Un article publié en 1995 relatif au délit de l'article 432-14 du code pénal se terminait ainsi : "Il conviendra peut être aussi de s'interroger sur les limites de la seule répression pénale, à la matière qui nous occupe, alors que l'efficacité et la rapidité des sanctions administratives par la condamnation à des amendes et la publicité des sanctions ont fait leur preuve dans des domaines voisins".⁽⁴⁶⁾

Soyons cependant clairs, toute atténuation de la portée du délit de l'article 432-14 du code pénal ne pourra se concevoir que dans le cadre d'une réforme générale sur la prévention et la répression des manquements aux règles des marchés publics comprenant au fond un objectif de transparence quant à la procédure, la possibilité de donner à tout intéressé les moyens de procéder à des contrôles et institutionnellement la mise en œuvre de ces garanties par une autorité indépendante.⁽⁵³⁾

- (1) Loi 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence (Journal officiel du 5 janvier 1991).
- (2) Article 1^{er} loi du 3 janvier 1991 (modifiée) "Il est créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public 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. Le chef de la mission et les membres de celle-ci sont désignés parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers, par arrêté conjoint du Premier ministre, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement. Les membres de la mission sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 333) "à l'article 226-13" du code pénal".
- (3) Le délit de l'article 432-14 du code pénal créé par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 dispose : "Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende 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".
- (4) Loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. (Journal officiel du 30 janvier 1993)
- (5) Loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public. (Journal officiel du 9 février 1995)
- (6) - La revue "Échanges contact" du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a publié un dossier marchés publics dans son numéro de juin 2000 comprenant différents articles. Elle porte une appréciation défavorable sur le délit de favoritisme. Elle écrit notamment (page 19) : "Fruit du perfectionnisme des bureaux de l'administration, pour reprendre les termes d'une analyse conduite par le Conseil d'État, le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats aux marchés publics ou délit d'avantage injustifié ou délit de favoritisme, codifié à l'article 432-14 du code pénal, suscite l'inquiétude des ordonnateurs et des contrôleurs financiers chargés de viser les marchés. Toute erreur sur les règles entraîne, de fait, une inégalité entre les entreprises candidates, qui, elle-même, implique ipso facto un avantage injustifié. Le délit, par essence intentionnel, est alors constitué, ce qui conduit, logiquement, à une sanction pénale de l'acheteur. Les mâchoires de ce piège diabolique peuvent se refermer à tout instant (sic), même si, actuellement, la direction des affaires juridiques n'a pris en charge, au titre de la défense des agents, qu'un seul dossier de cette nature".
- Frédéric Thiriez avocat au Conseil d'État et à la Cour de Cassation "Moralisateur ou démoralisateur" – Le Monde 10 février 2000. "Accroché au rocher du code pénal par la grande vague de moralisation qui a marqué la décennie 90, le délit de favoritisme n'a pas fini de faire des ravages chez les élus et les décideurs publics ou privés". L'auteur parle aussi de la "stupéfiante automaticité" du délit.
- (7) Discours prononcé le 13 février 1996 par M. Yves Galland ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a, à l'occasion d'un colloque sur la notion de "mieux-disant" dans les marchés publics organisé par la FNTB. "Réformer le code des marchés publics est une tâche nécessaire non seulement pour des raisons budgétaires et économiques mais aussi politiques. Ce qui est en jeu, c'est la qualité de la démocratie. Un petit nombre d'affaires, avec un grand retentissement médiatique, ont créé une ère du soupçon. Ceci rejaille sur la transparence et le fonctionnement de la démocratie locale. Nous devons réagir, sinon nous risquons de paralyser tous les élus, qui agissent en toute bonne foi. Ensuite, il y a un risque que la réforme elle-même ne suscite la défiance. À chaque fois que l'on touche à de telles règles du jeu, l'on court le risque de la critique de l'opinion ou de la presse. En démocratie, une telle épreuve est normale et saine. C'est pourquoi nous devons être prudents, pédagogiques et clairs dans cet exercice démocratique. La qualité de la communication en la matière sera très importante". (...) "Le constat que l'on peut dresser aujourd'hui est clair : une insatisfaction exprimée par nombre des intervenants de la commande publique sur les règles actuelles. La raison essentielle, me semble-t-il, tient à la finalité même du code des marchés publics actuel ; il a été conçu avec deux objectifs : 1) l'égalité d'accès pour les entreprises à la commande publique ; 2) la lutte contre la corruption.. Ce faisant, la réglementation s'est surtout attachée à l'aspect procédural de la commande publique. Elle a de ce fait négligé une autre fonction économique : l'efficacité de la fonction d'achat des collectivités locales. L'objectif de la mission confiée à M. Trassy-Paillogues est précisément de proposer une réforme du code qui, tout en restant fidèle aux deux premiers objectifs, satisfasse aussi ce troisième objectif, l'efficacité de l'achat".
- (8) - La lettre de mission de M. Alain Juppé, Premier Ministre à M. Alfred Trassy-Paillogues en date du 25 août 1995 débute comme suit : "Parmi les priorités que s'est assignées le Gouvernement, figure la volonté d'unifier et de simplifier les législations existantes, afin de les rendre plus accessibles aux usagers et aux citoyens. Cet objectif intéresse tout particulièrement la réglementation des marchés publics". Il me paraît donc nécessaire d'envisager une évolution du droit de la commande publique qui permette de donner à celle-ci un cadre juridique cohérent et adapté à la réalité économique actuelle, dans le strict respect des principes de transparence des choix et d'égalité dans la concurrence, et qui puisse également procurer à l'acheteur public une sécurité juridique accrue".
- Réforme du code des marchés publics, point de presse du 20 mars 1997, M. Yves Galland, Ministre délégué aux Finances et au Commerce extérieur : "La simplification se traduira par la réduction d'au moins 50 % du volume du code des marchés publics et des documents annexes. La lisibilité en sera améliorée avec la fusion des dispositions relatives à l'État, aux collectivités locales et celles d'origine communautaire. La sécurité juridique sera ainsi renforcée pour les opérateurs. Cet effort prépare le travail de codification qui doit suivre et qui intégrera ces dispositions au nouveau code des marchés publics et des autres contrats d'intérêt général. (...)"
- (9) La réforme du code des marchés publics avril 1999 document d'orientation fiche 10 page 29 : "La clarification de la rédaction du code doit se traduire par la mise en évidence des objectifs recherchés (concurrence, efficacité du choix) et des principes fondateurs du droit de la commande publique (liberté d'accès aux marchés publics, égalité de traitement des candidats, contrôle de l'usage des deniers publics), préalablement à la description des procédures". La simplification des textes est une nécessité : la complexité des procédures applicables aux différentes formes d'achat public, les réécritures successives partielles, les contradictions ou redondances qui en résultent, le maintien de dispositions obsolètes, ont rendu la lecture du code des marchés publics particulièrement difficile. Une présentation plus pédagogique doit être recherchée, afin de rendre le texte plus lisible et plus opérationnel, en l'organisant selon la chronologie des marchés publics, depuis l'expression des besoins et des critères de choix jusqu'au contrôle de l'exécution du marché. La clarification des règles et leur mise en cohérence, la fusion des dispositions communes à l'État et aux collectivités locales devraient permettre une réduction en volume du code des marchés publics. L'objectif de simplification doit aussi viser à supprimer les contraintes formelles et les délais qui apparaissent inutiles, dans le respect des principes de l'achat public. La simplification des textes et des règles issues du code des marchés publics doit aller de pair avec la modernisation des procédures de passation, en particulier par le recours aux nouvelles technologies, facteur d'allègement et d'accélération des échanges. (cf. fiche 13)
- (10) On peut citer l'article 308 de l'ancien code des marchés publics à cet égard caricatural : "L'article 103 et l'article 104, à l'exception du 6° de son I, sont applicables aux collectivités et établissements mentionnés à l'article 250. La référence à l'article 107 que comporte le 9° du I de l'article 104 est remplacée, pour les collectivités et établissements, par une référence à l'article 313 bis. La référence que comporte le 3° du II de l'article 104 est remplacée par une référence à l'article 314. Sauf dans les cas prévus au b du 8° et du 10° du I de l'article 104, les discussions préalables à la passation d'un marché négocié ne peuvent être engagées qu'après avis favorable et motivé de la commission prévue à l'article 279. Cet avis est joint au rapport mentionné à l'article 312 ter..."
- (11) Ce problème dépasse d'ailleurs la réglementation des marchés publics. Poursuivre la décentralisation, réflexion sur le bilan et les perspectives de la décentralisation, commission du livre blanc présidée par J. Chaban-Delmas et R. Monory et pouvoirs locaux 1996 (page 92) "La complexité des règles de droit est une préoccupation constante des élus locaux qui demandent de simplifier, de codifier et de moins modifier le droit existant". D'une façon plus générale, le rapport 1991 du Conseil d'État met aussi en garde contre les difficultés d'un droit qui s'éloignerait du citoyen (...) "rien n'est plus contraire au principe d'égalité entre les citoyens que de laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes".
- (12) Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (Journal officiel du 13 juillet 1985).

L'article 7 de la loi "MOP" énumère les éléments de mission dont l'exécution constitue l'objet des marchés de maîtrise d'œuvre : *"la mission de maîtrise d'œuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2.*

Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur.

Le maître de l'ouvrage peut confier au maître d'œuvre tout ou partie des éléments de conception et d'assistance suivants :

1° Les études d'esquisses ;

2° Les études d'avant-projets ;

3° Les études de projet ;

4° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage pour la passation du contrat de travaux ;

5° Les études d'exécution ou l'examen de la conformité au projet et le visa de celles qui ont été faites par l'entrepreneur ;

6° La direction de l'exécution du contrat de travaux ;

7° L'ordonnancement, le pilotage et la coordination du chantier ;

8° L'assistance apportée au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement.

Toutefois, pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique. Le contenu de cette mission de base, fixé par catégories d'ouvrages conformément à l'article 10 ci-après, doit permettre :

- au maître d'œuvre, de réaliser la synthèse architecturale des objectifs et des contraintes du programme, et de s'assurer du respect, lors de l'exécution de l'ouvrage, des études qu'il a effectuées ;

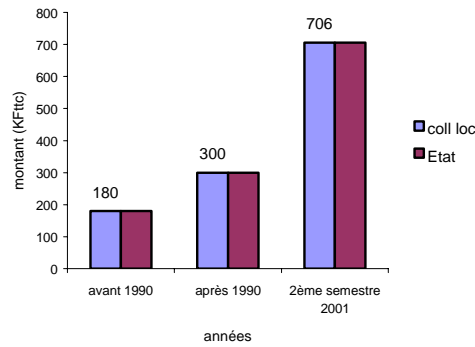
- au maître de l'ouvrage, de s'assurer de la qualité de l'ouvrage et du respect du programme et de procéder à la consultation des entrepreneurs, notamment par lots séparés, et à la désignation du titulaire du contrat de travaux".

- (13) Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (Journal officiel du 12 décembre 1992).
- (14) La MIEM a évoqué dans son 4^{ème} rapport d'activité pour l'année 1996 le problème de l'instabilité des textes (volume I page 19). *"Les modifications se chevauchent, se superposent et s'entrecroisent à un point tel qu'il est parfois difficile de déterminer le droit applicable, même pour des spécialistes". Les lois et décrets modifiant ou complétant la réglementation se succédant souvent avec une rapidité étonnante. On peut noter sur ces cinq dernières années, que 34 textes sont venus modifier ou compléter les dispositions relatives à la commande publique, soit 3 directives, 8 lois et 23 décrets. Il suffit de se reporter à la "table de concordance des articles du code aux textes d'origine" pour se rendre compte que cette inflation textuelle a été aussi intense au cours de ces dernières décennies. On doit ajouter qu'une réforme du code des marchés publics a été engagée en 1996. Cette réforme de grande envergure propose non plus de simples modifications du code mais une refonte avec pour "clefs de voûte" la volonté de "transparence et l'efficacité de la dépense publique" et sur la forme l'élaboration de nouveaux textes simples et lisibles (qui) permettront de mieux identifier les principes applicables sans se perdre dans les détails". Sans préjuger des résultats que toute réforme peut apporter et en tenant compte des objectifs louables auxquels on ne peut qu'adhérer, la Mission se montre réservée sur les changements incessants de réglementation qui créent une grande instabilité. Le droit de la commande publique a plus besoin de sécurité juridique que de textes nouveaux, même si parfois ils sont inévitables. Aujourd'hui, les grands principes de l'achat public, l'harmonie générale qui s'exprime par une mise en concurrence graduellement plus contraignante et donc plus protectrice, sont acquis".*
- (15) Le document d'orientation pour la réforme du code des marchés publics qui a abouti au nouveau texte préconise d'améliorer le conseil juridique et technique aux acheteurs publics. *"L'idée générale est favorablement accueillie. Quant aux modalités proposées par le document d'orientation, certaines interventions soulignent que : la commission régionale de l'achat public ne doit pas devenir un facteur d'alourdissement des procédures et d'allongement des délais. D'autres mettent en avant la crainte que les pôles de compétence ne fassent pas le départ entre les fonctions de conseil de contrôle du préfet, et restaurent une tutelle déguisée. Un certain nombre de contributions formulent des propositions alternatives : améliorer la formation des acheteurs publics, donner une meilleure lisibilité aux règles du code".*
- (16) Instruction pour l'application du code des marchés publics - Commission centrale des marchés. JORF
- (17) Décision du 20 janvier 1993 relative à la loi du 29 janvier 1993.

Dates de fixation des seuils (KFttc)

180KF décret du 24/11/83
300KF décret du 3/7/90
706KF décret portant réforme du code des marchés publics (2001)

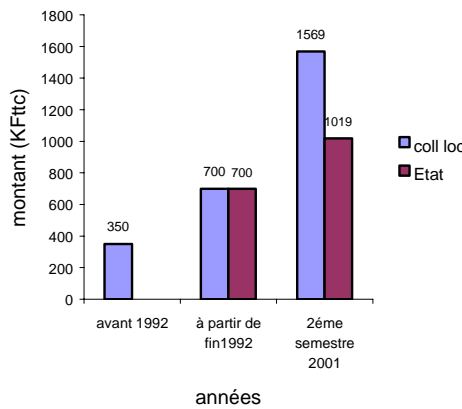
Seuils des achats sur simple facture
(marchés sans formalité préalable)



taux de progression
sur la période de 10 ans
135 %

Seuils des marchés négociés (mise en concurrence simplifiée)

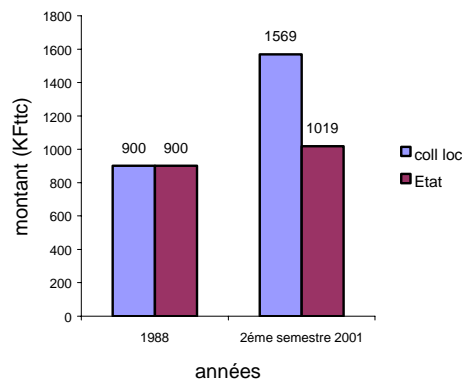
350KF arrêté du 7/01/82
700KF décret du 15/12/92
1 569KF décret portant réforme du code des marchés publics (2001)
1 019KF décret portant réforme du code des marchés publics (2001)



taux de progression
sur la période de 10 ans
124 % coll locales
46 % Etat

Seuils de publicité non obligatoire au BOAMP

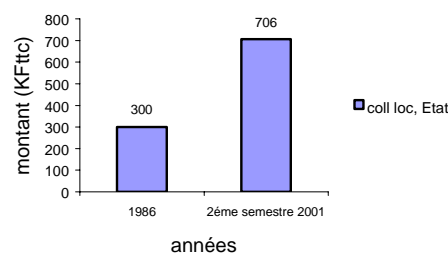
900KF arrêté du 6/5/88
1 569KF décret portant réforme du code des marchés publics (2001)
1 019KF décret portant réforme du code des marchés publics (2001)



taux de progression
sur la période de 10 ans
74 % coll loc
13 % Etat

Seuils pour passer un marché de maîtrise d'oeuvre

706KF décret portant réforme du code des marchés publics (2001)



taux de progression
sur la période de 10 ans
135 %

- (19) L'approche organique a pour effet de ne pas prendre en compte l'ensemble des contrats passés par des organismes et groupements de droit privé, créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général, que les lois du 3 janvier 1991 et du 11 décembre 1992 soumettent à des obligations de publicité et de mise en concurrence équivalant à celles qui concernent les marchés publics, s'ils répondent à l'un des trois critères suivants : leur activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, leur gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, leur organe d'administration, de direction, ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est dirigée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.
Le document d'orientation relatif à la réforme du code des marchés publics (avril 1999) avait prévu que "les textes qui rendent ces dispositions applicables seront réunis dans le code des marchés publics". (page 10)
Bien que le nouveau code n'ait pas pris en compte cette situation, le document d'orientation qui l'a précédé évoque le problème. Il est écrit page 7 : *"plusieurs contributions mettent en évidence des particularités sectorielles qui justifieraient que certaines activités ne soient pas placées dans le champ du code (Défense, SA d'HLM par exemple), mais l'examen de l'impact des critères sur le champ d'application a mis en évidence l'impossibilité de n'utiliser qu'un critère organique pour définir les catégories d'opérateurs susceptibles d'être soumis au code : en effet, il peut arriver qu'en fonction de leur situation respective, deux organismes appartenant à la même catégorie se trouvent assujettis à des règles différentes".*
D'autres secteurs du droit de la commande publique ne sont pas concernés : les conventions de délégation de service public, les contrats des sociétés d'économie mixte mentionnés au I de l'article 48 de la loi du 29 janvier 1993.
- (20) Code des marchés publics commentés et annotés par F. Llorens et P. Soler-Couteaux Litec 1999 sous l'article 123. *"Cet article constitue une commodité pour les collectivités publiques. Il leur évite d'avoir à organiser des procédures lourdes d'appel à la concurrence pour des prestations de faible montant. Il autorise, en effet, la passation sur simples mémoires ou factures, sans marché écrit, des commandes qui relèvent normalement du code des marchés publics. Plus précisément, il dispense de manière expresse ces commandes (que l'on qualifie habituellement de commandes hors marché) du respect du titre I du livre II du code. De la sorte, les administrations qui entendent les passer, échappent aux dispositions régissant les procédures de passation des marchés. La soumission de ces commandes aux autres dispositions du code, et notamment à celles relatives au règlement et au financement, est cependant incertaine. D'une part, en effet, les dispositions en question ne concernent expressément que les marchés ; d'autre part, le code organise un mode de règlement spécifique pour les commandes hors marché sur présentation de simples mémoires et factures ; enfin, le code prévoit explicitement que certaines dispositions concernant le règlement et le financement des marchés (art. 186 quater et 356 relatifs au régime des intérêts moratoires et art. 198 et 199 prévoyant la possibilité de financement du marché par le CEPME) sont applicables aux commandes hors marché. On pourrait en déduire a contrario qu'elles ne sont pas soumises aux autres dispositions du code".*
- (21) La conversion en francs TTC est donnée sur la base du taux normal de TVA à 19,6 % pour un euro à 6,55957, afin de comparer l'évolution des seuils par rapport à l'ancienne réglementation.
- (22) L'instruction pour l'application du code des marchés publics rédigée par la commission centrale des marchés Livre III n° 2010 précise : *"Le montant présumé doit être apprécié dans le cadre d'une année civile pour les commandes passées par l'unité administrative à la tête de laquelle se trouve une personne responsable des marchés ou par l'ensemble des services d'un même établissement public. Ces commandes doivent en outre se rapporter à des prestations passées en une seule fois ou successivement à un même fournisseur. C'est ainsi qu'il n'y a pas lieu de totaliser l'ensemble des fournitures identiques ou de nature similaire même commandées simultanément à plusieurs cocontractants. C'est le montant global, par fournisseur, des dépenses prévisibles telles qu'elles sont définies ci-après, mandatées au cours d'une même année et correspondant à des travaux, services ou fournitures identiques ou de nature similaire qui doit être retenu".*
- (23) Cour administrative d'appel de Lyon 23 juin 1994 Société MERX, Société Bernard Krief Sélection.
La notion d'opération désigne l'ensemble des mesures envisagées pour la réalisation d'un projet. Constituent ainsi des opérations au sens du code des marchés publics : la construction d'un bâtiment constitué de différents lots (génie civil, menuiserie, peinture, électricité) ; la réalisation d'une station d'épuration comprenant le génie civil, "la partie industrie", ainsi que, le cas échéant, des travaux de clôture et de protection de l'environnement qui font partie de l'opération même s'ils ne constituent pas une condition *sine qua non* du fonctionnement de la station.
Par-delà ces exemples, deux critères peuvent être pris en compte pour déterminer l'ensemble des mesures qui doivent être considérées comme constituant une même opération : le critère de fonctionnalité qui permet de rassembler ce que la collectivité a dû nécessairement envisager pour la réalisation de son projet ; le critère de la programmation financière qui permet de rattacher à un même projet des mesures différentes (*commission centrale des marchés : marchés publ.*, n°216, mars 1986 p. 7 ; *marchés publ.*, n° 280, mars 1994, p. 5).
- (24) Les marchés de services passés sans formalités préalables ont été justifiés comme suit dans la présentation du projet de décret : *"L'une des orientations ayant présidé à la rédaction de ce nouveau code est de se rapprocher des dispositions contenues dans les directives afin d'éviter les confusions qui résultaient du décalage entre les normes nationales et communautaires. C'est ainsi par exemple qu'un régime allégé est défini pour certains marchés, comme les marchés de services sociaux et sanitaires, les services d'éducation et d'insertion professionnelle ou encore les services récréatifs, culturels et sportifs. L'allègement considérable des contraintes dans ces secteurs permettra notamment de faciliter la coopération entre les collectivités publiques et le secteur associatif".*
Cette disposition a semble-t-il pour objet de "légaliser" une pratique dénoncée par la Cour des Comptes, en particulier dans son rapport public de 1999 : "La pratique consistant pour les collectivités territoriales à recourir à des associations, le plus souvent dépourvues d'autonomie de décision, pour servir de relais à leur action, est ancienne mais se perpétue malgré des évolutions de la législation et de la jurisprudence, tant administrative que financière, qui auraient dû entraîner la disparition". Cette pratique a pour effet de soustraire des pans entiers de l'activité municipale à l'obligation de mise en concurrence. Souvent, l'association relais doit être regardée comme le mandataire, en droit ou en fait, de la collectivité. Il est alors fréquemment relevé que l'association n'effectue pas de mise en concurrence lorsqu'elle procède à des commandes, alors qu'elle devrait appliquer les dispositions du code des marchés publics, les règles applicables au mandant s'appliquant au mandataire.
Dans d'autres cas, la subvention versée à l'association constitue en réalité la contrepartie d'une fourniture de prestations de services. Le code des marchés publics devrait alors s'appliquer et il devrait y avoir publicité et mise en concurrence préalable, dès lors que les seuils fixés par le code sont atteints. Il est rare que ces obligations soient respectées. Enfin, l'association est chargée de la gestion d'un service public local. Souvent, cette délégation ne fait pas l'objet d'une convention transmise au contrôle de légalité, mais d'une simple mention dans les statuts associatifs. De plus, l'obligation de mise en concurrence selon la procédure de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite "loi Sapin", applicable pour toute délégation de service au-delà des seuils fixés, est souvent omise".
- (25) Marchés de l'ancien article 104 II 2°
- La détention de droits exclusifs par une entreprise ne justifie pas le recours au marché négocié sans mise en concurrence préalable dès lors que la prestation peut être réalisée par des procédés différents de ceux proposés par cette entreprise (CE, 29 nov. 1996, *Dpt des Alpes-de-Haute-Provence : RD imm.* 1997, 74 obs. F. Llorens et Ph. Terneyre ; *Quot. jur.*, n° 40, 20 mai 1997, p. 5 et note).
- Pour que la procédure négociée sans mise en concurrence préalable soit utilisable dans l'hypothèse considérée, il ne suffit pas que le produit, objet du marché, soit protégé par des droits d'exclusivité. Il faut encore qu'il ne puisse être fabriqué ou livré que par un fournisseur déterminé CJCE, 3 mai 1994, *Commission c/Espagne*, aff. C-328/92 : *D.* 1994, Inf. rap., p. 146 : condition non remplie par des produits et spécialités pharmaceutiques destinés aux établissements relevant de la sécurité sociale.
- (26) Marchés publics n° 272, mars 1993 doctrine p. 6
- Instruction pour l'application du code des marchés publics n° 2010 page 338 et n° 2000 page 312.
- (27) Les articles 123 pour les marchés de l'État et 321 pour les marchés des collectivités territoriales disposaient qu'il pouvait être traité en dehors des conditions fixées par le titre relatif à la passation des marchés. Ce titre contenait non seulement les règles de procédure relative à la passation des marchés, mais aussi des règles de fond, en particulier celles contenues à l'article 47 qui posait les règles de liberté d'accès des candidats aux marchés et de traitement égalitaire de leurs offres.
- (28) En réalité les marchés sans formalités préalables sont dispensés par l'article 11 des exigences imposées aux autres marchés, actes d'engagement, cahiers des charges. Mais même sommaire, un écrit existe nécessairement pour que les prestations puissent être payées. Une simple facture approuvée permettra d'établir l'échange du consentement sur l'objet et le prix le bénéficiaire ainsi que la date de la convention, ce qui est l'essentiel.
- (29) Décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique et loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées. (article 5)

- (30) Débats parlementaires n° 345 - 31 août 2000 - Question à l'attention de Monsieur le Ministre de l'Intérieur : 23798 - 23 mars 2000 - sur la question de savoir si les commandes passées par la collectivité, sous forme de lettres de commande ou achats sur factures ou mémoires, doivent être transmises au contrôle de légalité. L'article L.2131-2-4 du code général des collectivités territoriales dispose que sont soumises aux dispositions de l'article L.2131-1 de ce même code "les conventions relatives aux marchés et aux emprunts ainsi que les conventions de concession ou d'affermage de services publics locaux".
(...) Réponse : Les commandes passées en vertu des dispositions de l'article 321 du code des marchés publics sont des marchés, puisque ce sont des conventions portant sur la fourniture de biens, de travaux ou de services. Elles répondent d'ailleurs à la définition de l'article 1^{er} du code des marchés publics, qui dispose que les contrats passés par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services sont des marchés publics. Lorsque ces marchés passés en vertu de l'article 321 du code des marchés publics sont accompagnés par un acte écrit, comme un bon de commande, une lettre de commande ou un devis accepté, ils sont soumis à obligation de transmission au représentant de l'État. Cette obligation de transmission présente l'intérêt de permettre au représentant de l'État, s'il le juge pertinent dans le cadre de la stratégie départementale annuelle de contrôle de légalité des marchés publics et des délégations de service public passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics, qui est dorénavant mise en place dans tous les départements conformément aux instructions de la circulaire du 23 février 2000 des ministres de l'économie, des finances et de l'industrie et de l'intérieur adressée aux préfets, de vérifier le respect du seuil de 300 000 F posé par l'article 321 du code des marchés publics. Le contrôle de légalité s'exerce également sur les marchés de 300 000 F au plus et sur ceux d'un montant supérieur, par le biais des délibérations du conseil municipal, du conseil général ou du conseil régional autorisant la signature du marché par l'exécutif de la collectivité ou des décisions prises par délégation du conseil municipal, du conseil général et du conseil régional en application des articles L. 2122-22, L. 3211-2 et L. 4221-5 du code général des collectivités territoriales. Ces délibérations et décisions sont soumises à obligation de transmission au représentant de l'État en vertu des articles L. 2131-2 (1^o), 3211-1 (1^o) et L. 4141-2 (1^o) de ce code. La délibération doit comporter le montant et la nature de la prestation qui fait l'objet de commande et autoriser l'exécutif à signer le contrat. Elle est transmise au représentant de l'État avec le projet de marché. Le représentant de l'État est alors à même d'apprécier la légalité de la délibération ainsi que du projet de marché. Le préfet peut, à l'occasion du contrôle de délibération, demander à la collectivité locale des pièces complémentaires qu'il estime nécessaires à l'appréciation de la légalité de la délibération ou de la décision transmise. Ces pièces complémentaires peuvent consister en bons de commande, lettres de commande, devis, contrats et autres documents annexes à la délibération qui n'auraient pas été joints à celle-ci lors de sa transmission, lorsque le maire conclut le marché par délégation du conseil municipal sur le fondement de l'article L. 2122-22 (4^o), le marché conclu dans ces conditions contient nécessairement une décision du maire prise par délégation du conseil municipal. Il est donc soumis à l'obligation de transmission au représentant de l'État (CE, 30 janvier 1987, COREP d'Ille-et-Vilaine contre commune du Rheu). Un raisonnement analogue est applicable aux décisions prises par la commission permanente en application des articles L. 3211-2 et L. 4221-5 du code général des collectivités territoriales. En conclusion, les délibérations autorisant la passation des marchés dont le montant ne dépasse pas 300 000 F doivent être transmises au représentant de l'État, puis ces marchés eux-mêmes lorsqu'ils sont accompagnés d'un document écrit.
- (31) Sixième rapport d'activité de la MIEM volume I p 47. Le principe d'égalité, qui fait partie des principes généraux du droit, s'impose aux autorités administratives sans qu'il ait besoin de figurer formellement dans une disposition législative ou réglementaire. De ce fait, jusqu'au décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992, le principe d'égalité n'était pas inscrit dans le code des marchés publics. Il y figure désormais à l'alinéa 2 de l'article 47 (les entrepreneurs et fournisseurs) "bénéficiaire d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres".
"C'est heureux et insuffisant. C'est heureux, car l'article 432-14 du code pénal qui sanctionne le délit de favoritisme exige pour être constitué une atteinte, commise par l'acheteur public, à une disposition législative ou réglementaire. En cette absence, avant le décret de 1992, l'atteinte à l'égalité ne pouvait être sanctionnée dans les marchés que si elle recouvrait un autre manquement à la réglementation. Cela posait un véritable problème pour les marchés négociés qui sont attribués "librement", compte tenu de leur importance quantitative (...). Il y avait là une niche d'irrégularités qu'il était impératif de combler rapidement. L'article 47, alinéa 2, est cependant insuffisant. Il est limité à l'examen des candidatures et des offres alors que les risques d'atteinte au principe d'égalité touchent tous les stades de la procédure de dévolution : préparation, passation, exécution. La Mission s'est élevée contre le caractère restrictif du principe d'égalité, dans un avis rendu le 7 juin 1996 à l'occasion du projet de réforme du code des marchés publics".
- (32) L'article 432-12 du code pénal dispose : "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, est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende".
La nouvelle rédaction du délit de prise illégale d'intérêts est plus large que celle du délit d'ingérence de l'ancien code pénal. Elle permet de sanctionner celui qui participe à l'attribution d'un marché ou d'une délégation de service public au profit d'un tiers : "Celui qui accorde une sous-concession du domaine public, dont il a l'administration ou la surveillance, à une société dans laquelle il est intéressé par l'intermédiaire de son gendre (parking d'aéroport). Crim. 5 nov. 1998 : Bull. crim. n° 289 ; D. 1999. IR 21 ; RTD com. 1999. 771, obs. Bouloc ; JCP 1999. II. 10182, note Jeandidier".
- (33) 2^{ème} rapport d'activité de la MIEM année 1994 volume II p. 61.
- (34) En présence de textes complexes, la chambre criminelle de la Cour de Cassation tient compte de la personnalité de son auteur et des moyens dont il disposait pour s'informer de la portée des textes à appliquer. Elle a ainsi rejeté le bénéfice de l'erreur de droit en tenant compte de la notion de "professionnel de bonne foi" (Crim. 10 avril 1997 : Bull. crim. n° 140 ; Dr pénal 1997. 115, 045, J. - H. Robert) et dès lors que la portée des textes applicables pouvait faire l'objet d'une consultation auprès d'une administration (Crim 5 mars 1997 : bull. crim. n° 84).
- (35) Le principe de liberté d'accès des candidats à la commande publique exige qu'ils soient informés des conditions réelles du marché. En appel d'offres, une publicité est exigée à cet effet. Si les conditions du marché venaient à être modifiées, quelle que soit l'hypothèse et en dehors même de l'appel d'offres infructueux, il sera nécessaire de recommencer toute la procédure, après y avoir mis fin dans les conditions prescrites aux articles 60 et 65 derniers alinéas. L'hypothèse de modification du marché en cours de procédure n'est donc pas possible, y compris après appel d'offres infructueux. CE 5 décembre 1994 commune du Vésinet RD immob. 1995, 317.
- (36) Dans l'ancien code, le seuil des marchés négociés était de 700 000 F TTC. Il avait été fixé par le décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992. Auparavant, ce seuil était de 350 000 F TTC. Le nouveau code a fixé pour la procédure de mise en concurrence simplifiée qui correspond à l'ancien marché négocié de l'article 104-1 10°, le seuil des marchés de l'État à 1 019 000 F TTC et celui des marchés des collectivités territoriales à 1 569 000 F TTC, soit une augmentation respective de 191 % et 348 %.
- (37) TGI d'Avranches, 16 mai 1995, R.F.D. septembre 1995 n° 1 p. 61. Cette décision, qui est la première rendue en matière de délit de favoritisme avait parmi les griefs réunis contre un responsable de collectivité, reproché à ce dernier l'utilisation d'un appel d'offres restreint... alors qu'aucune condition n'est posée pour l'utilisation de l'une des procédures par rapport à l'autre. Le nouveau code indique expressément que le choix entre les deux appels d'offres est libre.
- (38) 2^{ème} rapport d'activité de la MIEM année 1994 volume II p.68.
- (39) L'examen des offres en trois phases successives, pour apprécier les candidatures, les offres puis le prix est la meilleure garantie pour assurer une dévolution régulière du marché. Elle permet d'éviter les confusions qui s'opèrent au moment du choix pour écarter un candidat mieux-disant en lui refusant l'agrément ou au motif que sa prestation est de moins bonne qualité que celle de l'entreprise que l'on veut favoriser. La Mission a été pour l'extension de ce système à l'ensemble des procédures de mise en concurrence. (réunion MIEM 3 janvier 2000 réflexions sur le code des marchés publics)
- (40) Un arrêté du 24 juin 1998 a relevé le seuil des marchés de maîtrise d'œuvre sur compétences référence et moyens à 1 567 800 F TTC. Ils étaient jusqu'à cette date à 900 000 F TTC.
- (41) Le droit communautaire exclut, dans les procédures ouvertes ou restreintes, toute négociation avec les candidats qui ne se limiterait pas à leur faire préciser ou compléter leur offre, mais déboucherait sur la modification d'un élément fondamental du marché (déclaration commune du Conseil et de la Commission de l'Union européenne jointe à la directive travaux n° 93/37 et étendue à la directive secteurs exclus n° 93/38 : Mon. TP, TO, 13 mai 1997, p. 260). Selon la jurisprudence interne, aucune disposition de la directive services (n° 92/50) ne prohibe formellement les discussions avec les candidats dans les procédures restreintes (TA de Marseille, Ord., 30 juill. 1997, req. n°s 97-4566 et 97-4663).
- (42) L'autorité compétente peut mettre un terme à l'appel d'offres en cas d'irrégularité susceptible de vicier la procédure (CE, 13 janv. 1995, CCI de la Vienne ; Rec. CE, p. 26). On peut considérer qu'il y a obligation pour la personne responsable du marché de mettre un terme à la procédure, dans l'hypothèse où l'irrégularité serait constitutive du délit de favoritisme.

- (43) La mise au point ne peut porter sur des éléments essentiels du marché. Elle doit rester limitée et ne pas remettre en cause les conditions de l'appel à la concurrence (CE, 27 juill. 1984, *Sté Biro* : *Rec. CE*, p. 303). Il en serait ainsi en cas de modification de l'épaisseur des dalles fixée par le CCTP d'un marché de voirie, une telle mise au point, qui portait sur un aspect technique important du dossier, étant de nature à rompre l'égalité entre les candidats (CAA de Bordeaux, 29 mai 1995, *Entreprise Porte* : *AJDA* 1995, 852, chron. J-C Barros).
- (44) Deuxième rapport d'activité de la MIEM année 1994 volume II p. 71.
- (45) Document d'orientation avril 1999 la réforme du code des marchés publics fiche 5 p. 21 "la transparence serait améliorée et les contrôles a posteriori facilités par la mise en place d'une obligation générale de motiver l'attribution du marché, par différence avec le régime actuel, qui ne prévoit de motivation que dans un nombre limité de cas".
- (46) - Gazette du Palais 12-14 mars 1995. *Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public ; l'article 432-14 du code pénal* (page 4, § 3).
- (47) - Chambre criminelle de la Cour de Cassation. Arrêt du 15 septembre 1999.
Commentaire Michel Veron JCP La Semaine Juridique. Édition générale 7 juin 2000 n° 23 p. 1072 : "ce délit sanctionne la violation de n'importe quelle disposition légale ou réglementaire concernant les procédures d'appels d'offres ou d'attribution des marchés publics. La chambre criminelle de la Cour de Cassation a en effet admis que le délit de l'article 432-14 du code pénal était commis dès lors qu'il a été relevé que "le prévenu a laissé siéger les commissions d'appels d'offres des 12 mars 1992 et 10 mars 1992 avec la participation d'un seul conseiller municipal ayant voix délibérative, Bernard ..., en violation du principe de la collégialité des organes délibérant institué par l'autorité réglementaire pour garantir la régularité et l'impartialité de l'attribution des marchés. Qu'ils retiennent, en outre, que l'entreprise ... a été favorisée, notamment par l'admission de la procédure d'urgence dans le marché de réhabilitation de la patinoire, décidée par une délibération du conseil municipal du 18 décembre 1991 à laquelle il a participé".
- (48) Ch. crim. Cour de Cassation 2 avril 1998 Gazette du palais 25-26 février 2000, "les juges du second degré, après avoir relevé qu'il a été procédé à des marchés de régularisation par des procédures dont il n'est aucunement contesté le caractère fictif de la mise en concurrence des entreprises, des rapports de dépouillement et des délibérations relatives à ces procédures, énoncent toutefois qu'il n'est pas démontré, eu égard aux circonstances de l'espèce et notamment de l'absence de toute concurrence réelle de la part des entreprises ayant participé à la négociation, que les procédures litigieuses aient procuré un avantage injustifié à l'entreprise Mo. ; que les juges ajoutent qu'il ne résulte pas plus de ces circonstances l'intention pour Jean-Louis B. de violer les dispositions réglementaires applicables.
Mais attendu qu'en prononçant ainsi, tout en relevant par ailleurs qu'un marché de régularisation contrevient, de par sa nature, aux dispositions d'ordre public du code des marchés publics, la Cour d'Appel qui ne pouvait, sans se contredire ou mieux s'en expliquer, énoncer que les prévenus n'avaient pas commis le délit prévu par l'article 432-14 du code pénal, a privé sa décision de base légale".
- (49) Tribunal de grande instance de Strasbourg, 14 janvier 1996 la revue de l'achat public marchés publics n° 4, 95-96 p. 18 à 22.
- (50) I - Évaluation à laquelle il a été procédé par la MIEM à partir des données fournies par le site Internet du MINEFI. L'achat public en France fiche n° 1 de la DAJ 26/4/1999 (document de la réforme des marchés publics)
Montant total des marchés 740 MdsF. Après correction la MIEM ramène ce chiffre à 470 MdsF (évaluation forfaitaire des dépenses des administrations sociales et certaines dépenses qui ne sont soumises au code qu'au fur et à mesure de l'ouverture à la concurrence de secteurs concernés dépenses d'énergie ou de télécommunications...).
- | | | | |
|--------------|---|----------|-----------------------|
| On obtient : | - appel d'offres | 138 MdsF | soit 29 % de 470 MdsF |
| | - marchés négociés avec mise en concurrence | 44 MdsF | 9 % |
| | - marchés négociés sans mise en concurrence | 54 MdsF | 11 % |
| | - achats sur factures (obtenus par déduction) | | 51 % |
- II - Marchés qui peuvent selon le nouveau code, être conclus sans mise en concurrence (en pourcentage par rapport au montant total des marchés) :
- marchés sans formalités préalables (anciens ASF 51 % + anciens négociés avec mise en concurrence 9 %) : 60 %
 - marchés négociés sans mise en concurrence : 11 % (le nouveau texte semble admettre plus largement ce type de marchés ce qui pourrait entraîner un accroissement de ces procédures)
 - avenants : non évalués
 - marchés de services passés sans formalités préalables : non évalués (n'existaient pas dans la précédente réglementation)
 - fournitures, travaux et services complémentaires : non évalués (le nouveau texte devrait entraîner un accroissement sensible des travaux et services complémentaires)
 - marchés de reconduction : non évalués (n'existaient pas dans la précédente réglementation).
- Total évaluation MIEM : 75 à 80 %. Cette évaluation est strictement indicative. Elle a été réalisée pour donner un ordre de grandeur, sans prétendre à l'exactitude.*
- (51) Pierre-Alexis Feral Actualité et intégration du droit communautaire des marchés publics dans l'ordre juridique français. Les petites affiches 24 mai 1996 n° 63.
- (52) Septième rapport d'activité de la MIEM, année 1999, éditorial.
- (53) Lydie LALLEMANT-BIF Réflexion sur le délit de favoritisme dans les marchés publics : dépénalisation ou contraventionnalisation ? Gaz. Pal 17 et 18 novembre 2000.

(54) Les délais dans les procédures du nouveau code des marchés publics

	Envoi de l'avis d'appel public à la concurrence	Date limite de réception des candidatures	Date d'envoi de : - la lettre de consultation (AO, MCS) (le cas échéant du dossier de consultation), - l'invitation à présenter une offre (MN) - l'invitation à remettre une prestation (Concours)	Date limite de réception des offres (AOR, MCS, MN : fixée dans la lettre de consultation)	Date d'engagement des éventuelles auditions, discussions et/ou négociations (pas de durée imposée)
Procédures restreintes :					
AOR cas général	≥ 37 jours (A61-II)		≥ 40 jours (A63-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		AOSP : auditions, discussion sur moyens (A68)
AOR si avis de pré-information <i>(envoyé au moins 52 jours avant l'avis d'appel public à la concurrence)</i>	≥ 37 jours (A61-II)	Choix des candidats	≥ 26 jours (A63-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		AOSP : auditions, discussion sur moyens (A68)
AOR sur travaux <5M€ht	≥ 21 jours (A61-II)	admis à -	≥ 21 jours (A63-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		AOSP : auditions, discussion sur moyens (A68)
urgence sur AOR * :	≥ 15 jours (A61-II)	présenter	≥ 15 jours (A63-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		AOSP : auditions, discussion sur moyens (A68)
mise en concurrence simplifiée	≥ 20 jours (A57-I)	une offre :	pas de délai minimum (A57-I)		engagement des négociations (A57-I)
concours restreint <i>(dont le concours de maîtrise d'œuvre)</i>	pas de délai minimum (A71)	pas de délai fixé	pas de délai minimum (A71)		négociation avec les lauréats (A71)
maîtrise d'œuvre sur compétences, références et moyens	pas de délai minimum (A74-II-2)				engagement des négociations (A74-II-2)
négocié avec publicité	≥ 37 jours (A66)		pas de délai minimum (A67)		engagement des négociations (A67)
négocié avec publicité < seuils européens <i>(Etat=130K€ht, col. ter.=200 K€ht)</i>	≥ 15 jours (A66)		pas de délai minimum (A67)		engagement des négociations (A67)
urgence* sur négocié avec publicité	≥ 15 jours (A66)		pas de délai minimum (A67)		engagement des négociations (A67)
négocié sans publicité avec concurrence <i>(A35-II)</i>			pas de délai minimum (A67)		engagement des négociations (A67)
négocié sans publicité ni concurrence <i>(A35-III.)</i>					engagement des négociations (A67)
Procédures ouvertes :					
AOO cas général <i>(pas de réduction possible pour motifs d'urgence)</i>			≥ 52 jours (A58-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		
AOO si avis de pré-information <i>(envoyé au moins 52 jours avant l'avis d'appel public à la concurrence)</i>			≥ 26 jours (A58-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		
AOO sur travaux <5M€ht			≥ 36 jours (A58-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		
Urgence* pour AOO sur travaux <5M€ht			≥ 15 jours (A58-II) - <i>prolongation si visite ou consultation sur place nécessaire</i>		
concours ouvert			pas de délai minimum (A71)		négociation avec les lauréats (A71)

*urgence ne résultant pas de la personne publique

A = article
AOSP = appel d'offres sur performances

AO = appel d'offres

AOO = appel d'offres ouvert
MCS = mise en concurrence simplifiée

AOR = appel d'offres restreint
MN = marché négocié

(55) Les autorités compétentes dans les procédures du nouveau code des marchés publics

Procédures		Agrément des candidatures	Désignation du ou des lauréats (concours)	Attribution du marché
Appel d'offres ouvert	Etat	<i>PRM</i> après avis CAO (A59-II) ou du jury si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)		<i>PRM</i> après avis CAO (A60-II) ou du jury si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)
	Collectivités territoriales	CAO (A59-II) ou <i>jury</i> si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)		CAO (A60-II) ou jury si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)
Appel d'offres restreint	Etat	<i>PRM</i> sur proposition CAO (A62-II) ou du jury si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)		<i>PRM</i> après avis CAO (A65-II) ou du jury si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)
	Collectivités territoriales	CAO (A62-II) ou <i>jury</i> si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)		CAO (A65-II) ou jury si maîtrise d'œuvre sans concours (A74-II-3 dernier alinéa)
Appel d'offres sur performances	Etat	- <i>PRM</i> sur proposition CAO (A68) -si marché de conception-réalisation: <i>PRM</i> sur avis motivé jury (A70-2°)		- <i>PRM</i> (décision motivée) après avis CAO (A68 alinéa 4) -si marché de conception-réalisation: <i>PRM</i> (décision motivée) après avis motivé jury (A70)
	Collectivités territoriales	- CAO (A68) -si marché de conception-réalisation : <i>PRM</i> sur avis motivé jury (A70-2°)		- CAO (décision motivée) (A68 alinéa 5) -si marché de conception-réalisation : CAO (décision motivée) après avis motivé du jury (A70)
Mise en concurrence simplifiée	Etat	<i>PRM</i> (A57-I alinéa 4)		<i>PRM</i> après avis CAO (A57-II)
	Collectivités territoriales	<i>PRM</i> (A57-I alinéa 4)		CAO (A57-III)
Procédures négociées	Etat et collectivités territoriales	<i>PRM</i> (A67- alinéa 1 ^{er})		<i>PRM</i> (A67 dernier alinéa)
Concours ouvert	Etat	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-2)		<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-4)
	Collectivités territoriales	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-2)	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-4)	Choix du projet ou attribution du marché : assemblée délibérante (A71-5)
Concours restreint (dont concours de maîtrise d'œuvre)	Etat	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-2)	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-4)	Choix du projet ou attribution du marché : <i>PRM</i> (A71-5)
	Collectivités territoriales	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-2)	<i>PRM</i> après avis motivé du jury (A71-4)	Choix du projet ou attribution du marché : assemblée délibérante (A71-5)
Maîtrise d'œuvre : mise en compétition sur compétences, références, moyens	Etat	<i>PRM</i> après avis du jury (A74-II-2)		<i>PRM</i> (A74-II 2)
	Collectivités territoriales	<i>PRM</i> après avis du jury (A74-II-2)		Assemblée délibérante (A74-II-2)

A = article

PRM = personne responsable du marché

CAO = commission d'appel d'offres

***5 - Les effets du nouveau code des marchés publics [décret 7 janvier 2004]
sur le délit de favoritisme [article 432-14 du code pénal].
En particulier le problème des marchés passés selon une procédure adaptée***

Les effets de la modification du code des marchés publics, par le décret 2004-15 du 7 janvier 2004, sur l'application du délit de favoritisme.

Jusqu'au décret du 7 mars 2001, le code des marchés publics a été pour l'essentiel un ensemble de dispositions de forme qui avaient pour objet de prévoir les modalités selon lesquelles les personnes publiques peuvent acheter. Aucune règle écrite n'indiquait à l'acheteur les idées directrices qui devaient le guider. Les principes fondamentaux, de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité entre les candidats, ne figuraient pas dans le code des marchés publics, on considérait qu'ils étaient sous-entendus. Dans le meilleur des cas l'acheteur se contentait d'accomplir, du mieux qu'il pouvait, les prescriptions du code qui étaient plus ou moins nombreuses et compliquées selon l'importance estimée du marché ou la nature des prestations envisagées. Au-dessous d'un certain seuil les menues dépenses, qui pouvaient être effectuées « sur simples factures », n'étaient soumises à aucune formalité permettant de garantir une certaine ouverture à la concurrence et un traitement égalitaire des entreprises sollicitées. Ce n'est qu'en 1992, qu'un décret daté du 15 décembre a « consacré » une disposition selon laquelle les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics et bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures et de leurs offres. L'introduction discrète, à l'article 47 du code, dans la section « entrepreneurs et fournisseurs contractants », de règles qui sont issues des principes fondamentaux de l'achat public, le fait que ces règles ne s'appliquent pas aux achats sur simples factures, qu'elles limitent au « traitement de l'offre » la prescription principale de l'égalité entre les candidats et réduisent à un droit de « pouvoir se porter candidat » l'obligation essentielle d'ouverture à la concurrence, n'a pas véritablement permis d'élever le texte au rang des principes susceptibles de gouverner l'achat public.

C'est le décret du 7 mars 2001 qui a donné à ces principes la place qui leur revenait, « au fronton » du code. L'article 1^{er} affirme que « *Les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.* » Cette disposition essentielle de l'achat public correspond au droit. Son caractère impératif a été rappelé par la jurisprudence européenne (Cour de justice des communautés européennes, affaires C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, 3 décembre 2001 et affaire C-324/98 Telaustria, 7 décembre 2000) et par le Conseil d'état (avis du 29 juillet 2002 Société MAJ Blanchisserie de Pantin).

Le décret du 7 janvier 2004 a permis de lever toute ambiguïté sur un point qui avait fait l'objet de controverses. Le nouveau décret précise que les principes énoncés s'appliquent à tous les marchés « *Quel que soit leur montant* », selon une expression imagée « dès le 1^{er} euro ». Clairs et précis, ils sont depuis leur introduction dans le code, des règles de la passation des marchés, directement applicables, qui s'imposent par elles-mêmes, pour tous les achats, à tous les acheteurs, sans qu'il soit nécessaire que d'autres règles viennent les mettre en œuvre. On parle de principes car leur portée est générale, ils s'appliquent à tous les marchés sans exception. On les qualifie de fondamentaux car ils sont les règles les plus importantes de l'achat public. Dans la hiérarchie des normes, ils sont issus des principes généraux du droit – le principe d'égalité qui concerne tous les actes de la vie publique, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie dont se déduit la liberté d'accéder aux marchés publics - mais ils n'en sont pas eux-mêmes (Conseil constitutionnel décision n° 2003-473 DC 26 juin 2003 point 10). En ce qui concerne leur effet juridique, le juge administratif comme le juge pénal, sanctionne « directement » sur leur fondement les manquements commis à « l'égalité de traitement des candidats », tout comme l'atteinte faite à un candidat d'accéder au marché, notamment en l'absence de transparence.

Le débat relatif à l'introduction de règles de fond de l'achat public dans le code des marchés publics est loin d'être théorique. Ces règles influent sur le comportement de l'acheteur public dans l'application du code à qui elles donnent une autre dimension. Il doit avoir en tête, en toute circonstance, les principes qui gouvernent l'achat public et qui déterminent sa conduite à tous les stades des procédures : préparation, passation et exécution du marché.

Il est bien certain qu'un tel bouleversement, intervenu sur la structure même du code des marchés publics, a une incidence importante sur l'application du délit de favoritisme. Créé par une loi du 3 janvier 1991 pour lutter contre la corruption dans les marchés publics, ce délit inscrit à l'article 432-14 du code pénal sanctionne les atteintes faites, à la réglementation des marchés, par l'acheteur public ou son représentant, lorsque ces dispositions « ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats » à la commande publique, que ces dispositions soient de forme ou de fond.

Ainsi, à la suite de la dernière modification du code des marchés publics par le décret du 7 janvier 2004, on peut affirmer que le délit de favoritisme est susceptible de s'appliquer en cas de manquements commis à l'occasion de la mise en œuvre des procédures, dont les modalités ont été précisément prévues par le code (1) et « des

procédures adaptées », dont les modalités ont été déterminées par la personne responsable du marché (2). Les modifications intervenues et le nouvel esprit qui « habite » le code vont également influencer, tant en droit qu'en fait, sur l'application du délit de favoritisme (3).

1- L'application du délit de favoritisme aux procédures de marchés dont les modalités de publicité et de mise en concurrence sont précisément prévues par le code

L'affirmation à l'article 1^{er} du code, des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence, a pour conséquence première de « transcender » ces procédures. Celles-ci doivent désormais être mises en œuvre par les acheteurs publics et appréciées lors des contrôles ou des contentieux, bien au-delà du seul droit de se porter candidat à un marché, de l'obligation de traiter de façon égalitaire les offres des candidats et du respect des formalités prescrites. La liberté d'accès à la commande publique devient une obligation pour l'acheteur. Il doit permettre à toute entreprise qui en a la capacité d'accéder à la manne publique. Il doit agir en toute circonstance sans aucune discrimination. L'égalité s'étend à tous les actes de la dévolution des marchés et les formalités prévues par le code doivent être mises en œuvre dans l'esprit de ces principes qui vont imprégner l'achat public dans toute sa dimension.

Les principes de l'article 1^{er} s'appliquent, même en l'absence de texte particulier. Ils se suffisent à eux-mêmes. Ils sont d'application directe, c'est à dire qu'ils doivent être pris en compte par les acheteurs même lorsque les procédures n'ont pas prévu de formalités pour garantir les règles de fond qui gouvernent l'achat public. On peut citer à titre d'exemple l'octroi à un candidat "*d'informations privilégiées*", qui lui permet de proposer l'offre la plus conforme possible au projet, au détriment des autres candidats. Aucune formalité n'est susceptible de protéger contre ce manquement, alors même qu'il constitue une atteinte importante à l'égalité entre les candidats. C'est l'article 1^{er} du code qui prescrit aux acheteurs la liberté d'accès des candidats et leur égalité de traitement qui permet de sanctionner cette entorse à la régularité du marché, particulièrement grave et constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Les principes de l'article 1^{er} supplantent les procédures et les formalités prévues par le code, lorsqu'elles ont été édictées pour les garantir ce qui est presque toujours le cas. Aussi, même lorsque ces prescriptions ont été formellement respectées par l'acheteur, le marché peut être déclaré irrégulier et son auteur voir sa responsabilité pénale engagée, s'il est établi qu'en réalité, l'une des règles fondamentales de l'article 1^{er} a été violée. C'est par exemple le cas lorsqu'un acheteur qui dispose du droit de limiter la publicité de son projet à un journal d'annonces légales ou à une revue professionnelle, (article 40-III) choisit une publication d'une capacité de diffusion très restreinte ou dont la nature n'est manifestement pas adaptée au marché qu'il envisage de passer, dans le dessein de favoriser une entreprise ou une catégorie d'entreprises. Dans cette hypothèse, il a bien été satisfait à l'obligation formelle prescrite par le code des marchés publics, mais non à celles de l'article 1^{er} qui exige le respect du principe de liberté d'accès qui en l'espèce a été manifestement violé. Dans le même ordre d'idée, on peut encore citer la fixation volontaire d'un délai très bref pour déposer des offres, alors que le code ne prévoit pas de délai minimum, dans le but de procurer à un ou plusieurs candidats informés du projet un avantage injustifié. Ces manquements sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal, par violation de l'article 1^{er} du code des marchés publics qui garantit directement les principes de liberté d'accès et d'égalité.

On doit observer que depuis la création du délit de favoritisme par une loi du 3 janvier 1991, le juge pénal a toujours sanctionné les manquements aux règles de fond, même en l'absence de dispositions formelles. Il en a été ainsi par exemple pour l'attribution de marchés à des entreprises bénéficiant d'informations privilégiées, en cas de négociations inégalitaires ou de définition insuffisante de l'objet du marché. La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer dans de telles espèces (Cass.Crim. 23 mai 2002, 12 juin 2003, 16 janvier 2002 – dixième rapport d'activité Miem, année 2002 p.65, 66, 67). Il suffit que le juge pénal observe une distorsion dans l'ouverture à la concurrence ou une discrimination entre des candidats pour entrer en voie de condamnation, sans avoir à rechercher si une disposition particulière a été violée. Sur ce point précis, certains auteurs, peu nombreux il est vrai, ont critiqué la relation qu'on a pu faire entre l'article 1^{er} du code des marchés publics dont ils ne contestent pas l'effectivité de l'application et le délit de favoritisme. Ils ont soutenu que les dispositions de l'article 1^{er}, trop générales s'opposent au principe de légalité des délits et des peines. Autrement dit, selon ces auteurs, les dispositions de l'article 1^{er} sont insuffisamment précises pour être comprises des acheteurs et pouvoir s'imposer à eux. Le caractère probant des exemples précédemment donnés, permet d'écarter cette argumentation. Il est par ailleurs difficilement imaginable qu'un acheteur dont il a été établi la volonté évidente de favoritisme ne soit pas poursuivi au motif que la notion « d'égalité de traitement entre les candidats » serait trop vague pour pouvoir s'appliquer ou qu'il ne lui est pas possible d'apprécier en quoi consiste la liberté d'accès des candidats à un marché, alors qu'il s'agit de la fonction même de l'acheteur public.

La discussion a surtout eu lieu pour les marchés sans formalités préalables. Le décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics a substitué aux achats sur simples factures, dont on a pu dire qu'ils étaient des achats sans droit, une catégorie nouvelle de marchés, dénommés *sans formalités préalables*. Il n'est pas du tout sûr, malgré les exigences juridiques qui l'imposent, que la volonté des auteurs du précédent code ait été de donner à ces marchés un statut juridique très différent de celui des achats sur simples factures (Assemblée nationale, réponse de Mme Florence PARLY à une question d'un parlementaire -JO du 21 janvier 2002 P. 207-). Le problème est aujourd'hui résolu avec les marchés passés selon une procédure adaptée.

2- L'application du délit de favoritisme aux marchés passés selon une procédure adaptée

Sous l'empire du décret du 7 mars 2001, les marchés pouvaient être passés sans formalité préalable jusqu'à un certain seuil (90 000 €). Le décret du 7 janvier 2004 les a remplacés par *Les marchés passés selon une procédure adaptée*. Ils concernent les achats de fournitures et de services dont le montant estimé est inférieur à 150 000 € pour l'Etat et 230 000 € pour les collectivités territoriales (article 28 II). Pour les marchés de travaux, le seuil en dessous duquel la procédure adaptée est possible est de 230 000 € (article 28 III). Pour les marchés de fournitures de services et de travaux des opérateurs de réseaux définis à l'article 82 du code, il est de 400 000 € (article 28 IV).

En ce qui concerne leur statut, le texte nouveau a le mérite de la clarté. Les principes de l'article 1^{er} leur sont applicables. L'article 28 I alinéa 2 prévoit que le titre I du code -dans lequel figure l'article 1^{er} - s'applique aux marchés passés selon la procédure adaptée, l'article 1^{er} lui-même précisant que les marchés respectent ces principes quel que soit leur montant. D'une façon plus générale, l'article 28 I alinéa 2 du code des marchés publics dispose qu'ils sont réglementés par les dispositions prévues par le titre I, le titre II à l'exception du chapitre V, le II de l'article 40, l'article 79 ainsi que les titres IV à VI.

L'importance des marchés qui peuvent être passés selon une procédure adaptée doit être soulignée. Ils sont de loin les plus nombreux, ils constituent la part la plus importante des marchés publics. C'est, à notre sens, sur eux que l'effet le plus significatif de la réforme, par rapport à l'application du délit de favoritisme, va porter. Selon le texte nouveau, ces marchés doivent faire l'objet d'une procédure adaptée qui est mise en œuvre selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché, en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques (article 28 I alinéa 1^{er}). Il s'agit à l'évidence de dispositions dont « l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés » et dont les manquements sont, par la définition même de l'article 432-14 du code pénal, constitutifs du délit de favoritisme.

Clairement identifiés par le nouveau décret, il convient de s'interroger sur la façon dont ces marchés doivent être passés, en examinant successivement les conditions de publicité (2.1) et de mise en concurrence (2.2) que devront remplir les acheteurs, pour ne pas encourir le délit de l'article 432-14 du code pénal.

2.1- Une publicité adaptée (article 40 II) En ce qui concerne l'ouverture à la concurrence, elle est fondée sur l'obligation pour l'acheteur de veiller au libre accès des candidats au marché, qui nécessite que ces derniers soient informés du projet.

Le texte de l'article 28 I alinéa 2 qui précise les dispositions applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée ne fait référence, pour ce qui concerne les conditions de publicité, qu'au seul article 40 II, alors que cette disposition ne vise que les marchés dont le montant est inférieur à 90 000 €. Or, les marchés passés selon une procédure adaptée pouvant être passés jusqu'à des seuils de 150 000 € et 230 000 €, il y a lieu de dire que l'article 40 III alinéa 1^{er}, applicable à tous les marchés situés entre ces seuils, doit l'être également aux marchés passés selon une procédure adaptée. Dans le cas contraire, entre 90 000 € et ces sommes, il y aurait un vide juridique. On doit donc considérer que lorsqu'un marché de fournitures ou de services, passé selon une procédure adaptée, est d'un montant compris entre 90 000 € et 150 000 € pour l'Etat et 90 000 € et 230 000 € pour les collectivités territoriales, une publicité au BOAMP ou dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et le cas échéant dans un journal spécialisé s'impose (article 40 III).

La difficulté pratique va être pour les achats dont le montant estimé du besoin est inférieur à 90 000 €. Le code prévoit que la personne publique choisit librement la publicité adaptée au montant et à la nature des travaux, des fournitures et des services en cause. (article 40 II). La question qui se pose alors est de savoir comment la personne publique détermine les modalités d'une publicité suffisante pour garantir la liberté d'accès prescrite à l'article 1^{er} du code.

Cela n'est pas simple, d'autant que les conséquences d'un manquement à ces dispositions, peuvent être pénales. La chambre criminelle de la Cour de cassation affirme « qu'un mauvais choix de procédure ou un simple défaut

de vigilance établit le caractère intentionnel de la faute » (cass.crim. 16 janvier 2002, dixième rapport d'activité MIEM année 2002 p. 73 et 74) tout comme le simple fait « d'avoir accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. » (cass.crim 30 avril 2003 idn.).

- L'exigence d'une publicité.- *L'article 28-I, exige en premier lieu une publicité. Toute absence de publicité pour une dépense si minime soit-elle est par conséquent constitutive du délit. On ne peut, au prétexte qu'il s'agit d'une menue dépense, s'en dispenser. Ainsi l'attribution d'un marché à une entreprise, sans avoir préalablement effectué la moindre recherche pour être en mesure de connaître l'état du marché, les prix, la qualité des prestations ou des marchandises ou si cette recherche, manifestement inadaptée, équivaut à une absence de publicité - sollicitations d'entreprises qui à l'évidence ne sont pas en mesure d'assurer la prestation - constitue des pratiques pouvant, selon toute vraisemblance, être considérées par le juge pénal comme constitutives du délit. Il en sera de même si la recherche d'entreprises apparaît fictive -présentation de faux devis, voire présentation de devis d'entreprises imaginaires- pour simuler l'existence d'une publicité. La production d'offres de « couvertures », à la suite d'une connivence avec des entreprises, pour faire croire qu'il y a eu ouverture à la concurrence, est également constitutive du délit de favoritisme.*

- L'exigence d'une publicité adaptée au montant et à la nature des prestations.(art. 40 II), dont les modalités sont déterminées selon l'objet et les caractéristiques du marché.(art. 28 I).

Plusieurs types de publicité peuvent être « matériellement » envisagés pour satisfaire aux prescriptions de l'article 40 II et de l'article 28 I. On doit observer, dans la mesure où les modalités de publicité susceptibles d'être retenues peuvent être de différentes natures, que quel que soit le procédé utilisé, c'est le support papier qui permet d'en conserver une trace, pour pouvoir le cas échéant établir qu'il a bien été satisfait aux obligations de fond prévues à l'article 1^{er}, liberté d'accès, égalité, transparence. Lorsque l'ouverture à la concurrence n'est pas constituée par un support papier -le plus souvent publication dans un journal ou dans une revue- et que l'accès convenable à la concurrence est assuré par des procédés immatériels -communications directes entre les personnes concernées, communications téléphoniques ou télématiques- il y a lieu de créer et de conserver des documents permettant d'établir la régularité de la procédure. L'acheteur peut ainsi en cas de contestation expliquer et justifier la publicité choisie.

Différents types de publicité peuvent être adoptés. On peut par exemple citer la publicité par sollicitation directe d'entreprise. Une simple demande de devis auprès d'entreprises ou de commerces, choisis sans motif discriminatoire, doit dans certains cas être suffisante. Cette ouverture réduite de la concurrence peut ainsi être utilisée pour les marchés dont l'objet particulier limite le nombre d'entreprises susceptibles de répondre à la demande et pour laquelle la plupart du temps une publicité par publication s'avère sans grand intérêt. La publicité par sollicitation peut également être adaptée aux marchés de faible montant -sont considérés comme tels par la MIEM, les marchés inférieurs à 30 000 € - dont l'objet, au contraire, permet à un trop grand nombre d'entreprises de concourir. Cette seconde hypothèse est plus délicate, car dans la publicité par sollicitation, seules quelques entreprises sont appelées à faire des offres et une sélection non pertinente peut être une atteinte à la liberté d'accès aux marchés.

Outre la publicité par sollicitation de candidats, les personnes publiques peuvent envisager de publier les marchés passés selon une procédure adaptée, par voie électronique, par exemple sur un site télématique accessible à tous. Cette modalité nous paraît la mieux adaptée à la satisfaction des principes de liberté d'accès et d'égalité. Les candidats sont informés simultanément et dans les mêmes conditions. Elle assure des communications rapides et facilite les négociations. Elle permet d'éviter un support papier avec date et heure de la correspondance. Ce type de publicité peut être utilisé pour tous les marchés passés selon une procédure adaptée. Il y a alors lieu dans cette hypothèse, d'informer les candidats potentiels de l'existence de ce procédé de publicité.

Enfin et bien évidemment les publicités classiques dans des journaux d'annonces légales ou dans des revues professionnelles ont vocation à satisfaire pleinement à l'obligation de publicité. D'une façon plus générale, toute publication, à condition qu'elle permette une mise en concurrence peut être utilisée.

Des publicités dont l'efficacité est douteuse - publication d'un avis sur un panneau municipal - sont à proscrire. En revanche, des panneaux électroniques suffisamment bien implantés peuvent dans des villes moyennes constituer la publicité adaptée, par la diffusion de messages lumineux.

La pertinence des modalités de la publicité retenue au regard des conditions posées, s'apprécie au cas par cas. *Le fait pour la personne publique d'avoir choisi une forme de publicité ou des modalités dont elle peut aisément se rendre compte qu'elles ne lui permettent pas d'assurer la mise en concurrence recherchée, est constitutif du*

délict. Par exemple, l'utilisation d'une publication qui ne correspond pas à l'objet du marché ou le choix d'un journal d'annonces légales excentré par rapport à son exécution et dont la diffusion très faible ne permet pas à des candidats potentiels d'être informés.

L'acheteur public doit en toute circonstance pouvoir expliquer que son choix d'utiliser telle modalité pour assurer la liberté d'accès au marché a été dicté par des critères -économiques, techniques- liés à l'objet du marché ou à son exécution, aux conditions de la mise en concurrence, ou d'autres encore, librement déterminés, à la condition, que les critères ayant été arrêtés, ils ne soient pas contrariés par des éléments discriminatoires ayant pour objet de favoriser ou d'exclure arbitrairement une ou plusieurs entreprises. Pour la procédure par sollicitation, qui est celle où l'opportunité du choix des entreprises retenues risque d'être le plus discutée, les critères qui ont orienté la sélection, peuvent être dictés par des raisons pratiques, par exemple, limiter le nombre d'entreprises candidates, compte tenu du montant peu important du marché qui ne justifie pas une procédure lourde et onéreuse. L'acheteur peut aussi distinguer selon qu'il se trouve ou non en présence de prestations courantes. S'il s'agit de prestations non courantes, présentant des caractéristiques si particulières qu'il n'existe qu'un petit nombre d'entreprises, le critère technique justifie la sollicitation directe selon les seules compétences. En revanche, s'il s'agit de prestations courantes, l'acheteur détermine les conditions pratiques de passation du marché, en délimitant par exemple la proximité économique pertinente du marché. Cela revient souvent à solliciter des entreprises situées dans un secteur donné, correspondant aux critères qu'il a déterminés. La limitation du marché pour les petits achats, à un secteur géographique, a toujours existé de façon indirecte dans les marchés publics. Le code permet de cantonner à une publicité locale les marchés de faible montant. Si le nombre d'entreprises demeure malgré tout important, il peut être envisagé une sélection, en fonction de critères propres au marché, voire aléatoire, par exemple par tirage au sort du nombre recherché, à charge dans cette hypothèse pour l'acheteur de solliciter ultérieurement au fur et à mesure les autres entreprises.

Il convient de proscrire les pratiques qui pendant longtemps ont pu avoir cours dans certaines collectivités ou établissements, qui avaient leurs fournisseurs et prestataires attirés, pour permettre à toutes les entreprises intéressées de pouvoir participer au marché, si elles en ont la capacité. Ce ne sera pas le nombre d'entreprises sollicitées qui va compter, mais la façon dont elles l'auront été.

2.2 - Une procédure adaptée, selon des modalités de mise en concurrence en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. L'article 28 I du nouveau code dispose que ces achats doivent faire l'objet d'une procédure adaptée « selon des modalités de publicité et de mise en concurrence » qui sont déterminées par la personne responsable du marché, en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques.

L'attribution du marché doit donc être précédée d'une procédure. Cela veut dire en pratique que l'acheteur public détermine les conditions de forme qu'il va mettre en œuvre pour assurer la dévolution de l'achat envisagé.

Comment décider des modalités à mettre en œuvre, pour satisfaire à l'obligation de mise en concurrence. On peut bien entendu toujours utiliser les procédures formalisées types, prescrites par le code. C'est là, la garantie absolue d'une procédure adaptée. On doit observer à cet égard que depuis la suppression de l'adjudication, le code des marchés publics a posé le principe selon lequel « les marchés sont passés sur appel d'offres. » La procédure d'appel d'offres est la procédure de droit commun, en quelque sorte la procédure normale, les autres procédures proposées étant des procédures dérogatoires soumises à des conditions précises. Ainsi, si l'on n'est pas sûr de satisfaire à la procédure dérogatoire envisagée, si l'on a un doute sur la possibilité de pouvoir en bénéficier ou sur les modalités de sa mise en œuvre, on peut toujours lancer une procédure d'appel d'offres. Le texte nouveau ne déroge pas à ce principe. Après avoir posé la règle de l'appel d'offres pour la passation des marchés, l'article 26 énumère les autres marchés, qui *peuvent* {toutefois} être passés selon d'autres formes.

Il appartient à la personne responsable du marché de déterminer les modalités de dévolution du marché. L'infinie variété de situations qui peuvent se présenter dans la mesure où l'acheteur est laissé libre de la forme, ne permet pas de dire ce qu'il doit faire dans chaque cas pour, selon l'objet et les caractéristiques du marché, satisfaire aux modalités de mise en concurrence, dans le respect des principes de l'article 1^{er}.

Comment la personne responsable du marché, peut-elle en pratique réaliser la mise en concurrence entre les candidats retenus après publicité. Les entreprises doivent être informées dans des conditions de stricte égalité de la nature et de l'étendue des prestations à satisfaire et invitées à faire leur offre dans un certain délai qui doit être le même pour tous. On peut considérer que pour les achats les plus simples et les moins onéreux, la seule demande de devis peut constituer la mise en concurrence. Mais c'est certainement la négociation qui va être utilisée comme méthode de mise en concurrence entre les entreprises désignées pour participer à la consultation. On peut cependant adopter le dépôt de plis contenant les offres, suivi ou non de négociation. Tout cela peut se

faire par communication directe aux personnes, par correspondance, par un simple appel téléphonique, ou par voie électronique, télématique notamment. Comme pour la publicité, l'acheteur doit conserver une trace écrite de la mise en concurrence qu'il a diligentée pour permettre que soit le cas échéant vérifiée sa régularité. L'acheteur doit ainsi être en mesure de justifier de la bonne application des règles qui s'imposent aux marchés passés selon une procédure adaptée. C'est un peu là que se trouve la difficulté. Les procédés de transmission télématique paraissent ici encore les mieux adaptés dans la mesure où ils permettent de correspondre avec tous les candidats dans le même temps et de conserver une trace écrite, datée, et comportant même l'heure de la communication.

Dernière question. En présence des propositions faites par les entreprises selon quelles modalités le marché va-t-il être attribué. Le plus souvent, il le sera sans autres formes par la personne responsable du marché. Des éléments de procédures types peuvent être utilisés, l'acheteur peut très bien, après avoir négocié, soumettre la décision pour avis à la commission d'appel d'offres. De même, rien n'interdit à une personne publique de créer une commission pour donner son avis sur ce type de marchés. Le marché doit en toute hypothèse être attribué à l'entreprise qui a fait l'offre économiquement la plus avantageuse (article 1^{er}).

En toute circonstance, c'est le traitement inégalitaire des candidats, à quelque niveau que ce soit de la mise en concurrence, qui est susceptible de constituer le délit. Des informations plus précises données à l'un des candidats, des délais plus longs pour déposer son offre, une négociation inégalitaire ou le fait d'avoir retenu une entreprise dont la proposition, par rapport à une autre, était moins intéressante, sont constitutifs du délit de favoritisme.

3 - Un nouvel esprit dans la passation des marchés qui influence l'application du délit de favoritisme

Le texte nouveau, mais déjà le précédent issu du décret du 7 mars 2001, a eu pour but de « libéraliser » l'achat public, autant qu'il est possible de le faire, mais aussi de tenir compte et d'inclure dans le code les contraintes juridiques européennes qui s'imposent au domaine réglementaire français. L'objectif de libéralisation a eu pour première conséquence de voir s'élever en moins de trois ans, d'une façon que l'on a pu dans certains cas qualifier de prodigieuse, les seuils au-delà desquels s'imposent des procédures formalisées, plus protectrices des principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats. La seconde conséquence a conduit à appliquer les principes fondamentaux de l'achat public à tous les marchés afin de satisfaire aux directives européennes, mais aussi en droit interne aux principes généraux du droit.

En introduisant à l'article 1^{er} du code les principes fondamentaux de l'achat public, le décret du 7 mars 2001 et celui du 7 janvier 2004 qui l'a utilement complété, ont profondément modifié l'esprit dans lequel sont passés les marchés. Ce qui n'était jusqu'alors, au moins dans les faits et pour l'essentiel, qu'une réglementation, devient un droit dans lequel vont prédominer les dispositions de fond de la commande publique, qui s'imposent expressément à tous les achats et à tous les stades.

On assiste en définitive à un rééquilibrage du droit des marchés avec une réduction sensible des procédures formalisées par élévation des seuils et dans le même temps une formalisation des procédures d'achat qui jusqu'à présent ne l'étaient pas. Tous les marchés, quel que soit leur montant, doivent être attribués après une procédure de publicité et de mise en concurrence dont les modalités sont prescrites par le code ou selon une procédure adaptée dont les modalités sont décidées par la personne responsable du marché en fonction de dispositions prévues par le code. Il résulte de cette situation nouvelle, que le délit de favoritisme est susceptible de s'appliquer pour tout achat, quel que soit son montant, dans la mesure où aura été contrariée une des règles de fond contenue dans les principes de l'article 1^{er} dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés. Alors qu'on avait tendance à rechercher la règle violée du code pour en déduire l'atteinte à ce principe, qui est aussi l'élément constitutif essentiel du délit de l'article 432-14 du code pénal, il suffit désormais de rechercher si une situation est contraire à ce principe pour en déduire un manquement à l'article 1^{er} du code et par là même la commission du délit. Celui-ci est en effet constitué 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. »

Pour autant, la place plus grande ou à tout le moins plus équilibrée, que va avoir le délit de favoritisme dans la passation des marchés dépend des moyens qui permettent de le détecter. Depuis quelques années, il semble que l'on cherche à faire évoluer l'achat public vers des contrôles moins nombreux mais plus efficaces. Des critiques parfois sévères sont intervenues sur le réalisme de cette orientation, compte tenu du caractère particulièrement sensible de la matière, indéfectiblement liée aux affaires de corruption. Il est difficile de pouvoir se prononcer actuellement sur une telle évolution. Le processus de réforme n'est pas achevé et ce n'est souvent qu'à l'usage que la fiabilité d'un système peut être appréciée. Les comportements peuvent évoluer et les leçons de l'histoire récente être prises en compte. C'est un peu le pari du nouveau projet qui mise sur la responsabilité des acheteurs

publics, élus et fonctionnaires, qui bénéficient en contrepartie d'un système libéralisé. Avant la présente réforme, sous le ministère Fabius, la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi Murcef, a dispensé du contrôle de légalité des préfets les marchés sans formalités préalables (article 11 de la loi), aujourd'hui passés selon une procédure adaptée, qui constituent la partie la plus importante de l'achat public et la plus fragile en terme de risque de fraude. Jusqu'alors, on avait considéré qu'ils étaient soumis à une obligation de transmission au représentant de l'Etat (débats parlementaires n°345 – 31 août 2000). Le décret du 7 janvier 2004 prévoit pour sa part une modification de statut des commissions spécialisées des marchés dont l'objet est de contrôler les marchés de l'Etat. Elles perdent cette fonction pour un rôle d'assistance, lorsque les ministres et les personnes responsables des marchés le demandent (article 133). Enfin, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les agents de la concurrence ne sont plus obligatoirement convoqués aux commissions d'appel d'offres. Ils n'y assistent qu'à la demande de leur président (article 22 V). Il s'agit dans l'esprit du texte nouveau de responsabiliser les acheteurs, en leur proposant un fonctionnement plus pédagogique de l'achat public. Une telle évolution, doit à notre sens, être renforcée par la création d'une autorité de régulation indépendante chargée d'intervenir dans les marchés à la demande des acteurs de l'achat public.

Détection du délit plus difficile, mais moins de délits ? Tel est l'enjeu de la réforme en cours, sur la question du favoritisme dans les marchés publics.

Gérard PANCRAZI
Magistrat
Chef de la Mission interministérielle
d'enquête sur les marchés

6 - Les actes d'enquête des membres de la MIEM interrompent la prescription de l'action publique du délit de l'article 432-14 du code pénal [Cour de Cassation, Chambre criminelle, 1^{er} décembre 2004]

Sur le rapport de M. le conseiller CHANUT, les observations de la société civile professionnelle VIER et BARTHELEMY, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général DI GUARDIA ;

Statuant sur le pourvoi formé par :

- X... Jean-Pierre,

contre l'arrêt de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE, 5ème chambre, en date du 7 avril 2004, qui, pour recel du délit d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics, l'a condamné à 5 000 euros d'amende avec sursis ;

Vu le mémoire produit ;

Attendu qu'il ressort de l'arrêt attaqué que le chef de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM), saisi le 7 janvier 1993 par le ministre de l'Economie et des finances d'une demande d'enquête, a informé le procureur de la République le 14 février 1995 d'irrégularités concernant des contrats d'aménagement de canalisations, conclus en 1991 et 1992 par le Syndicat intercommunal de la rive droite du Var, présidé par Pierre Z..., député-maire d'Antibes, avec la Compagnie Générale des Eaux (CGE) ou l'une de ses filiales, Jean-Pierre X... étant directeur régional de la CGE ; qu'au terme de l'information judiciaire ouverte le 14 août 1995, Pierre Z... et Jean-Pierre X... ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel, respectivement du chef d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics et de recel de ce délit ; que le tribunal a constaté l'extinction de l'action publique par l'effet du décès en ce qui concerne Pierre Z... et de la prescription s'agissant des faits reprochés à Jean- Pierre X... ; que par l'arrêt infirmatif attaqué, la cour d'appel a déclaré ce dernier coupable des faits visés à la prévention ;

En cet état ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 7, 8 et 9 du Code de procédure pénale, des articles 2, 5, 7 de la loi du 3 janvier 1991, 321-1 et 432-14 du Code pénal, des article 591 à 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a rejeté l'exception de prescription ;

"aux motifs que la prescription est interrompue à l'égard des crimes, délits et contraventions par tout acte d'instruction ou de poursuite ; que la Cour de cassation précise qu'on doit entendre par acte d'instruction ou de poursuite ceux qui ont pour objet de constater une infraction, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs ;

que la loi du 3 janvier 1991 qui a créé la Mission interministérielle d'enquêtes sur les marchés publics (MIEM), dispose en son article 7 que "sont habilités à constater l'infraction prévue au présent article, outre les officiers et agents de police judiciaire, les membres de la MIEM" ; que les articles 4 et 5 leur confèrent pour la recherche et la constatation du délit prévu par l'article 432-14 du Code pénal, un large pouvoir de communication, de visite et d'audition ;

qu'il en résulte que les agents de la MIEM, qui sont habilités à constater l'infraction et à rassembler les preuves, accomplissent des actes qui sont interruptifs de prescription ; que la MIEM a été saisie de sa mission par lettre du ministre de l'économie et des finances en date du 7 janvier 1993, qu'elle a procédé à son enquête courant 1993 les premiers procès-verbaux d'audition datant du 4 mars 1993 ; qu'il en résulte que la prescription a été interrompue à l'égard de tous les faits incriminés dont le premier date de février 1991 ;

"alors que les enquêtes relatives au délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics conduites par les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics (MIEM), qui se déroulent sans contrôle direct de l'autorité judiciaire et qui ont pour objet de renseigner les autorités administratives qui les ont demandées présentent un caractère administratif et ne peuvent par suite recevoir la qualification d'actes d'instruction interruptifs de la prescription ; qu'en les considérant cependant comme tels, la cour d'appel a violé les textes visés au moyen" ;

Attendu que, pour rejeter l'exception de prescription de l'action publique, l'arrêt prononce par les motifs repris au moyen ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Qu'en effet, les actes ayant pour objet la constatation de l'infraction prévue par l'article 432-14 du Code pénal, accomplis par les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés habilités à cet effet par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991, sont interruptifs de prescription ;

D'où il suit que le moyen doit être écarté ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 321-1 et 432-14 du Code pénal, 591 à 593 du Code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré Jean-Pierre X... coupable de recel du délit de favoritisme commis par Pierre Z... et l'a condamné à la peine de 5 000 euros d'amende avec sursis ;

"aux motifs que Jean-Pierre X... était à l'époque des faits directeur régional de la CGE, que c'est en cette qualité qu'il a procédé aux actes préparatoires à la conclusion des avenants et contrats incriminés, qui ont été signés par Pierre Z... et un représentant de la CGE ; que les dispositions de l'article 321-1 du Code pénal qui vise celui qui agit en qualité d'intermédiaire et qui n'exige pas que le receleur ait tiré un bénéfice personnel couvre parfaitement les agissements reprochés à Jean-Pierre X... ; par ailleurs, que le favoritisme concernant en l'espèce la passation de marchés, l'objet et le produit se confondent ; toutefois qu'il est nécessaire que la chose transmise provienne d'un délit ou d'un crime et que le receleur ait eu connaissance de l'origine frauduleuse de la chose ; que le rapport de la MIEM établit que la passation des contrats s'est faite dans des conditions contraires aux stipulations du Code des marchés publics dans la mesure où l'avenant signé en mars et avril 1991 constituait un marché d'étude et non un complément au contrat initial ainsi que le soutient Jean-Pierre X..., et que la convention de maîtrise d'œuvre avait été passée sans recensement des personnes physiques ou morales capables de réaliser la mission et sans mise en compétition ; que Jean-Pierre X... ne peut sérieusement contester l'analyse à laquelle les agents de la MIEM ont procédé dès lors que lui-même aboutissait aux mêmes conclusions ainsi que cela résulte de la note interne qu'il adressait le 18 décembre 1990 à M. Y..., directeur de la CGE à Paris ; qu'il en ressort que Jean-Pierre X... avait parfaitement conscience dès 1990 que l'ampleur du projet imposait de contracter dans le cadre des marchés publics ;

"alors, d'une part, que tout recel présuppose nécessairement une infraction antérieure dont les juges doivent constater l'existence et le caractère punissable ; qu'en ne caractérisant pas les éléments constitutifs du délit de favoritisme, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

"alors, d'autre part, que Jean-Pierre X... faisait valoir dans ses conclusions d'appel que les éléments constitutifs du délit de favoritisme n'étaient pas réunis dans la mesure où, s'agissant de l'avenant n 1 des 8 mars et 2 avril 1991, celui-ci avait la même nature juridique que le contrat de concession et était une délégation de service public qui n'avait pas à faire l'objet de publicité et mise en concurrence avant l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 et où, s'agissant du marché de maîtrise d'œuvre signé les 17 février et 20 mars 1991, celui-ci avait été recommandé par la direction départementale de l'agriculture qui avait préparé les documents nécessaires à la finalisation du contrat entre le syndicat et la CGE et au terme duquel la CGE avait accepté une rémunération plus faible ; qu'en se bornant à retenir que le rapport de la MIEM établit que la passation des contrats s'est faite dans des conditions contraires aux stipulations du Code des marchés publics dans la mesure où l'avenant signé en mars et avril 1991 constituait un marché d'étude et non un complément au contrat initial ainsi que le soutient Jean-Pierre X... et que la convention de maîtrise d'œuvre avait été passée sans recensement des personnes physiques ou morales capables de réaliser la mission et sans mise en compétition sans procéder aux vérifications qui s'imposaient, comme l'y invitaient les conclusions de Jean-Pierre X..., la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

"alors, de troisième part, que le recel n'est constitué qu'à l'encontre de celui qui, lui-même ou dans sa fonction, a directement bénéficié du produit de l'infraction ; qu'en l'espèce, Jean-Pierre X... rappelait qu'il était prévenu d'avoir bénéficié, en connaissance de cause, du produit de l'infraction reprochée à Pierre Z... bien qu'il n'eût lui-même ou dans sa fonction aucunement bénéficié du produit de l'infraction ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen dirimant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale" ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable ;

D'où il suit que le moyen, qui se borne à remettre en question l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

***7 – -La dissimulation des actes irréguliers ou accomplis de manière occulte suspend la prescription
[Cour d'Appel d'Aix en Provence 25 février 2004]***

Les actes d'enquête des membres de la MIEM [Cour d'appel Aix en Provence 25 février 2004]

Au Fond,

Sur la prescription :

1 - Sur le point de départ de la prescription,

Attendu qu'en matière de favoritisme, qui est un délit instantané, le délai de prescription ne commence à courir, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice de poursuites (Cass. crim. 27 octobre 1999).

Attendu que le contrat du 20 juin 1995 a été signé par X lui-même, alors que le proviseur du lycée en tant qu'ordonnateur des dépenses de l'établissement, était seul habilité à le faire et qu'il n'avait accordé aucune délégation de signature au prévenu ;

Que, par ailleurs, le contrat litigieux n'a pas été soumis à l'accord préalable du conseil d'administration du lycée, en violation de l'article 16-1°-d) du décret n° 85-924 du 30 août 1985, relatif aux établissements publics locaux d'enseignement ;

Que de surcroît, le prévenu a mis en place, pour le règlement des échéances, un système de prélèvement mensuel automatique, certes régulier en la forme, mais dont l'effet, sinon l'objet, a été de retarder les contrôles ;

Qu'enfin, ces paiements, bien que postérieurs à la signature du contrat, étaient comptabilisés sous la rubrique "dépenses avant ordonnancement", ce dont il résultait que l'ordonnateur compétent - le proviseur du lycée - n'était pas tenu informé des engagements de crédits initiaux ;

Attendu qu'en l'état de ces constatations, le caractère occulte ou dissimulé des actes irréguliers est suffisamment établi ;

Attendu que le point de départ de la prescription doit être fixé à la date à laquelle l'acte irrégulier est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice des poursuites ; qu'en raison du caractère occulte de la passation du marché, seule la nomination d'un nouvel intendant a permis de découvrir l'irrégularité de l'acte ;

Que le prévenu fait valoir que son successeur, M. H, a été installé dans ses fonctions le 19 septembre 1995 et qu'à l'occasion de cette installation, tous les contrats de l'établissement ont pu être examinés ;

Mais attendu qu'une telle installation revêt un caractère formel, qui ne permet pas en soi le contrôle effectif et instantané de la régularité de tous les actes antérieurement passés par l'établissement ; qu'en l'espèce, il résulte du compte rendu d'audition de M. H par les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public (MIEM), que la comptabilité laissée par son prédécesseur était dans un tel état d'anarchie (illustré par la situation de la trésorerie de l'établissement, qui accusait un déficit d'environ huit millions de francs), que lui-même n'a pu déceler l'irrégularité des paiements afférents au contrat litigieux - effectués par prélèvements bancaires automatiques - que le 4 décembre 1995, date à laquelle il a révélé les faits au proviseur du lycée ;

Que le point de départ de la prescription doit être fixé au 4 décembre 1995.

2 - Sur l'interruption de la prescription,

Attendu qu'aux termes de l'article 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, les membres de la MIEM sont habilités à constater les infractions d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics : qu'en vertu des articles 3, 4 et 5 de la loi susvisée, ces agents disposent, pour ce faire, de prérogatives concernant l'accès aux documents et aux informations détenus par les personnes morales de droit public, le droit de communication et de copie des documents comptables, ainsi que, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, le droit de visite et de saisie, prérogatives qui sont assimilables, dans le domaine précis de la compétence de cette Mission, aux pouvoirs des officiers et agents de police judiciaire ;

Qu'il en résulte que les actes d'investigation de la MIEM, qui ne sauraient être assimilés à de simples actes d'enquête administrative, sont des actes de poursuite ou d'instruction au sens de l'article 7 du code de procédure pénale ;

Qu'en l'espèce, la demande de pièces adressée par le chef de la MIEM, au préfet le 29 septembre 1998, moins de trois ans après le 4 décembre 1995, a interrompu la prescription de l'action publique :

Sur la constitution de l'infraction :

Attendu qu'en passant un marché portant sur une période de 18 trimestres et faisant l'objet d'une redevance trimestrielle de 130.971,60 Fttc, soit une redevance annuelle de 523.886,40 F et une redevance totale de 2.357.488,80 F sans recourir à la procédure de l'adjudication ou à celle de l'appel d'offres, X a violé les articles 250 et 279 du code des marchés publics ; qu'il a ainsi procuré un avantage injustifié à la société, par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics ;

Que, dès lors, X est coupable des faits qui lui sont reprochés.

8 - Entretien de Gérard Pancrazi, chef de la MIEM
"L'époque où au-dessous d'un certain seuil on pouvait faire ce que l'on voulait est révolue"
[Le Moniteur 14 février 2003]

ENTRETIEN « L'époque où au-dessous d'un certain seuil on pouvait faire ce que l'on voulait est révolue »

Gérard Pancrazi,
Chef de la MIEM ⁽¹⁾

Le Moniteur : Le nouveau Code a-t-il changé les pratiques ?

Le Code actuel représente un travail remarquable. Mais le talent ne suffit pas pour rendre simple ce qui est compliqué. De plus, très souvent, un texte nouveau pose beaucoup plus de questions qu'il n'en règle. L'acheteur est confronté à son interprétation, à des concepts nouveaux, auxquels s'ajoutent d'autres dispositions... Selon des rumeurs persistantes, une nouvelle réforme du Code serait à l'étude. Un projet nouveau peut être envisagé, s'il est précédé d'une réflexion suffisante sur son fonctionnement. Ou bien l'on reste dans la logique formaliste ; il conviendrait alors d'établir autant de réglementations qu'il existe de secteurs de l'achat public avec leurs particularismes (hôpitaux, défense, collectivités publiques, ...). Ou bien l'on appréhende l'achat public de façon complètement différente à partir de deux idées : liberté et responsabilité. Cette solution a ma préférence. Le formalisme et les procédures que comporte le Code ont pour objet de garantir le respect des règles de fond de la commande publique énoncées à l'article 1^{er} du Code. Il conviendrait dans une nouvelle optique de l'achat public de laisser aux acheteurs le soins de mettre en œuvre selon les marchés ces principes, sans limitations autres que celles imposées par les directives européennes, étant entendu que des instruments utiles seraient mis à la disposition de ceux qui le souhaitent (procédures d'appel d'offres, marché négocié, CCAG, ...) et que des personnes compétentes puissent les conseiller et les assister.

Le Moniteur : Etes-vous favorable au relèvement des seuils des marchés sans formalités préalables ?

C'est un faux problème. Même si l'on entend encore quelques avis contraires, l'époque où au-dessous d'un certain seuil on pouvait faire ce que l'on voulait est révolue. Les règles fondamentales de l'achat public sont des règles de droit public et ne cessent pas de s'appliquer au-dessous d'un certain seuil. Ni l'autorité réglementaire, ni même le législateur ne sauraient créer de zone de non-droit dans les marchés publics.

Le Moniteur : Comment concrétiser l'exigence d'un « degré de publicité adéquat » ?

Pour les achats importants – qui ne sont pas ceux qui posent le plus de problèmes – la publicité par des journaux ou par des bulletins sera le plus souvent difficile à éviter, mais même dans ces hypothèses, la publicité adéquate ne se traduit pas nécessairement par un formalisme imposé. Ainsi, lorsque seules quelques entreprises sont aptes à exécuter un marché, elles pourraient très bien, dans l'optique proposée être informées individuellement du projet. Pour les achats moins importants et en particulier pour les marchés sans formalités préalables qui correspondent à environ 80 à 90% de l'achat public, il appartiendra à chaque acheteur d'en décider selon l'achat concerné. Je suis donc favorable à plus de souplesse et à une responsabilisation de l'acheteur. Il est bien certain que la publicité demeurera la meilleure des garanties pour le respect de l'exigence de publicité adéquate. Mais on pourrait très bien envisager aussi, que les candidats intéressés puissent aisément consulter, en utilisant les techniques actuelles de communication, les projets que la collectivité ou l'établissement public envisage de faire, les entreprises pouvant alors faire savoir qu'elles sont intéressées par telle opération. Je pense qu'une nouvelle réforme ne devrait pas être un énième replâtrage, mais après une réflexion appropriée aboutir à donner à l'acheteur les moyens de se débarrasser le plus possible sans nuire à la sécurité juridique du carcan réglementaire particulièrement lourd.

PROPOS RECUEILLIS PAR SOPHIE DELUZ

⁽¹⁾ Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et conventions de délégation de service public.

9 - Dispositions législatives et réglementaires qui régissent la Mission
- loi 91-3 du 3 janvier 1991
- articles 119 à 124 du code des marchés publics

Loi 91-3 du 3 janvier 1991

Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

TITRE Ier
TRANSPARENCE ET REGULARITE
DES PROCEDURES

Art. 1er. (Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 49-I.) - « Il est créé une mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, chargée de procéder à des enquêtes portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics [Dispositions déclarées non conformes à la Constitution par décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993] des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales. »

Le chef de la mission et les membres de celle-ci sont désignés parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers, par arrêté conjoint du Premier ministre, du garde des sceaux, ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement.

Les membres de la mission sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 333) « à l'article 226-13 » du code pénal.

Art. 2. (Loi n°93-122 du 29 janvier 1993, art. 49-II.) - « Les enquêtes sont diligentées à la demande du Premier ministre ou du ministre chargé de l'économie et des finances ou, pour son département, les établissements et les sociétés d'économie mixte placés sous sa tutelle, à la demande de chaque ministre ou du chef de la mission lorsque l'enquête sur un marché ou une convention de délégation de service public fait présumer des irrégularités dans d'autres marchés ou conventions »

(Loi n° 95-127 du 8 février 1995, art. 7.) « Les enquêtes sont également diligentées à la demande de la Cour des comptes. »

(Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 49-II) « Elles peuvent être diligentées à la demande du préfet lorsqu'elles concernent des marchés ou des conventions de délégation de service public passés par les collectivités territoriales, leurs établissements publics et les sociétés d'économie mixte locales. »

Elles donnent lieu à l'établissement de rapports et, le cas échéant, de comptes rendus d'audition.

Les rapports et comptes rendus d'audition sont transmis aux autorités qui ont demandé l'enquête.

Les rapports et comptes rendus d'audition relatifs à des enquêtes portant sur les marchés des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des sociétés d'économie mixte locales sont d'abord transmis au représentant légal de la collectivité ou de l'organisme concerné. Ils sont ensuite transmis au préfet et, le cas échéant, à l'autorité qui a demandé l'enquête avec les observations du représentant légal de la collectivité ou de l'organisme.

Un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues.

Les conclusions de ces rapports sont portées, pour ce qui les concerne, à la connaissance des personnes mises en cause.

Art. 3. - Les membres de la mission peuvent, pour les nécessités de l'enquête et sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services de l'Etat ou des autres personnes morales mentionnées à l'article 1er.

Art. 4. - Les membres de la mission peuvent, pour les nécessités de l'enquête, accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, des factures et de tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications.

Art. 5. - I. - Pour la recherche et la constatation (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 296-I) « du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal », et sous réserve des dispositions de l'article 56 du code de procédure pénale, les membres de la mission peuvent procéder à des visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée : cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

II. - L'ordonnance comporte :

a) Le cas échéant, mention de la délégation du président du tribunal de grande instance ;

b) L'adresse des lieux à visiter :

c) Le nom et la qualité du membre de la mission habilité, qui a sollicité et obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite.

Le juge motive sa décision par l'indication des éléments de fait et de droit qu'il retient et qui lui paraissent constitutifs des pratiques (Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 296-II) « réprimées par l'article 432-14 du code pénal » et dont la preuve est recherchée.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place, au moment de la visite, à l'occupant des lieux ou à son représentant, qui en reçoit copie intégrale contre récépissé ou émargement au procès-verbal prévu à l'avant-dernier alinéa du présent article. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

A défaut de réception, il est procédé à la signification de l'ordonnance dans les conditions prévues par les articles 550 et suivants du code de procédure pénale.

Le délai et les modalités de la voie de recours sont mentionnés sur les actes de notification et de signification.

L'ordonnance n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif. Les délais de pourvoi courent à compter de la notification ou de la signification de l'ordonnance.

III. - La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant.

En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins, choisis en dehors des personnes relevant de son autorité ou de celle de l'autorité administrative qui a obtenu l'autorisation de procéder aux opérations de visite.

Les membres de la mission, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

Les membres de la mission dressent, à l'occasion des enquêtes diligentées par eux, un procès-verbal qui est également signé par le ou les officiers de police judiciaire. Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Si, à l'occasion de la visite, les membres de la mission découvrent l'existence d'un coffre dans un établissement de crédit, dont la personne occupant les lieux visités est titulaire et où des pièces et documents se rapportant aux pratiques (*Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 296-II*) « réprimées par l'article 432-14 du code pénal » sont susceptibles de se trouver, ils peuvent, sur autorisation délivrée par tout moyen par le juge qui a pris l'ordonnance, procéder immédiatement à la visite de ce coffre. Mention de cette autorisation est portée au procès-verbal prévu à l'alinéa précédent du présent article.

Les procès-verbaux font foi jusqu'à preuve contraire. Un double de ces derniers est laissé aux parties intéressées.

Les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués à l'occupant des lieux ; toutefois, lorsque des poursuites pénales sont engagées, leur restitution est autorisée par l'autorité judiciaire compétente.

Art. 6. - Le président du Conseil de la concurrence est informé sans délai des investigations mentionnées à l'article 5 lorsque celles-ci font apparaître des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Art. 7. (*Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, art. 296-III*) - Les membres de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés sont habilités à constater l'infraction prévue par l'article 432-14 du code pénal.

Art. 8. - Sera puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 €¹, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque aura fait obstacle de quelque façon que ce soit, à l'exercice des pouvoirs attribués aux membres de la mission par les dispositions du présent titre.

¹ Peines ainsi déterminées par article 322 de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992.

*Articles 119 à 124 du code des marchés publics
[ancien décret n° 91-1232 du 6 décembre 1991]*

**Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics
et les délégations de service public**

Article 119

Les membres de la mission interministérielle d'enquête, instituée par l'article 1^{er} de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, sont désignés pour une période de quatre ans renouvelable.

Le secrétariat de la mission interministérielle d'enquête est assuré par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

Le chef de la mission interministérielle organise et dirige les travaux de la mission. Il désigne à cet effet, parmi les membres de la mission, les enquêteurs chargés des affaires.

Article 120

L'enquête relative à un marché présentant, en tout ou en partie, un caractère secret ressortissant à la défense nationale ne peut être confiée qu'à un enquêteur préalablement habilité à connaître des informations protégées par les textes relatifs aux secrets de défense.

Article 121

Les auditions et visites auxquelles procèdent le ou les membres de la mission chargés d'une enquête en application de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée donnent lieu à un compte rendu énonçant la nature, la date et le lieu des constatations ou contrôles effectués. Le compte rendu est signé de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au compte rendu.

Article 122

Le représentant légal de la collectivité territoriale, de l'établissement public ou de la société d'économie mixte locale concerné par l'enquête dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du rapport établi par la mission interministérielle pour faire connaître ses observations éventuelles. Passé ce délai, le rapport peut être transmis au préfet et à l'autorité qui a demandé l'enquête.

Le rapport d'enquête est adressé aux autorités administratives ayant demandé l'enquête ainsi qu'au Premier ministre et, le cas échéant, au procureur de la République, conformément aux dispositions de l'article 40 du code de procédure pénale.

La mission interministérielle d'enquête peut, même après l'envoi de son rapport, être consultée par les diverses autorités administratives compétentes sur les suites à lui donner sur toutes les questions se rapportant à l'exploitation éventuelle des informations figurant dans le rapport d'enquête et le dossier qui y est joint.

Article 123

L'enquête diligentée par la mission interministérielle d'enquête instituée par l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1991 susmentionnée s'effectue sans préjudice des contrôles existants et ne peut empiéter sur les fonctions de direction ou d'exécution des services.

Article 124

Le chef de mission établit annuellement un rapport d'activité dans lequel il expose les résultats obtenus, les difficultés rencontrées au cours des enquêtes et les points sur lesquels ont été constatées les irrégularités les plus fréquentes ou les plus graves. Il propose les mesures qui seraient de nature à y remédier ou à les atténuer. Il effectue un bilan de la situation par rapport à l'année antérieure. Ce rapport est adressé au Premier ministre, au garde des sceaux, ministre de la justice, et au ministre chargé de l'économie.

10 - L'article 432-14 du code pénal

Article 432-14 du code pénal

Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende 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'Etat, 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.

**11 - Circulaire du Ministre de la Justice en date du 4 mars 2002
relative au décret du 7 mars 2001 portant code des marchés publics**

Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces
Signalisation des circulaires du 1er avril au 30 juin 2002

Circulaire relative au décret
n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant
code des marchés publics

CRIM 2002-06 G3/04-03-2002
NOR : *JUSD0230050C*
Code des marchés publics
Marché public

POUR ATTRIBUTION

Procureurs généraux près les cours d'appel - Procureurs de la République près les TGI - Magistrats
du parquet - Premiers présidents - Présidents - Magistrats du siège - Directeurs régionaux de la PJJ
- Directeurs régionaux de l'AP

- 4 mars 2002 -

Sommaire :

I. - LES GRANDS AXES DE LA RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1. Les principes directeurs de la réforme

1.1. *La simplification des procédures et la clarification des règles*

1.2. *Harmonisation avec le droit communautaire*

1.3. *Modernisation*

2. Les règles de fond gouvernant la commande publique

II. - LES INCIDENCES DE LA RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE SUR LE DÉLIT DE FAVORITISME

1. L'absence d'incidence de l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics sur les poursuites en cours

1.1. *Le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 mars 2001*

1.2. *L'absence de problème de droit transitoire*

2. L'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme

3. La poursuite du délit de favoritisme

III. - LE CONTRÔLE DES MARCHÉS PUBLICS

1. La coopération avec les juridictions financières

2. La coopération avec les DDCCRF

Annexe : Les quatre nouvelles procédures de marchés

Le décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, publié au *Journal officiel* du 8 mars 2001, constitue le nouveau code des marchés publics. Ce dernier a été élaboré à la suite d'une étroite concertation avec les élus, les associations et les entreprises, sur la base d'un document d'orientation en date du 26 avril 1999, consultable sur le serveur internet du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (www.finances.gouv.fr).

Parallèlement une nouvelle instruction pour l'application du code des marchés publics, en date du 28 août 2001, a été publiée au *Journal officiel* (annexe du JO n° 208 du 8 septembre 2001).

Les dispositions du nouveau code sont entrées en vigueur le 9 septembre 2001, à l'exception de l'article 27, relatif au mode de calcul du seuil, entré en vigueur le 1er janvier 2002. Symétriquement, le code des marchés publics dans sa rédaction antérieure a été abrogé avec effet au 9 septembre 2001.

La réforme ayant été opérée par la voie réglementaire, certaines questions, relevant de la compétence du pouvoir législatif, n'ont pu être abordées au sein de ce nouveau code.

La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier complète donc la réforme de la commande publique par des mesures tendant à :

- préciser le régime juridique de l'ingénierie publique (art. 1) ;
- unifier le contentieux relatif aux marchés publics, confié au seul juge administratif (art. 2), à l'exception des litiges relevant du juge judiciaire et portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi ;
- définir la notion de délégation de service public (art. 3) comme "un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service ; le délégataire, peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service" ;
- réglementer la sous-traitance (art. 6 et 7) ;
- étendre le régime de publicité et de mise en concurrence des contrats visés à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 (art. 8).

Un dispositif d'accompagnement de la réforme (mise en place notamment d'un conseil aux acheteurs locaux sous l'égide du ministère de l'économie et des finances, action de formation et de sensibilisation des élus et des acheteurs locaux...) a été mis en place.

La définition et les peines encourues du chef de favoritisme n'ont pas été modifiées par la réforme.

Ce délit reste défini, par l'article 432-14 du code pénal, comme le fait de "procurer ou 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".

Dès lors, et en l'absence même de toute modification de l'incrimination, toute réforme du code des marchés publics portant sur des dispositions ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats est susceptible d'affecter le champ d'application de cette infraction.

C'est la raison pour laquelle il a paru utile d'appeler votre attention dès à présent sur les grands axes de la réforme de la commande publique (I). La présente circulaire précise également l'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme (II) et rappelle le rôle primordial que doit jouer l'institution judiciaire dans le contrôle de la commande publique (III).

Vous trouverez également ci-joint, en annexe, une fiche synthétisant les nouvelles procédures de passation de marché.

I. - LES GRANDS AXES DE LA RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE

1. Les principes directeurs de la réforme

La complexité des règles existantes, leur caractère quelquefois obsolètes et la multiplication des normes d'origine communautaire ont conduit le gouvernement à réformer le code des marchés publics autour des trois principes directeurs suivants : simplifier et clarifier les procédures, les harmoniser avec le droit communautaire et moderniser le droit de la commande publique.

1.1. *La simplification des procédures et la clarification des règles*

La simplification des procédures et la clarification des règles est l'objectif premier de cette réforme qui vise à assurer aux élus une sécurité juridique.

Le nouveau code des marchés publics est ainsi divisé en six titres, organisés dans l'ordre chronologique de la vie d'un marché public (champ d'application, dispositions générales, définition, passation, exécution, contrôle) et comporte 136 articles au lieu des 399 de l'ancien code.

Dans un souci de clarification, le nouveau code précise des points jusqu'alors obscurs, comme la définition du marché public (art. 1 à 4) ou la méthode de comptabilisation des seuils (art. 27).

Les marchés publics sont ainsi définis comme des contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par l'Etat, ses établissements publics autre que ceux ayant un caractère industriel ou commercial, les collectivités locales et leurs établissements publics, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services.

Le nouveau code des marchés publics uniformise également les règles applicables aux collectivités locales et à l'Etat.

Enfin, les procédures de passation sont simplifiées, selon une structure à trois étages, qui distingue : les marchés en dessous du seuil de 90 000 euros HT, les marchés compris entre le seuil précité de 90 000 euros HT et les seuils de 130 000 euros HT pour les marchés de l'Etat et de 200 000 euros HT pour les marchés de collectivités locales, les marchés au-delà de ces derniers seuils.

Alors que l'ancien code était muet sur ce point, l'article 27 fixe la méthode à utiliser pour évaluer le montant du marché à conclure, en distinguant les marchés de travaux, de fournitures ou de services.

1.2. *Harmonisation avec le droit communautaire*

La réglementation adoptée harmonise le droit applicable avec les dispositions contenues dans les directives communautaires afin d'éviter l'insécurité juridique qui pourrait résulter du décalage entre les normes nationales et communautaires.

Ainsi, à partir des seuils précités de 130 000 euros HT et 200 000 euros HT, les procédures prévues par les directives communautaires s'appliquent.

1.3. *Modernisation*

Le nouveau code des marchés publics prévoit désormais que la définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut prendre en compte des considérations sociales et environnementales (art. 14).

De même, l'accent est mis sur l'innovation (possibilité offerte aux entreprises candidates de proposer toutes les variantes qui leur semblent de nature à améliorer le projet élaboré par l'administration) ainsi que sur les nouvelles technologies de l'information (possibilité de recourir aux transactions par voie électronique, et, pour certains achats de fournitures courantes, de procéder aux enchères par cette même voie).

2. Les règles de fond gouvernant la commande publique

Le nouveau code des marchés publics pose dès son article 1er les principes gouvernant les nouvelles règles de passation des marchés publics.

Dans la continuité du dispositif antérieur, sont ainsi réaffirmés solennellement les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

De façon novatrice, la règle du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse est par ailleurs consacrée. Cette règle est déclinée par diverses mesures, dont la suppression de la procédure d'adjudication, l'indication du critère du prix en fin de la liste des critères de choix (art. 53) et la réaffirmation de la possibilité de rejeter, sous certaines conditions, une offre anormalement basse (art. 55).

Enfin, l'article 5 du code réaffirme de façon solennelle la nécessité pour la personne publique de définir de la façon la plus précise la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Le marché conclu par la personne publique ne doit avoir pour objet que de répondre exactement aux besoins ainsi définis de la personne publique.

D'ores et déjà, il convient de noter qu'il s'agit là de règles de fond, qui s'imposent à tous les marchés publics, y compris ceux passés sans formalités préalables ou soumis à des modalités de passation allégées.

II. - LES INCIDENCES DE LA RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE SUR LE DÉLIT DE FAVORITISME

Avant d'analyser les incidences de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme (II.2) et de rappeler les éléments jurisprudentiels récents relatifs à la poursuite de cette infraction (II.3), il convient de préciser que l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics ne devrait pas affecter les poursuites en cours du chef de favoritisme (II.1).

1. L'absence d'incidence de l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics sur les poursuites en cours

Le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 mars 2001 précité (a) est de nature à supprimer tout problème d'application dans le temps de l'infraction de favoritisme, même si les faits de favoritisme, commis antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics et caractérisés par la violation d'une disposition de l'ancien code des marchés publics, ne le seraient plus sous l'empire du nouveau code des marchés publics (b).

1.1. Le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 mars 2001

Comme indiqué précédemment, le décret n° 2001-201 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics est entré en vigueur le 9 septembre 2001, à l'exception de son article 27 relatif au mode de calcul des seuils, entré en vigueur le 1er janvier 2002.

La création de nouvelles procédures, sans lien avec celles qui régissaient jusqu'alors la commande publique, a rendu nécessaire la mise en place d'un régime transitoire de maintien en vigueur des dispositions de l'ancien code des marchés publics au-delà du 9 septembre 2001.

Ainsi, selon l'article 3-1 du décret, les marchés publics notifiés antérieurement au 9 septembre 2001 demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions du code des marchés publics dans leur rédaction antérieure au nouveau code.

De même, aux termes du II de ce même article, les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement au 9 septembre 2001 demeurent régis pour leur passation par les dispositions de l'ancien code des marchés publics.

L'instruction du 28 août 2001 pour l'application du code des marchés publics explicite ces dispositions, en distinguant les trois hypothèses suivantes :

- les marchés notifiés avant le 9 septembre 2001 restent soumis pour leur passation, comme pour leur exécution, aux seules dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc pas concernés par les dispositions du nouveau code des marchés publics ;

- les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé à la publication à compter du 9 septembre 2001 seront soumis aux seules dispositions du nouveau code des marchés publics, tant pour leur passation que pour leur exécution. Les difficultés et les litiges qui sont susceptibles de survenir concernant ces marchés ne seront donc plus concernés par les dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 ;

- les marchés pour lesquels une consultation aura été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence aura été envoyé avant le 9 septembre 2001, le marché étant notifié après cette date seront soumis pour leur seule passation, aux dispositions du code des marchés publics en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 et pour leur seule exécution, aux dispositions du nouveau code des marchés publics. Les difficultés et les litiges concernant leur passation et notamment les règles de publicité, la production des attestations fiscales et sociales, le choix des candidats et des offres ne seront concernés que par les dispositions du code en vigueur jusqu'au 9 septembre 2001 alors que les difficultés et les litiges concernant l'exécution et notamment les avenants, les conditions de résiliation, les conditions de paiement ne seront concernés que par les dispositions du nouveau code et, à compter de sa publication, par les dispositions du décret relatif aux délais de paiement.

1.2. L'absence de problème de droit transitoire

Il ressort de ce qui précède, qu'en toute hypothèse, l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics n'aura aucune incidence sur la survie juridique de la disposition législative ou réglementaire du code des marchés publics à laquelle les faits de favoritisme commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce dernier portent atteinte.

Dès lors, et sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, il semble que l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics n'aura aucune conséquence sur les poursuites susceptibles d'être engagées pour des faits de favoritisme commis antérieurement à cette entrée en vigueur, notamment dans les cas où des formalités protectrices de l'égalité des candidats exigées par l'ancien code des marchés publics ne seraient plus exigées par le nouveau (hypothèse par exemple d'un marché conclu sans formalité et compris entre 300 000 francs HT et 90 000 euros HT).

En effet, dès lors que l'infraction de favoritisme n'a pas été modifiée, la survie transitoire des dispositions de l'ancien code des marchés publics pour les marchés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code, ne fait naître aucune discontinuité de la norme pénale.

2. L'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme

Aux termes même de l'article 432-14 du code pénal, toute violation de dispositions, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (si, bien entendu, la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction est rapportée).

Dès lors, tout comme par le passé, pourra être ainsi poursuivi pénalement le recours injustifié à la procédure du marché sans formalités préalables, par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs (cf. notamment Cass. crim. 30 juin 1999 n° 4460), la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mise en concurrence, ou encore au choix de l'attributaire par violation des conditions de fond ou de procédure (cf. notamment Cass. crim. 15 septembre 1999 n° 5174).

Le premier bilan d'application du délit de favoritisme annexé à la circulaire

CRIM 98-04 G3 du 2 juillet 1998 conserve en ce sens toute sa pertinence par la typologie des fraudes qu'il répertorie.

Plus novateur, le délit de favoritisme pourra également être constitué à l'occasion de la passation d'un marché sans formalités préalables.

En effet, ainsi qu'il a été précisé antérieurement (cf. I), l'une des innovations du nouveau code des marchés publics est de définir des règles de portée générale, applicables à tous les marchés publics, y compris les marchés conclus sans formalités préalables.

Ces règles, pour les rappeler, sont notamment les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (art. 1), la définition précise et préalable des besoins à satisfaire (art. 5), le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (art. 1).

Telle est d'ailleurs l'analyse faite par la nouvelle instruction (paragraphe 1-3 in fine) qui souligne que "même si le code ne soumet pas les achats d'un montant inférieur à 90 000 euros HT à des procédures formalisées d'achat, ce principe ne fait pas obstacle à ce que l'acheteur public s'entoure de plusieurs avis lui permettant de s'assurer d'une bonne gestion des deniers publics".

Dès lors, la violation de telle ou telle règle de fond à l'occasion de la passation d'un marché sans formalités préalables pourra, sous réserve de l'interprétation souveraine de la jurisprudence, être poursuivie du chef de favoritisme.

Pourrait ainsi être poursuivies notamment la conclusion systématique d'un marché au-dessous de 90 000 euros avec le même fournisseur, alors qu'il apparaîtrait que la personne responsable du marché n'aurait pas procédé à un minimum de vérification auprès d'autres fournisseurs ou prestataires ; la conclusion d'un marché à un prix et pour une qualité manifestement éloignés de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans ces hypothèses, la caractérisation de l'existence d'un avantage injustifié et de l'élément intentionnel du délit de favoritisme devra s'appuyer sur un faisceau convergent d'indices.

3. La poursuite du délit de favoritisme

En la matière, le nouveau code des marchés publics n'apporte aucune innovation.

Néanmoins, quelques points jurisprudentiels, propres à faciliter l'exercice des poursuites, méritent d'être rappelés :

1° En premier lieu, il convient de noter que la constitution de partie civile, à titre principal ou incident, est recevable dès lors qu'est rapportée la preuve d'un préjudice personnel et direct. Le délit de favoritisme échappe ainsi à la catégorie des infractions d'intérêt public, dont seul le ministère public assure la défense (cf. Cass. crim. 8 juin 1999 - bull. crim. n° 123, dans lequel la Cour de cassation casse l'arrêt qui avait déclaré irrecevable la constitution de partie civile d'un syndicat intercommunal).

2° En second lieu, la Cour de cassation adopte une conception particulièrement large de la saisine du juge d'instruction dans la mesure où elle juge que "dans une information suivie pour favoritisme, après dénonciation de l'irrégularité d'un marché de travaux publics, le juge d'instruction se trouve saisi de l'ensemble des actes irréguliers, notamment des avenants antérieurs à sa saisine et se rattachant par un lien d'indivisibilité à ce marché" (Cass. crim. 20 septembre 2000, bull. crim. n° 275).

3° Enfin, s'agissant du régime de prescription de l'action publique, dans deux arrêts du 27 octobre 1999 (bull. crim. n° 238 et 239) la chambre criminelle a jugé que "si le délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics est une infraction instantanée qui se prescrit à compter du jour où les faits le consommant ont été commis ; toutefois, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites".

III. - LE CONTRÔLE DES MARCHÉS PUBLICS

Le nouveau code des marchés publics accorde une importance primordiale au contrôle de la commande publique en lui consacrant le titre V qui regroupe les dispositions relatives aux commissions spécialisées des marchés, à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics, ainsi qu'aux autres contrôles des marchés publics de l'Etat.

A ce sujet, il semble plus que jamais nécessaire de rappeler le rôle primordial que doit jouer l'institution judiciaire dans la poursuite des irrégularités de la commande publique, de nature à caractériser une infraction pénale (favoritisme, mais aussi faux et usage, abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts, entente illicite).

La clarification et la simplification des règles de la commande publique doit s'accompagner d'une plus grande vigilance dans le contrôle de leur respect et d'une sanction accrue en cas de violation avérée du dispositif protecteur de l'égalité des candidats et de la liberté d'accès à la commande publique.

Afin de permettre, le cas échéant, une réponse rapide de l'institution judiciaire, il paraît indispensable que soient poursuivies et amplifiées les politiques de partenariat avec les principaux organes en charge du contrôle de la commande publique et, au premier chef, les juridictions financières et les services déconcentrés de la DGCCRF compétents en matière de marchés publics et de délégations de service public.

D'une façon générale, et notamment dans l'hypothèse d'irrégularités purement matérielles, ne révélant aucun manquement à la probité, et bien que ce manquement à la probité ne soit pas un élément constitutif du délit de favoritisme, il serait opportun que, préalablement à toute décision d'orientation pénale, soient expertisées les diverses décisions qui ont pu être prises par les acteurs du contrôle de la commande publique (poursuite devant les juridictions financières, saisine du juge administratif...) et ce, afin de s'assurer de la pertinence d'une éventuelle réponse pénale.

1. La coopération avec les juridictions financières

Comme il était précisé dans les deux circulaires des 25 juin 1996 et 27 novembre 1997 relatives aux relations entre les juridictions financières et judiciaires, l'efficacité de l'action judiciaire et de celle du juge des comptes repose essentiellement sur la qualité et la précocité des échanges d'informations auxquels procèdent les ministères publics respectifs.

Il s'agit non seulement d'engager des actions de formation et d'information réciproques, mais aussi de parvenir à un échange constant d'informations permettant le traitement en commun de dossiers, et ce, par une formalisation des procédures d'échanges et la désignation de correspondants.

Les modalités de communication de pièces entre les deux ordres de juridictions sont désormais codifiées dans le code des juridictions financières.

J'appelle notamment votre attention sur les nouveaux articles L. 140-1-1, L. 241-2-1,

L. 250-1, L. 314-18, L. 262-45-1, L. 272-43-1, issus de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, régissant les communications des juridictions judiciaires aux juridictions financières.

Les communications des juridictions financières aux juridictions judiciaires sont, quant à elles, réglementées aux articles D. 247-1, D. 145-2, R. 135-3, R. 241-25 et R. 262-80 du code précité.

Vous veillerez enfin à aviser les juridictions financières des suites réservées à leurs communications aux principaux stades de la procédure et à leur communiquer copie des décisions définitives de non-lieu, de relaxe ou de condamnation.

2. La coopération avec les DDCCRF

De par leur participation aux commissions d'appel d'offres, leur assistance technique dans l'exercice du contrôle de légalité des préfets, et leur mission fondamentale de contrôler le bon fonctionnement de la concurrence, les agents de la DDCCRF constituent des interlocuteurs incontournables.

Il serait, dès lors opportun, dans le cadre des relations que vous entretenez déjà avec les agents des DDCCRF, de développer des protocoles de signalement des faits délictueux.

A cet égard, il semble important que le parquet territorialement compétent soit identifié comme l'interlocuteur de la DDCCRF (art. 40, alinéa 2, du CPP) dans l'hypothèse où des agents de cette administration auraient eu connaissance de faits susceptibles de constituer le délit de favoritisme, dans l'exercice de leurs missions précédemment rappelées.

L'administration ne saurait notamment se conformer obligatoirement aux objections formulées par le préfet à la transmission d'une dénonciation au parquet même, si eu égard aux prérogatives du représentant de l'Etat dans le département, une information préalable de ce dernier est souhaitable, et même si les indices de favoritisme ont été recueillis dans le cadre du contrôle de légalité.

L'organisation de réunions régulières justice/DDCCRF devrait permettre un échange d'expériences et de culture professionnelles, propre à assurer une mise en oeuvre effective de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale.

Par ailleurs, j'appelle votre attention sur la possibilité de recourir, notamment dans les dossiers complexes, à des agents de la DDCCRF, en qualité de personnes qualifiées, sur le fondement de l'article 60 du code de procédure pénale et ce, après avoir fait prêter serment (Cass. crim. 5 mai 1999 - bull. crim. n° 88). Cette assistance est de nature à permettre une mise en état précoce des dossiers et un meilleur ciblage des investigations complémentaires.

Enfin, dans la limite de vos compétences, vous vous assurerez que les juridictions spécialisées en matière économique et financière, et le cas échéant, les pôles économiques et financiers, soient saisis le plus en amont possible des dossiers d'une grande complexité, conformément à l'article 704 du code de procédure pénale.

Vous voudrez bien veiller à assurer un suivi régulier des principales prescriptions de cette circulaire en faisant ressortir les conditions de sa mise en oeuvre, les difficultés éventuelles rencontrées et les actions les plus significatives. Ces informations feront partie du prochain rapport de politique pénale dont la demande vous parviendra selon les modalités habituelles.

Le directeur des affaires criminelles et des grâces,

R. Finielz

A N N E X E

Le nouveau code définit principalement quatre nouvelles procédures de marchés :

- le marché sans formalités préalables ;
- la mise en concurrence simplifiée ;
- l'appel d'offres ;
- le marché négocié.

I. - LE MARCHÉ SANS FORMALITÉS PRÉALABLES (ART. 28 ET 29)

Cette procédure, qui correspond à l'ancien achat sur factures, est applicable d'une part aux achats au-dessous du seuil de 90 000 euros HT, et d'autre part aux marchés, quel que soit leur montant, ayant pour objet des services juridiques, des services sociaux et sanitaires, des services récréatifs, culturels et sportifs, des services d'éducation ou des services de qualification et d'insertion professionnelles, sous réserve néanmoins de la publication d'un avis d'attribution.

Il est à noter également qu'en deçà du seuil de 130 000 euros HT pour l'Etat et 200 000 euros HT pour les collectivités territoriales, les marchés publics peuvent être passés sans formalités préalables pour les achats, dans les conditions les plus avantageuses, de denrées alimentaires périssables sur les foires ou les marchés ou les lieux de production.

Enfin, l'article 10 de la loi portant diverses mesures urgentes de réforme à caractère économique et financier permet de confier au président du conseil général et au président du conseil régional la compétence de conclure des marchés sans formalités préalables, par délégation du conseil général ou du conseil régional, à l'instar de ce qui existe déjà pour les maires.

II. - LA PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE SIMPLIFIÉE (ART. 32, ART. 57)

Une nouvelle procédure dite de mise en concurrence simplifiée est créée.

Le code la définit comme une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché à la suite de négociations avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence préalable.

La personne responsable du marché peut choisir cette procédure pour la conclusion de marchés compris entre le seuil du marché sans formalités et le seuil de l'appel d'offres, soit pour l'Etat entre 90 000 euros HT et 130 000 euros HT et, pour les collectivités locales entre 90 000 euros HT et 200 000 euros HT.

Cette procédure vise à combiner la transparence de l'appel d'offres par une publicité préalable et une mise en concurrence formalisée, et la souplesse de la procédure négociée par la possibilité notamment offerte à la personne responsable du marché de négocier avec les candidats.

Cette procédure se décompose en deux phases :

1° La première phase concerne la sélection des candidats admis à présenter une offre après une publicité formalisée conformément aux règles qui régissent l'appel d'offres restreint.

Lorsqu'est fixé dans l'avis d'appel public à la concurrence un nombre maximum de candidats admis à présenter une offre et que le nombre de candidatures admises dépasse ce nombre maximum, la personne responsable du marché procède à un tirage au sort, et non à un classement comme dans l'appel d'offres. Il s'agit là d'une spécificité de cette procédure.

2° La seconde phase permet à la personne responsable du marché de négocier avec les candidats sélectionnés avec la même souplesse que le marché négocié.

Au terme de ces négociations, la personne responsable du marché retient une offre à titre provisoire.

Pour les collectivités locales, le marché est attribué par la commission d'appel d'offres sur proposition de la personne responsable du marché. Si le choix proposé n'est pas entériné, la commission d'appel d'offres met fin à la procédure ou demande à la personne responsable du marché de reprendre les négociations.

Pour l'Etat, le marché est attribué par la personne responsable du marché, sur avis de la commission d'appel d'offres.

III. - LA PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRES (ART. 33 - ART. 58 À ART. 65)

Cette procédure a vocation à s'appliquer au-delà de 200 000 euros HT pour les collectivités locales et 130 000 euros HT pour l'Etat.

S'agissant de la procédure de droit commun, il peut également y être recouru en dessous de ces seuils.

Tout comme dans le passé, l'appel d'offres peut être ouvert, lorsque tout candidat peut remettre une offre, ou restreint lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont été autorisés après sélection.

Elle demeure caractérisée par le principe d'intangibilité des offres et la prohibition de toute négociation avec les candidats.

Néanmoins, pour les marchés de l'Etat, le rôle de la commission d'appel d'offres ne se limite plus à l'enregistrement des candidatures et des offres. Elle devra émettre un avis à l'intention de la personne responsable du marché, tant pour le choix des candidatures que des offres.

La personne responsable du marché pour l'Etat, ou la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales, après analyse des offres, doit choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, en se fondant sur les critères préalablement indiqués dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

IV. - LA PROCÉDURE DE MARCHÉ NÉGOCIÉ (ART. 34 ET 35 - ART. 66 ET 67)

Le marché négocié ouvre la possibilité à la personne publique de négocier directement avec les candidats afin de rechercher l'offre économiquement la plus intéressante.

A la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une marge de manoeuvre importante.

En effet, elle peut de plein droit et dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats et cette négociation a pour objet et peut légitimement les conduire à adapter leurs offres.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été indiquées dans le cahier des charges, sous peine de porter atteinte aux conditions de la mise en concurrence.

Il s'agit là d'une procédure dérogatoire qui n'est utilisable que dans des cas limitativement énumérés, pour l'essentiel à l'article 35.

Le principe est la soumission des marchés négociés à la fois aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Néanmoins, et de façon relativement complexe, certains marchés négociés peuvent être passés sans publicité préalable et/ou sans mise en concurrence.

Cette double dérogation à deux principes généraux du droit de la commande publique implique que ces hypothèses soient interprétées très strictement.

Sans exhaustivité, on peut relever que :

- relèvent du marché négocié avec publicité préalable et mise en concurrence : les marchés passés après un appel d'offre infructueux (ouvert ou restreint) sous réserve de ne pas modifier les conditions initiales du marché ; les marchés de services dont les spécifications ne peuvent être préalablement et précisément définies, en raison de leur complexité ; les marchés conclus à des fins de recherche, d'essais, d'expérimentation ;

- relèvent du marché négocié sans publicité préalable mais avec mise en concurrence : les marchés pour lesquels l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés précédés d'une publicité ; les marchés qui exigent le secret et la protection des intérêts essentiels de l'Etat ; les marchés pour lesquels le titulaire du marché est défaillant alors même qu'il existe une urgence réelle de continuer l'exécution du marché ;

- relèvent du marché négocié sans publicité préalable et sans mise en concurrence : les marchés complémentaires si le marché initial a été passé après mise en concurrence ; les marchés identiques (répétition de prestations d'un marché précédent) de services ou de travaux et les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un seul prestataire.

Enfin, il convient de noter que de nouvelles dispositions sont arrêtées pour la conclusion des marchés de maîtrise d'oeuvre (art. 74), des marchés d'appels d'offres sur performance (art. 36), des marchés de conception-réalisation (art. 37) et de la procédure de concours (art. 38).

En outre, le nouveau code des marchés publics prohibe les marchés d'entreprise de travaux publics (METP), générateurs dans le passé d'importantes malversations.

L'article 10 du nouveau code prévoit ainsi que pour un marché ayant à la fois pour objet la construction et l'exploitation ou la maintenance d'un ouvrage, la construction doit faire obligatoirement l'objet d'un marché séparé. Cette disposition se combine avec celle de l'article 94 qui interdit l'insertion dans un marché de toute clause de paiement différé. Ces dispositions n'interdisent néanmoins pas d'attribuer les deux lots (d'une part la construction d'un ouvrage et d'autre part l'exploitation du service public qui lui est associée) à la même entreprise, si celle-ci est mieux disante sur les deux lots ; toutefois, dans ce cas, deux marchés distincts devront être conclus.

12 - Circulaire du Ministre de la Justice en date du 12 février 2003
présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des SEM locales
orientation de politiques pénales

BULLETIN OFFICIEL DU MINISTÈRE DE LA JUSTICE
n° 89 (1er janvier - 31 mars 2003)

Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces
Signalisation des circulaires du 1er janvier au 31 mars 2003

Présentation des principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixtes locales - Orientation de politiques pénales

**CRIM 2003-02 G3/12-02-2003
NOR : JUSD0330025C**

Infraction

Politique pénale

Société d'économie mixte locale

POUR ATTRIBUTION

Procureurs généraux près les cours d'appel - Procureurs de la République près les tribunaux
supérieurs d'appel - Premier président de la Cour de cassation - Procureur général près la Cour de
cassation - Premiers présidents de cours d'appel

- 12 février 2003 -

Sommaire :

I. - LE STATUT DE L'ELU MANDATAIRE DE SA COLLECTIVITE LOCALE AU SEIN D'UNE SEML

1. La définition des fonctions de mandataires locaux au regard des fonctions d'entrepreneurs locaux
2. La rémunération des mandataires
3. La participation des mandataires aux décisions des organes délibérants

II. - LES PRINCIPALES INFRACTIONS

1. Infractions portant atteinte à l'ordre public économique
 - 1.1. L'abus des biens ou du crédit (art. L. 242-6 et L. 242-30 du code de commerce)
 - 1.2. Infractions relatives à la tenue des comptes et au capital social
2. Infractions portant atteinte à la probité publique
 - 2.1. Le délit d'octroi d'avantage injustifié (ou favoritisme)
 - 2.2. La prise illégale d'intérêts

III. - LES GRANDES LIGNES D'UNE POLITIQUE PENALE ADAPTEE

1. Les partenaires de l'institution judiciaire
 - 1.1. Les juridictions financières
 - 1.2. Les tribunaux de commerce, les mandataires judiciaires et les commissaires aux comptes
 - 1.3. Les administrations
2. La mise en œuvre des poursuites

Texte source :

Circ. du ministre délégué aux libertés locales, en date du 20 novembre 2002, relative au régime juridique des sociétés d'économie mixtes locales (SEML)

Instrument essentiel d'intervention des collectivités locales, les sociétés d'économie mixte locales (SEML) sont régies par la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983, codifiée aux articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT), qui soumet ces sociétés au droit commun des sociétés anonymes tout en assurant aux collectivités locales actionnaires, par des dispositions dérogatoires, un contrôle effectif sur ces dernières.

La loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locale a notamment pour objet de renforcer le contrôle des collectivités locales actionnaires sur ces sociétés et sur leurs opérations.

Par ailleurs, elle libéralise le financement des SEML par les collectivités territoriales actionnaires, en portant à 85 % (au lieu de 80 %) le seuil de participation maximale de ces dernières au capital social, en leur permettant, sous certaines conditions, de verser des avances en compte courant d'associés et en les autorisant à attribuer différents concours financiers (avances et subventions pour des programmes d'intérêt général liés à la promotion économique du territoire ou à la gestion de services communs aux entreprises, avances aux opérations d'aménagement).

En outre, la loi clarifie, au plan administratif, le statut de l'élu mandataire de sa collectivité locale.

Ces dernières années, divers signalements de la Cour des comptes ou des chambres régionales des comptes ont mis en évidence que la gestion de certaines SEML pouvait être l'occasion de la commission d'infractions mettant gravement en cause l'impartialité de la gestion publique.

Le cadre juridique de la société d'économie mixte, dont le principe n'est évidemment pas mis en cause, a pu être détourné par certains élus pour s'affranchir des règles relatives à la gestion des deniers publics et opacifier la gestion des collectivités locales actionnaires.

Des errements ont été ainsi relevés et sanctionnés par les juridictions judiciaires et financières.

Afin de mieux appréhender la nature particulière de ce contentieux, la présente circulaire a pour objet de présenter les nouvelles dispositions relatives au statut de l'élu mandataire de sa collectivité locale, dès lors qu'elles sont susceptibles d'influer sur le contentieux pénal (I), de recenser les principales infractions susceptibles d'être commises dans le cadre des SEML, à la lumière de l'expérience acquise par les juridictions (II), et enfin de définir les grandes lignes d'une politique pénale adaptée (III).

I. - LE STATUT DE L'ELU MANDATAIRE DE SA COLLECTIVITE LOCALE AU SEIN D'UNE SEML

Tenue de revêtir la forme de société anonyme (art. L. 1522-1 du CGCT), la SEML peut adopter une structure de type moniste, avec ou non dissociation des fonctions de président du conseil d'administration et de directeur général (nouvel art. L. 225-51-1 du code de commerce) ou de type dualiste, avec directoire et conseil de surveillance. Le choix des structures résulte des statuts ou d'une décision de l'assemblée générale extraordinaire.

Par dérogation aux règles du droit commun, et afin d'assurer aux collectivités territoriales et à leur groupement un contrôle effectif de la société, chaque collectivité ou groupement de collectivités territoriales actionnaires doit avoir au moins un représentant au conseil d'administration ou de surveillance de la société. De même, les administrateurs, représentants des collectivités au sein des conseils d'administration ou de surveillance des SEML, sont obligatoirement des élus locaux désignés par l'assemblée délibérante de la collectivité ou du groupement qu'ils représentent, et non par l'assemblée générale ordinaire des actionnaires (art. L. 1524-5, al. 1 et 3, du CGCT).

Les représentants des collectivités au sein des SEML sont dans une situation potentiellement génératrice de conflit d'intérêts.

En effet, en tant que mandataires de la collectivité, ils doivent défendre exclusivement les intérêts de celle-ci alors qu'en tant qu'administrateurs de la SEML, entité juridique distincte de la collectivité, ils peuvent être amenés à poursuivre des objectifs contraires à ceux de la collectivité ou tout au moins différents.

Cette situation de divergence des intérêts se heurte à plusieurs dispositions de droit positif dont le but est d'éviter ce type de situations, dont la plus importante est évidemment l'incrimination de prise illégale d'intérêts (cf. infra).

Afin de sécuriser les élus, l'article 5 de la loi du 2 janvier 2002 précise les fonctions susceptibles d'être exercées par ces derniers au sein des organes dirigeants de la SEML sans risque d'inéligibilité ou d'incompatibilité avec leur mandat local (I.1), les conditions légales de leur rémunération (I.2) et prohibe leur participation à certaines décisions des organes délibérants (I.3).

1. La définition des fonctions de mandataires locaux au regard des fonctions d'entrepreneurs locaux

Le code électoral, en ses articles L. 207, L. 231 et L. 343, prohibe, sous peine d'inéligibilité ou d'incompatibilité, le cumul de la qualité d'entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux, avec respectivement les mandats de conseiller général, départemental ou régional. La qualité d'entrepreneurs de services résulte de la participation à titre privé, soit personnellement, soit par l'intermédiaire d'un groupement dans lequel l'intéressé joue un rôle prépondérant, à un service public sous le contrôle de la collectivité et donnant lieu à des rapports permanents avec elle. Par dérogation, et afin de prendre en compte la double appartenance du mandataire à une collectivité locale et à une société de droit privé, le cinquième alinéa de l'article L. 1524-5 du CGCT prévoyait que "les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités territoriales ou de leur groupement au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une société d'économie mixte locale ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux au sens des articles L. 207, L. 231 et L. 343 du code électoral".

Consacrant partiellement l'interprétation jurisprudentielle stricte de cette disposition, l'article 5 de la loi modifie la rédaction de cette disposition afin de préciser clairement que :

- seules les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une SEML (art. L. 225-51-1 du code de commerce) bénéficient des dérogations aux incompatibilités et inéligibilités touchant les entrepreneurs de services locaux ;

- l'exercice par les élus mandataires d'autres fonctions au sein d'une SEML que celles précédemment énumérées est strictement exclu, et notamment le cumul des fonctions de mandataire avec la fonction de membre ou de président du directoire et, de manière générale, avec l'exercice de toute fonction salariée, permanente ou non.

2. La rémunération des mandataires

L'article L. 1524-5 modifié du CGCT confirme le droit, déjà inscrit dans la loi, pour certains élus mandataires de leur collectivité de percevoir, en raison des fonctions exercées au sein de la SEML, une rémunération ou des avantages particuliers à condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés ; cette délibération fixe le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être ainsi perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient.

Ce droit est strictement limité aux mandataires visés à l'alinéa 5 de l'article L. 1524-5, soit aux élus exerçant les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance et de président assurant les fonctions de directeur général d'une SEML.

Il convient de noter que les débats parlementaires ont permis de préciser la notion "d'avantages particuliers" qui doit se comprendre largement comme incluant les moyens de travail (véhicule de fonction notamment) mis à la disposition de l'élu par la SEML.

Tout comme par le passé, le montant total des rémunérations et indemnités de fonction perçues, pour l'ensemble de leurs fonctions, par les élus locaux siégeant dans une société d'économie mixte est plafonné en cas de dépassement du plafond ; ces rémunérations doivent être écartées (art. L. 2123-20, L. 3123-18, L. 4135-18 et L. 5211-12 du CGCT).

3. La participation des mandataires aux décisions des organes délibérants

L'article 5 de la loi intègre à l'article L. 1524-5 du CGCT deux alinéas 11 et 12 dont l'objet est d'encadrer le rôle de l'élu mandataire dans les relations entre la collectivité territoriale et la société d'économie mixte.

L'alinéa 11 introduit une dérogation à l'article L. 2131-11 du CGCT en vertu duquel sont considérées comme illégales les délibérations des collectivités locales auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres de l'assemblée délibérante intéressés à l'affaire, à titre personnel ou comme mandataires. Le nouvel alinéa 11 de l'article 1524-5 précité prévoit en effet que "les élus locaux mandataires de leurs collectivités locales ou de leurs groupements au sein du conseil d'administration ou de surveillance des SEML et exerçant les fonctions de membre ou président du conseil d'administration, de président-directeur général, ou de membre ou de président du conseil de surveillance ne sont pas considérés comme intéressés au sens de l'article L. 2131-11, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur ses relations avec la SEML".

En second lieu, le nouvel alinéa 12 de l'article L. 1524-5 prohibe expressément à ces mandataires de participer aux commissions d'appels d'offres ou aux commissions d'attribution de délégation de service public de la collectivité locale ou du groupement lorsque la SEML est candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public.

II. - LES PRINCIPALES INFRACTIONS

En raison même de la nature juridique des SEML, sociétés anonymes à capital majoritairement public, les infractions pénales susceptibles d'être commises en leur sein peuvent porter atteinte à l'ordre public économique (II.1) ou à la probité publique (II.2).

1. Infractions portant atteinte à l'ordre public économique

De façon constante, la Cour de cassation juge que "les administrateurs des SEML ... sont soumis, quant à leur responsabilité pénale éventuelle, au droit commun des sociétés anonymes" (16 février 1971, Bull. n° 53).

Ils peuvent donc se rendre coupables de l'ensemble des infractions susceptibles d'être commises dans une société anonyme, ainsi que des infractions de droit commun. Ne seront toutefois abordées que les principales de ces qualifications, et notamment celles ayant donné lieu en pratique à des constatations ou à des condamnations.

1.1. L'abus des biens ou du crédit (art. L. 242-6 et L. 242-30 du code de commerce)

Cette qualification pénale est, avec la prise illégale d'intérêts, celle la plus souvent relevée à l'occasion de la constatation d'anomalies dans la gestion des SEML.

La caractérisation d'un abus de bien social au sein d'une SEML répond au droit commun de cette infraction, à savoir la preuve d'un élément matériel : un usage des biens contraire à l'intérêt social, et un élément moral qui se dédouble en un dol général (la preuve de la mauvaise foi) et en un dol spécial (la poursuite d'un intérêt personnel).

A titre d'exemples, ont pu ainsi être jugés constitutifs d'abus de biens sociaux dans des SEML des faits suivants, marqués soit par un enrichissement personnel des mandataires, soit par un détournement des actifs de la SEML au bénéfice de structures ou de personnes liées au mandataire :

- prise en charge par la SEM de dépenses purement personnelles au dirigeant ;
- versement de rémunérations indues, de façon transparente ou occulte, ou dont le montant est manifestement excessif au regard de la situation financière de la SEML ;
- octroi de prêts consentis par une SEM à l'un de ses dirigeants, soit en dehors de l'activité normale de la SEML, soit à des conditions préférentielles ;
- réalisation d'opérations immobilières désastreuses par une SEM immobilière aux seules fins de procurer des ressources à un bureau d'études géré par un des dirigeants de la SEML ;
- reprise par une SEML de sociétés privées lourdement déficitaires dirigées par un des responsables de la SEML et comblement du passif de ces entreprises, pour éviter à cette personne la mise en cause de sa responsabilité en raison de sa mauvaise gestion ;

- création de multiples filiales commerciales de la SEML, dans le but de permettre aux dirigeants de la SEML de s'octroyer des salaires et de toucher des jetons de présence et des dividendes dans le cadre de ces filiales ;

- rémunération par la SEML de collaborateurs politiques du dirigeant de la SEML ;

- rémunération par la SEML de personnes n'ayant aucune activité au sein de celle-ci mais au sein d'organismes dépendant de la collectivité publique actionnaire de la SEML ;

- financement par une SEML, en dehors de son objet social, d'un club sportif ou d'une association liés à la collectivité locale actionnaire de la SEM.

1.2. Infractions relatives à la tenue des comptes et au capital social

Les infractions prévues et réprimées par les articles L. 241-1 et suivants du code de commerce relatives aux dispositions pénales du droit des sociétés peuvent également être commises à l'occasion de la gestion des SEML. Il s'agit tout particulièrement de la publication ou la présentation aux actionnaires des comptes sociaux ne donnant pas une image fidèle de la situation de la SEML pour masquer la situation financière exacte de la société (art. L. 242-6, 2°, du code de commerce).

2. Infractions portant atteinte à la probité publique

2.1. Le délit d'octroi d'avantage injustifié (ou favoritisme) (1)

Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, peut être poursuivie du chef de favoritisme toute "personne exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent... d'une société d'économie mixte locale" ainsi que "toute personne agissant pour le compte de l'une de ces dernières", à savoir essentiellement les maîtres d'ouvrage délégués et les maîtres d'œuvre.

En principe, les contrats passés par une SEML, personne morale de droit privé, ne sont pas soumis au code des marchés publics (art. 2 du code des marchés publics). Néanmoins, dans les hypothèses suivantes, le législateur a soumis la passation de ces contrats soit au code des marchés publics, soit à des obligations de mise en concurrence et de publicité :

- les contrats passés pour la réalisation d'ouvrages publics par une SEML, agissant en qualité de mandataire d'une collectivité locale ou d'une autre personne publique elle-même soumise au code des marchés publics, sont soumis au code des marchés publics en vertu de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite loi MOP ;

- les contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus, pour l'exécution ou les besoins du service public, par les SEML, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis au code des marchés publics dans des conditions fixées par le décret n° 93-584 du 26 mars 1993 ;

- les contrats passés par des SEML pour des travaux dont le montant est supérieur à 4 985 082,86 euros ou pour des marchés de fourniture ou de services d'un montant supérieur à 198 183,72 euros sont soumis pour leur passation à des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le décret n° 92-311 du 31 mars 1992, pris en application de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 ;

- les contrats conclus par les SEML exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux sont soumis, en application de l'article L. 481-4 du code de la construction et de l'habitation, au code des marchés publics.

Il convient de noter que, si l'article 9 de la loi du 2 janvier 2002 a inscrit dans la loi la possibilité pour une entreprise de se porter candidate à un appel d'offres lancé par une société d'économie mixte dont elle est actionnaire, cette disposition, dont l'objet est d'éviter des remises en cause a priori lors du contrôle de légalité, ne saurait interdire au juge pénal de rechercher l'existence d'un éventuel délit de favoritisme (cf. les travaux parlementaires et notamment le rapport de la Commission des lois du Sénat n° 6, p. 42).

Enfin, dès lors que les marchés ou les conventions de délégation de service public passés entre une SEML et une collectivité locale sont soumis respectivement au code des marchés publics ou aux

obligations résultant de la loi du 29 janvier 1993, un dirigeant de SEML peut voir sa responsabilité pénale engagée du chef de recel de favoritisme.

2.2. La prise illégale d'intérêts

Compte tenu de la nature même des SEML, le délit de prise illégale d'intérêts peut se trouver caractérisé dans deux situations bien différentes, selon que l'on se place du côté des relations entre la collectivité, son élu et la SEML ou du côté des relations de la SEML avec ses propres cocontractants.

Relations entre la SEML et ses propres cocontractants :

Dans les hypothèses où une SEML gère un service public, le président ou le directeur d'une SEML peut être considéré comme une personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-12 du code pénal.

Il peut donc encourir des poursuites pénales de ce chef si, dans le cadre des relations contractuelles entre la SEML et des personnes ou entreprises privées, il prend un intérêt personnel.

A cet égard, il convient de rappeler que la Cour de cassation retient une conception très large de l'intérêt susceptible de caractériser le délit ; celui-ci pouvant être constitué par "la prise d'un intérêt matériel ou moral, direct ou indirect" (Cass. crim. 5 novembre 1998, Bull. n° 289).

Tel serait par exemple le cas si des marchés étaient passés par la SEML avec une société dans laquelle l'élu ou des membres de la famille de l'élu avaient des intérêts (cf. notamment en dernier lieu Cass. crim. 7 novembre 2001 Lafleur Henri et autres).

Difficultés posées par la rémunération de l'élu :

Sans préjudice d'éventuelles poursuites du chef d'abus de biens sociaux, dans l'hypothèse de rémunérations indues ou manifestement excessives au regard de la situation financière de la SEML (cf. II.1.1), le fait pour un élu, en raison des fonctions exercées au sein d'une SEML, de percevoir une rémunération, quelle qu'en soit son montant, est a priori constitutif d'une situation génératrice de conflit d'intérêts.

Dans deux arrêts du 6 août 1996 (Cass. crim. 6 août 1996, Bull. n° 305) et du 2 juin 1999 (Bull. n° 118), la Cour de cassation a néanmoins jugé que l'article L. 1524-5, alinéa 6, du CGCT permettant à certains élus mandataires de leur collectivité de percevoir une rémunération ou des avantages particuliers, à condition d'y être autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés, faisait obstacle à toute poursuite pénale du chef de prise illégale d'intérêts.

Les dispositions de l'article L. 1524-5, alinéa 6, ne valent toutefois au bénéfice de l'élu qu'à la triple condition qu'il ait la qualité de mandataire de la collectivité, qu'il exerce les fonctions de membre, de président du conseil d'administration ou de surveillance de la SEML, ou de président assurant les fonctions de directeur général et que sa rémunération ait été autorisée par une délibération de la collectivité.

La Cour de cassation a ainsi jugé que l'approbation des comptes de la SEML par la collectivité locale actionnaire, au demeurant postérieure aux délibérations de la SEML, ne saurait couvrir l'absence d'autorisation expresse de la collectivité fixant le montant maximum de la rémunération et des avantages particuliers de son représentant (Cass. crim. 4 avril 2001 Lourec Didier et autres).

Le délit pourrait de même être constitué si l'élu percevait une rémunération ou un avantage qui excède les limites fixées par l'autorisation de la collectivité ou s'il exerçait des fonctions rémunérées au sein de la SEML sans être mandataire de la collectivité tout en étant investi d'un pouvoir de surveillance sur la SEML au titre de ses fonctions municipales.

Un élu qui, quoique mandataire de la collectivité, serait membre du directoire, et non du conseil de surveillance, d'une SEML à structure dualiste pourrait lui aussi être poursuivi pénalement, sans préjudice de l'inéligibilité encourue en tant qu'entrepreneur de services du fait des dispositions de l'alinéa 5 du même article L. 1524-5.

Participation aux délibérations de la collectivité de l'élu mandaté au sein d'une SEML :

En ce qui concerne la participation d'un élu aux délibérations de la collectivité relative à ses relations avec la SEML, deux cas doivent être envisagés selon que la délibération porte sur la situation de l'élu au sein de la SEML ou sur les relations entre la collectivité et la SEML. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, un simple pouvoir de préparation ou de proposition de décisions prises par

d'autres vaut surveillance au sens de l'article 432-12 du code pénal, au même titre que la participation à la délibération elle-même (Cass. crim. 14 juin 2000, Bull. n° 221).

a) La délibération porte sur la situation de l'élu au sein de la SEML.

Il peut être considéré qu'un élu commet le délit de prise illégale d'intérêts s'il participe à la préparation de la délibération ou à la délibération elle-même, qui le désigne comme représentant de sa collectivité au sein de la SEML, ou autorise sa rémunération ou lui octroie des avantages particuliers sur le fondement de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales et en fixe le montant (cf. notamment Cass. crim. 8 juin 1999).

b) La délibération porte sur les relations entre la collectivité et la SEML.

Il va de soi que l'on ne saurait interdire au président, aux administrateurs, au directeur général d'une SEML d'établir des relations d'affaires entre la SEML et la collectivité territoriale puisque cela est en quelque sorte inhérent à la mise en place d'une telle structure juridique.

Dès lors, la question se pose de la légalité, au regard du délit de prise illégale d'intérêts, de la participation d'un élu aux délibérations, ou à la préparation de ces décisions, concernant la gestion de la SEML ou des conventions passées entre la collectivité territoriale et la SEML.

En effet, comme il a été vu précédemment (cf. I), la situation de l'élu mandataire de sa collectivité peut générer un double conflit d'intérêts tenant, d'une part, dans le fait que la personne en cause dispose à la fois de la qualité d'élu d'une collectivité et d'administrateur d'une société qui peuvent avoir des intérêts divergents et, d'autre part, dans le fait que, en tant qu'administrateur de la société, cette même personne peut avoir des intérêts divergents de ceux de la commune à la décision de laquelle il participe (ainsi, le directeur général d'une SEML pourrait avoir un intérêt personnel et patrimonial à assurer la continuité de l'activité de cette société dont dépend la perception de sa rémunération).

De ce point de vue, le fait de l'autoriser à délibérer ou à participer aux travaux, au sein de la collectivité, sur les relations d'affaires entre la SEML et la collectivité reviendrait à lui offrir la possibilité de favoriser la SEML, ce qu'il peut avoir intérêt à faire. Il serait objectivement placé en situation de faire prévaloir son intérêt personnel sur l'intérêt général et donc en situation d'en être soupçonné, deux situations que l'existence du délit de prise illégale d'intérêts a précisément pour objet d'éviter.

En l'absence de jurisprudence explicite sur ce point de la Cour de cassation, et sous réserve de son appréciation souveraine, les éléments de réponse suivants peuvent néanmoins être proposés :

En premier lieu, en raison de l'autonomie du droit pénal, le fait de ne pas être considéré comme entrepreneur municipal au titre des missions exercées dans la SEML et en conséquence de ne pas être frappé d'inéligibilité, ou de ne pas être intéressé au sens de l'alinéa 7 de l'article L. 1524-5 du CGCT ne saurait être interprété comme excluant toute poursuite du chef de prise illégale d'intérêts. Ces dispositions n'empêchent en effet aucunement d'être placé en situation de conflit d'intérêts et de commettre le délit, ne serait-ce qu'en raison de la conception large retenue par la Cour de cassation sur l'intérêt susceptible d'être pris en compte.

En outre, tel ne semble pas le sens des nouvelles dispositions insérées à l'article L. 1524-5 du CGCT dont les travaux parlementaires précisent qu'elles tendent "à inverser la logique actuelle, en passant d'une interdiction de principe à la présomption que les élus mandataires ne seront pas intéressés à l'affaire lorsqu'ils délibéreront sur les relations entre la SEML et la collectivité" (cf. notamment rapport de la Commission des lois du Sénat n° 6).

En second lieu, il convient d'observer que, dans la décision précitée du 2 juin 1999 (Bull. n° 118), la Cour de cassation a cassé un arrêt ayant condamné un conseiller général et maire d'une commune qui, en tant que président d'un syndicat intercommunal, avait fait prendre à celui-ci des décisions favorables à une société d'économie mixte dont il était président du conseil d'administration, au sein duquel il représentait la commune, et qui lui versait des indemnités.

La Cour de cassation a estimé que la juridiction du fond aurait dû examiner les faits poursuivis au regard de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales, ce qui pourrait signifier que, si la rémunération avait été autorisée dans les conditions légales, le délit aurait pu alors ne pas être constitué.

Aussi pourrait-on considérer que l'élu ne commet pas de délit dès lors qu'il participe aux délibérations de la collectivité concernant les relations entre cette collectivité et la SEML dans la mesure où il n'y prend pas d'autre intérêt personnel que celui qui résulte de l'autorisation de la collectivité accordée dans le cadre des conditions légales fixées par l'article L. 1524-5, alinéa 6, du CGCT.

A contrario, la participation d'un élu, mandataire de sa collectivité au sein d'un organe dirigeant d'une SEML, aux commissions d'appel d'offres ou aux commissions d'attributions de délégation de service public de sa collectivité, en violation des dispositions du nouvel alinéa 7 dudit article, peut être interprétée comme caractérisant l'élément intentionnel du délit.

III. - LES GRANDES LIGNES D'UNE POLITIQUE PENALE ADAPTEE

Les modalités de signalement aux parquets des affaires mettant en cause la gestion des sociétés d'économie mixte revêtent une importance primordiale, dans la mesure où il n'entre pas dans les attributions de l'institution judiciaire de contrôler ces sociétés et où il s'avère que la justice est rarement saisie par un contribuable local, autorisé à se substituer à la collectivité défaillante par le tribunal administratif (L. 2132-5, L. 3133-1 et L. 4143-1 du CGCT), ou sur plainte d'un organisme prêteur, d'une collectivité locale ou d'une personne privée actionnaire de la SEML.

La mise en œuvre de poursuites (III.2) nécessite donc une parfaite identification des partenaires de l'institution judiciaire (III.1).

1. Les partenaires de l'institution judiciaire

1.1. Les juridictions financières

Les chambres régionales des comptes sont à l'origine de la majorité des signalements, soit à la faveur du contrôle de la SEML elle-même, soit également à la faveur de celui des collectivités actionnaires de la SEML. Dans leur mission de contrôle, les juridictions financières observent avant tout les conditions dans lesquelles les fonds publics risquent de se trouver engagés à raison des risques auxquels les exposent les actes de gestion des SEML.

Si la procédure financière, qui peut déboucher sur une déclaration de gestion de fait, n'a pas pour but de substituer les juridictions financières au juge pénal qui reste seul compétent pour sanctionner les délits, il est néanmoins tout à fait essentiel qu'un partenariat étroit s'instaure avec les chambres régionales des comptes, dans l'esprit des circulaires des 25 juin 1996 et 27 novembre 1997.

Notamment, il appartient au parquet de veiller, en application des articles L. 140-1-1 et L. 241-2-1 du code des juridictions financières, à informer scrupuleusement la Cour des comptes ou la chambre régionale des comptes compétente de toutes anomalies affectant la gestion d'une SEML, susceptibles de lui être utiles dans l'exercice de sa mission et révélées lors des audiences du tribunal de commerce ou par une plainte.

1.2. Les tribunaux de commerce, les mandataires judiciaires et les commissaires aux comptes

Les SEM étant, sous certaines réserves, soumises aux procédures collectives, la présence du parquet aux audiences du tribunal de commerce relatives à la gestion des SEML revêt une importance toute particulière.

Il convient, si nécessaire, de rappeler aux mandataires de justice désignés dans ces procédures et aux commissaires aux comptes des SEML qu'ils doivent signaler sans délai au parquet les présomptions d'infractions qu'ils ont pu relever dans l'exercice de leurs missions.

Le partenariat instauré avec les mandataires de justice par la présence du parquet au tribunal de commerce et l'organisation, dans la plupart des ressorts, de réunions de travail avec les commissaires aux comptes doivent permettre une sensibilisation de ces professionnels.

1.3. Les administrations

L'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale est le cadre légal général des signalements des administrations aux parquets ; il doit trouver à s'appliquer quant à la gestion des SEML car de nombreux services de l'Etat ont, à un titre ou à un autre, à connaître de l'activité des SEML, qu'il s'agisse des préfets, destinataires de nombreux actes de gestion des SEML, au titre du contrôle de légalité (art. L. 1524-1 et 1524-3 du CGCT) ou du contrôle financier (art. L. 1524-2 du CGCT), des trésoriers-payeurs généraux en raison des relations financières entre les collectivités actionnaires et les SEML, ou encore des services fiscaux.

Il est donc nécessaire, là encore, de rappeler à ces partenaires leurs obligations en ce domaine, et de les tenir strictement informés de la politique pénale suivie par le parquet et des suites réservées aux transmissions effectuées.

2. La mise en œuvre des poursuites

Les SEML apportent une contribution importante au développement local. Il convient donc, en cette matière comme en toute autre, de mener une politique pénale adaptée en exerçant l'action publique avec fermeté lorsque les faits commis traduisent une malhonnêteté caractérisée, un mépris des règles de droit, ou jettent le discrédit sur l'impartialité de l'administration, et en faisant preuve de discernement lorsqu'ils s'expliquent par une mauvaise interprétation de la règle de droit qui peut s'avérer complexe.

A cet égard, l'ensemble des infractions susceptibles d'être commises, qu'elles relèvent du droit pénal des affaires ou du droit pénal des atteintes à l'administration publique, peuvent recouvrir des faits de gravité inégale.

Il appartient dans ces hypothèses aux procureurs de la République de distinguer l'infraction purement formelle de l'infraction présentant une certaine gravité, en ayant présent à l'esprit le fait que certains délits sont de véritables délits-obstacles et que des infractions apparemment formelles peuvent en réalité dissimuler d'autres délits.

L'exemple du favoritisme dans la dévolution des marchés publics est à cet égard instructif : la violation d'une disposition en apparence anodine du code des marchés publics peut conduire à mettre en place des ententes ou un système népotique.

En revanche, la complexité de la réglementation applicable, par exemple en ce qui concerne la participation aux délibérations de la collectivité de l'élu mandaté au sein d'une SEM, ne peut être analysée qu'avec circonspection, ce qui ne saurait, par principe, bien évidemment, exclure des poursuites pénales.

Enfin, en cette matière technique, et dès lors que les faits apparaîtront d'une grande complexité, la saisine le plus en amont possible des juridictions spécialisées en matière économique et financière, et tout particulièrement des pôles économiques et financiers, s'impose.

Vous voudrez bien veiller à assurer un suivi régulier des principales prescriptions de cette circulaire en faisant ressortir les conditions de sa mise en œuvre, les difficultés éventuelles rencontrées et les actions les plus significatives. Ces informations feront partie du prochain rapport de politique pénale dont la demande vous parviendra selon les modalités habituelles.

Pour le garde des sceaux, ministre de la justice,
Le directeur des affaires criminelles et des grâces,
J.-C. MARIN

(1) V. ministère de la justice, "Politique criminelle et marchés publics", février 1996, et "Premier bilan d'application du délit de favoritisme dans les marchés publics et les délégations de service public", juillet 1998 - Circulaire du 4 mars 2002 relative au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics.

**13 – Circulaire du Ministre de la Justice en date du 22 février 2005
relative au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.**

Paris, le 22 février 2005
Circulaire
Date d'application : immédiate

Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice

à

- *POUR ATTRIBUTION* -

- Mesdames et Messieurs les PROCUREURS GÉNÉRAUX
près les cours d'appel
- Monsieur le REPRESENTANT NATIONAL auprès D'EUROJUST
- Mesdames et Messieurs les PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE
près les tribunaux de grande instance

- *POUR INFORMATION* -

- Mesdames et Messieurs les PREMIERS PRÉSIDENTS
des cours d'appel

- Mesdames et Messieurs les PRÉSIDENTS
des tribunaux de grande instance

-Monsieur le DIRECTEUR
de l'Ecole Nationale de la Magistrature

N° NOR : NOR JUS D05-30037C

N° Circulaire : CRIM.05-3/G3-22.02.2005

Références : 03-D-89

Mots clés : Code des marchés publics - Favoritisme - Eléments jurisprudentiels récent

Titre détaillé : Circulaire relative au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics

Textes cités : Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF - Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 - Arrêté du 27 mai 2004

Publiée : Bulletin Officiel du ministre de la justice. Intranet DACG et Web justice

Modalités de diffusion

Diffusion directe aux PROCUREURS GÉNÉRAUX, et, par l'intermédiaire de ces derniers,
aux PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE

Diffusion directe aux PREMIERS PRÉSIDENTS, et par l'intermédiaire de ces derniers,
aux MAGISTRATS DU SIÈGE

Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, publié au journal officiel du 8 janvier 2004, et modifié par le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 constitue le nouveau code des marchés publics. Ce dernier est le fruit d'une large concertation menée depuis novembre 2003 avec l'ensemble des acteurs de la commande publique.

Les dispositions du nouveau code des marchés publics sont entrées en vigueur le 10 janvier 2004 à l'exception de l'article 133, relatif à la mise en place des commissions spécialisées des marchés, entré en vigueur le 1er juin 2004.

L'ensemble de ces dispositions a fait d'une circulaire datée du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics publiée au journal officiel du 8 janvier 2004, et a récemment été actualisée par une nouvelle circulaire du 16 décembre 2004 publiée au journal officiel du 1er janvier 2005.

La précédente réforme de la commande publique en date du 7 mars 2001 n'avait pas permis d'atteindre les objectifs souhaités de simplification, de souplesse et d'efficacité de l'achat public.

Le nouveau code des marchés publics vise à remédier aux limites et imperfections du code de 2001, et révèle un véritable changement d'esprit du droit de la commande publique, qui se manifeste autour de trois principes directeurs : la simplification administrative, la libéralisation de l'achat public et la progression de la liberté contractuelle, et enfin la responsabilisation de l'acheteur public.

- La simplification administrative

En effet, cette réforme est avant tout une réforme de simplification administrative. Ainsi, pour certains marchés de services, ou pour certains marchés liés à la sécurité ou à l'intérêt de l'Etat, le parti retenu consiste à s'en tenir au seul degré de contrainte exigé par le droit communautaire.

Cette simplification concerne également les seuils des procédures formalisées qui sont relevés de manière significative (art. 28 du décret, cf. Infra I.3) ; de même, la référence obligatoire à la très controversée « nomenclature », visée à l'article 27 du code de 2001, comme seul moyen de vérifier le caractère homogène des fournitures et des services, est supprimée.

Enfin, certaines exigences administratives qui s'imposaient aux fournisseurs des acheteurs publics ont été assouplies : allègement du dossier des candidatures, assouplissement du régime et augmentation des avances.

- La libéralisation de l'achat public et la progression de la liberté contractuelle

Alors que le Conseil d'Etat avait qualifié le droit de la commande publique « d'armature passablement lourde et paralysante » (rapport public du Conseil d'Etat 2002), le code de 2004 donne la priorité au dialogue et à la négociation afin de mieux adapter les prestations aux besoins des acheteurs publics et ainsi de concourir à l'efficacité des dépenses publiques.

En effet, le nouveau code des marchés publics a libéralisé de manière considérable l'achat public, notamment par l'élévation des seuils et la faculté de mettre en oeuvre en deçà de ceux-ci « une procédure adaptée », autorisant par là même le recours à la négociation.

De même, pour les marchés les plus complexes, la procédure du dialogue compétitif permet d'introduire une phase de négociation.

- La responsabilisation de l'acheteur public

La plus grande liberté de choix offerte aux acheteurs publics pour procéder à leurs achats a pour nécessaire contrepartie leur responsabilisation.

En effet, en deçà des seuils, les personnes publiques pourront recourir, comme précédemment indiqué, à une procédure adaptée. Mais, en l'absence de définition précise, si ce n'est les éléments contenus dans le manuel d'application du code, il appartiendra aux collectivités publiques de déterminer elles-mêmes le contenu des procédures de passation à mettre en œuvre en s'appuyant sur les principes fondamentaux de la commande publique induisant un strict respect des principes de transparence et de mise en concurrence.

La définition et les peines encourues du chef de favoritisme n'ont pas été modifiées par la réforme. Ce délit reste défini, par l'article 432-14 du code pénal, comme le fait de « *procurer ou 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 services publics* ».

Dès lors, et en l'absence même de toute modification de l'incrimination, toute réforme du code des marchés publics, a fortiori dans la mesure où celle-ci procède notamment à un relèvement significatif des seuils de passation des marchés publics, est susceptible d'affecter le champ d'application de cette incrimination.

C'est la raison pour laquelle il est apparu nécessaire d'appeler votre attention sur les principales dispositions de la réforme du code des marchés publics (I) et de préciser les incidences que cette réforme est susceptible d'avoir sur la poursuite et la caractérisation du délit de favoritisme (II). La présente circulaire rappelle également les éléments jurisprudentiels les plus récents relatifs à la poursuite du délit de favoritisme (III).

Vous trouverez également en annexe une fiche constituant une typologie des principales procédures de passation des marchés publics.

I. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS DE LA REFORME DU CODE DES MARCHES PUBLICS

Le nouveau code des marchés publics réaffirme, de manière plus explicite, les principes fondamentaux gouvernant la commande publique introduits par le code de 2001 (1), tout en renforçant le principe de transparence des procédures (2). Par ailleurs, le nouveau code procède à *un relèvement significatif des seuils de passation des marchés publics (3) et modifie la composition de certaines commissions d'appel d'offres (4)*.

1- La réaffirmation des principes fondamentaux gouvernant la commande publique

L'article 1er-I du nouveau code des marchés publics réaffirme, dans la continuité du dispositif antérieur et sous réserve de quelques modifications rédactionnelles, les principes fondamentaux gouvernant la commande publique qui se sont vus reconnaître depuis lors le statut de principes généraux (CE avis, 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Pantin) et de principes constitutionnels (Cons. Const. 26 juillet 2003, n°2003-473 DC, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit), sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire (CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH).

Il s'agit de la liberté d'accès aux marchés, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures.

L'article 1er précise, et il s'agit là d'une nouveauté, que les principes susmentionnés sont applicables « *quel que soit le montant des marchés* ». D'ores et déjà, il convient de noter que cette précision permet d'énoncer clairement que même les marchés qui échappent aux procédures formalisées prévues par le code en raison de leur montant doivent respecter les principes fondamentaux gouvernant la commande publique.

Par ailleurs, l'article 1er décline désormais lesdits principes de la manière suivante : « Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code ».

2- Le principe de transparence des procédures

Certaines dispositions du nouveau code viennent renforcer la transparence qui doit être assurée tout au long de la procédure afin de garantir le jeu d'une concurrence loyale et équitable.

En effet, il résulte de l'article 40-I que « tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective » à l'exception :

- des marchés de services visés à l'article 30,
- des marchés négociés expressément dispensés de publicité par les articles 35-II et 35-III,
- des marchés au montant inférieur à 4.000 euros HT visés par l'article 28-I¹ du code.

L'acheteur public devra ainsi se soumettre à l'obligation de publicité dès 4.000 euros HT, celle-ci devant être faite par voie de publication dès le seuil de 90.000 euros HT (article 40-III du décret).

Par ailleurs, le code innove en prévoyant que les acheteurs sont tenus de publier au cours du premier trimestre de chaque année la liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires (article 138). Cet avis devrait présenter un intérêt non négligeable, par exemple pour les organes de contrôle des marchés publics, ou pour les entreprises, notamment soumissionnaires.

Les modalités d'application de l'article 138 ont été définies par un arrêté du 27 mai 2004 du ministre chargé de l'Economie². Il n'y est pas précisé quel doit être le support de la publication. La note d'orientation du ministère de l'Economie avance que, « dans un souci d'économie, la publication sur les sites internet des collectivités doit être privilégiée ».

En ce qui concerne le contenu de la liste, l'article 1er de l'arrêté du 27 mai 2004 dispose tout d'abord que les marchés seront classiquement distingués entre marchés de travaux, de fournitures et de services.

Dans un second temps, l'article 2 de l'arrêté prévoit divers modes de regroupement des marchés par tranche, en fonction de leur montant et de l'année de passation, de manière à assurer une montée en charge progressive. Ainsi, pour les marchés passés en 2004, seuls ceux supérieurs à 90.000 euros HT devront apparaître sur la liste. Le seuil est abaissé à 50.000 euros HT pour les marchés qui seront conclus en 2005, puis à 3.000 euros HT pour les marchés conclus à partir de 2007. Les marchés passés selon une procédure adaptée, dès lors qu'ils correspondent aux montants visés par cet article, n'échappent donc pas à l'obligation de publication.

Aux termes de l'article 3 de l'arrêté, l'objet et la date du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal doivent également figurer dans la liste.

Enfin, mais il ne s'agit pas là d'innovations, les dispositions relatives à l'information des candidats évincés ainsi que celles relatives à la publication de l'avis d'attribution du marché public, applicables aux seuls marchés formalisés, ont été reprises par le code de 2004 (articles 76 et 80). Il convient de préciser cependant, comme le fait le manuel d'application précité, qu'il est recommandé de prévoir également, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, ainsi que le mentionne la jurisprudence communautaire, un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la

¹ Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004, JO n° 278 du 30 novembre 2004, p. 20310

² JO n° 132 du 9 juin 2004, consultable, ainsi que la note d'orientation afférente, sur le site internet du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie

signature du marché. Néanmoins, ce délai est déterminé par l'acheteur en fonctions des caractéristiques du marché, au premier rang desquelles figure le montant.

3 - Le relèvement des seuils de passation des marchés publics

Le nouveau code des marchés publics procède à un relèvement considérable des seuils des procédures de passation des marchés publics. Le seuil des procédures formalisées, qui était de 90 000 euros HT avant la réforme, est ainsi relevé :

- s'agissant des marchés de fournitures et de services, à 150 000 euros HT pour l'Etat et à 230 000 euros HT pour les collectivités locales ;
- s'agissant des marchés de travaux (de l'Etat ou des collectivités locales), à 230 000 euros HT.

Les marchés en dessous des seuils sont définis par le code comme étant des marchés conclus selon une procédure adaptée (article 28-I du décret). Ils constituent les « marchés sans formalités préalables » mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF. Compte tenu de leur qualification de marchés sans formalités préalables par référence explicite à la loi précitée, ces marchés ne sont donc pas soumis à l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité.

Vous trouverez ci-dessous un tableau comparatif du relèvement des seuils de passation des marchés publics permettant de déterminer quelles sont désormais les procédures de passation applicables.

Procédure applicable	Ancien code des marchés publics (décret du 7 mars 2001)	Nouveau code des marchés publics (décret du 7 janvier 2004)
<p>Marchés sans formalités préalables (par référence aux articles 9, 10, 11 de la loi du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF) « passés selon la procédure adaptée » (article 28-I)</p>	<p>- 90 000 euros HT</p> <p>- s'agissant des denrées alimentaires, 130000 euros pour l'Etat et 200 000 euros pour les collectivités locales</p>	<p>a) <u>pour les fournitures et les services</u> : jusqu'à 150 000 euros HT pour l'Etat et 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales.</p> <p>b) <u>pour les travaux</u> : jusqu'à 230.000 euros HT</p> <p>* introduction au sein de la catégorie des marchés dits « des marchés passés selon une procédure adaptée »</p> <p>- d'un seuil de 90 000 euros HT à partir duquel la publicité préalable dans la presse écrite est obligatoire (article 40-III et IV) ;</p> <p><u>pour les marchés d'au moins 4 000 euros HT et de moins de 90 000 euros HT</u>, les modalités de publicité doivent être adaptées au montant et à l'objet du marché afin de permettre une mise en concurrence effective (article 40 -II),</p> <p>- d'un seuil de <u>4.000 euros HT</u> en deçà duquel les marchés de travaux, de fournitures et de services peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 28-I).</p>
<p>Procédure de mise en concurrence simplifiée</p>	<p>- pour l'Etat, entre 90 000 euros HT et 130 000 euros</p> <p>- pour les collectivités locales, entre 90 000 euros HT et 200 000 euros</p>	<p>abrogée</p>
<p>Libre choix entre la procédure d'appel d'offres, celle du marché négocié avec mise en concurrence et publicité et celle du dialogue compétitif</p>	<p>Procédure inexistante</p>	<p><u>pour les travaux</u> : entre 230 000 euros et 5,9 millions d'euros.</p>
<p>Procédure d'appel d'offres</p>	<p>- pour l'Etat, au-delà de 130 000 euros HT</p> <p>- pour les collectivités locales, au-delà de 200 000 euros HT</p>	<p>a) <u>pour les fournitures et les services</u> : au-delà de 150 000 euros HT pour l'Etat et au-delà de 230 000 euros HT pour les collectivités locales</p> <p>b) <u>pour les travaux</u> : au-delà de 5,9 millions d'euros HT</p>

4 - La modification de la composition des commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des jurys de concours

Dans sa version antérieure, le code des marchés publics prévoyait la convocation obligatoire du représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et du comptable public aux commissions d'appels d'offres de l'Etat et de ses établissements publics, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, ainsi qu'aux jurys de concours.

Les articles 22 et 25 du nouveau code modifient notablement la composition de la plupart de ces organes délibérants puisque la convocation des membres précités à ces commissions et jurys de concours sera désormais facultative et laissée à la libre appréciation du président de la commission d'appel d'offres, qui, seul, dispose du pouvoir de les y inviter.

Seule la composition des commissions d'appel d'offres de l'Etat et de ses établissements publics demeure inchangée (article 21 du décret) ; « *un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est membre de la commission avec voix consultative* ».

En toute hypothèse, quel que soit leur mode de convocation, obligatoire ou facultatif, les agents de la DGCCRF exercent au sein de ces commissions, les mêmes pouvoirs consultatifs que dans le passé.

II. INCIDENCES DE LA REFORME SUR LA POURSUITE ET LA CARACTÉRISATION DU DÉLIT DE FAVORITISME

Avant d'analyser les incidences de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme (2), il convient de préciser que l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite du délit de favoritisme (1).

1) L'absence d'incidence de l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics sur les poursuites du chef de favoritisme

A titre liminaire, il convient de préciser que le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 janvier 2004 précité est de nature à supprimer toute difficulté d'application dans le temps du code des marchés publics et a pour vocation d'éviter un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation (a).

Par ailleurs, l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics ne devrait avoir aucune incidence sur les poursuites en cours (ou susceptibles d'être engagées) du chef de favoritisme alors même que les faits susceptibles de revêtir cette qualification, commis antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics et caractérisés par la violation d'une disposition de l'ancien code des marchés publics, ne le seraient plus sous l'empire du nouveau code (b).

a- Le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 janvier 2004

Comme indiqué précédemment, le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 est entré en vigueur le 10 janvier 2004, à l'exception de son article 133 relatif à la mise en place des commissions spécialisées des marchés.

La modification significative des règles de passation des marchés publics par suite, notamment, de l'élévation des seuils, a rendu nécessaire, à l'instar du dispositif inséré dans le décret du 7 mars 2001, la mise en place d'un régime transitoire de maintien en vigueur des dispositions de l'ancien code des marchés publics au-delà du 10 janvier 2004.

Ce régime de droit transitoire permet aux acheteurs publics de ne pas avoir à subir les conséquences d'un changement brutal de règles sur les marchés en cours de passation et de déterminer facilement le droit applicable à tel marché public tant pour sa procédure de passation que pour son exécution.

Ainsi, selon l'article 4-I du décret, les marchés notifiés antérieurement au 10 janvier 2004 demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions du code des marchés publics dans leur rédaction antérieure.

De même, aux termes du II de ce même article, les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement au 10 janvier 2004 demeurent régis pour leur passation par les dispositions de l'ancien code des marchés publics.

Le manuel d'application du code des marchés publics précité expose dans un avertissement ces dispositions en distinguant trois hypothèses déterminant précisément le droit applicable tant pour la passation que l'exécution des marchés publics.

Il vous appartiendra de vous reporter à ce dispositif afin de déterminer quel était le droit applicable à tel marché.

b- L'absence d'incidence de la réforme sur les poursuites du chef de favoritisme

En l'absence de toute jurisprudence de la Cour de cassation, le problème juridique de l'incidence de l'entrée en vigueur du code des marchés publics de 2001 sur les poursuites en cours du chef de favoritisme était un moyen couramment soulevé par les parties. Il était parfois accueilli par des juridictions du fond qui, sur le fondement du principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale, prononçaient des relaxes de ce chef, notamment dans l'hypothèse où les formalités protectrices de l'égalité des candidats exigées par l'ancien code des marchés publics ne l'étaient plus sous l'empire du nouveau.

J'appelle donc spécialement votre attention sur un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 janvier 2004 (n° de pourvoi 02-86597, Bull. crim. 2004 n°23 p.103), dans lequel cette dernière a jugé que l'entrée en vigueur du code de 2001 n'avait aucune incidence sur les poursuites en cours du chef de favoritisme.

Il s'agissait en l'espèce d'un fractionnement illicite de commandes pour un montant supérieur à 300 000 francs TTC (ancien seuil de l'appel d'offres) mais inférieur à 90 000 euros hors taxes (nouveau seuil fixé par le code de 2001) commis antérieurement à l'entrée en vigueur du code de 2001. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait écarté l'application de l'article 28 du décret du 7 mars 2001 ayant relevé le seuil au-delà duquel la procédure d'appel d'offres est obligatoire, dès lors « d'une part, que les faits ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, et d'autre part, que les dispositions législatives, support légal de l'incrimination, n'ont pas été modifiées ».

Cette solution a été fermement confirmée par deux arrêts du 7 avril 2004 (n° de pourvoi 03-85698 et 03-84191, Bull. crim. 2004 n°93 p.354) sous le visa des articles 112-1 et 432-14 du code pénal.

Il va de soi que la motivation de la Cour de cassation est transposable, au-delà du cas d'espèce, à toute situation de favoritisme.

Ainsi, et en l'absence de modification de la définition du délit de favoritisme, la réforme de 2004 ne devrait pas avoir d'incidence, au plan strictement juridique, sur les poursuites en cours ou susceptibles d'être engagées pour des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. De ce fait, elle ne fait naître aucune discontinuité dans l'application de la norme pénale dans le temps. Des décisions de classement sans suite ou des réquisitions de non-lieu ne sauraient donc être motivées par une application erronée du principe de rétroactivité *in mitius*.

2- L'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme

Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, toute violation du code des marchés publics, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (sous réserve que la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction soit rapportée).

Dès lors, et comme cela était indiqué dans la circulaire précitée du 4 mars 2002, le recours injustifié à la procédure du marché passé selon une procédure adaptée par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs pourra, comme par le passé, être poursuivi pénalement (Cass. crim. 30 juin 1999, Bull. crim. n°4460). Il en ira de même de la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mises en concurrence.

Par ailleurs, si le nouveau code des marchés publics a entendu soumettre les marchés passés selon une procédure adaptée aux principes généraux gouvernant la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence), il n'en a pas moins précisé que les obligations découlant de ces principes devaient être mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code.

A cet égard, j'appelle votre attention sur les articles suivants du nouveau code des marchés publics, relatifs aux marchés passés selon une procédure adaptée :

- l'article 28-I du décret du 7 janvier 2004 énonce que lorsque les marchés sont passés selon la « procédure adaptée », la personne responsable du marché détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques ;

- l'article 28-I alinéa 3 issu du décret du 26 novembre 2004 dispense de publicité et de mise en concurrence les marchés de moins de 4.000 euros HT ;

- l'article 40-II du décret modifié par le décret du 26 novembre 2004 dispose que « la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant des travaux, des fournitures ou des services en cause » pour les marchés d'un montant d'au moins 4.000 euros HT et inférieur à 90.000 euros HT.

En conséquence, il vous appartient au cas par cas de rechercher l'existence d'un éventuel favoritisme au regard des articles ci-dessus mentionnés.

Dans ce cadre, il est nécessaire d'apprécier non pas la violation d'obligations formelles et précisément définies par le code des marchés publics mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixé. Une certaine prudence s'impose afin de se conformer à l'esprit du nouveau code des marchés publics, qui a souhaité privilégier la négociation et l'adaptation de l'offre à la demande dans le respect des principes de la commande publique.

Concernant les marchés de moins de 4.000 euros HT, la mise en oeuvre de l'action publique pourra certes résulter de la violation des obligations réglementaires de définition préalable des besoins et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse visées à l'article 1er du code des marchés publics. La plus grande prudence s'imposera toutefois, l'acheteur public étant dispensé de publicité et de mise en concurrence.

En tout état de cause, vous pourrez vous référer avec profit au manuel d'application du code des marchés publics qui contient un certain nombre d'indications à l'attention des acheteurs publics sur la conduite à tenir quant aux respects des principes fondamentaux de la commande publique en deçà des seuils.

Ces indications, si elles ne sauraient lier le juge pénal, en raison du principe d'autonomie de ce dernier, me semblent néanmoins de nature à permettre de tracer les contours que pourrait revêtir l'élément matériel du délit de favoritisme dans cette hypothèse.

Selon le manuel précité, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée pour lesquels le code n'impose aucune règle :

- la publicité ne signifie pas systématiquement publication: pour les marchés d'un faible montant d'au moins 4.000 euros HT, l'on doit considérer que la concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant ;

- en dehors de l'hypothèse précédente, l'acheteur public devra mettre en oeuvre des mesures de publicité adaptées et suffisantes. Parmi les supports écrits préconisés figurent la presse écrite, l'affichage. L'internet (site de l'acheteur ou tout autre site ou portail) ou tout moyen audiovisuel sont aussi évoqués dès lors que l'information diffusée est suffisamment complète et de nature à atteindre les candidats potentiels aux marchés ;

- l'acheteur « veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer ». Par conséquent, une publicité adaptée mais qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être regardée comme contraire aux principes de transparence et de mise en concurrence effective et annulée par la juridiction administrative ;

- l'acheteur public devra conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder aux choix de l'attributaire.

Ainsi, et toujours sous réserve de l'interprétation souveraine de la jurisprudence, il pourrait par exemple être admis que la passation d'un marché passé selon la procédure adaptée aura respecté les principes généraux gouvernant la commande publique dès lors que les moyens de publicité utilisés auront, d'une part, réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et, d'autre part, abouti à la diversité d'une offre suffisante garantissant une mise en concurrence effective.

Enfin, en l'absence de jurisprudence sur ce point, la violation par l'acheteur public des règles qu'il se serait fixé ne saurait en elle-même être constitutive de favoritisme, l'article 432-14 du code pénal ne visant que la violation de dispositions législatives ou réglementaires. Toutefois, cette violation constituera un indice de nature à asseoir d'éventuelles poursuites, préalablement au contrôle de l'adaptation de la procédure à l'objet et aux caractéristiques du marché.

III. ÉLÉMENTS JURISPRUDENTIELS RELATIFS A LA POURSUITE DU DELIT DE FAVORITISME

Les points jurisprudentiels suivants de nature à faciliter l'exercice des poursuites du chef de favoritisme méritent d'être signalés.

En premier lieu, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 14 janvier 2004 (n° de pourvoi 03-83396, Bull. crim. n° 11 p. 37), défini très clairement l'élément intentionnel du délit comme étant caractérisé « par l'accomplissement en connaissance de cause, d'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 ».

En second lieu, la Cour de cassation³ admet la recevabilité d'une constitution de partie civile d'un syndicat intercommunal du chef de favoritisme (l'infraction de favoritisme reprochée aux dirigeants d'une société d'économie mixte, délégataire du syndicat, étant de nature à entraîner un surcoût des frais engagés par ce syndicat et pouvant de ce fait lui causer un préjudice direct).

En revanche, en ce qui concerne les candidats évincés, il était majoritairement admis en doctrine qu'ils ne pouvaient se constituer partie civile, leur préjudice apparaissant hypothétique.

La Cour de cassation a néanmoins, dans l'arrêt du 28 janvier 2004 précité (II-b), approuvé une cour d'appel d'avoir reçu la constitution de partie civile d'une société évincée au motif que l'attribution irrégulière desdits marchés avait eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'être déclarée attributaire. La recevabilité de la constitution de partie civile est toutefois subordonnée à la condition que l'activité de la société évincée entre bien dans l'objet des marchés et qu'elle dispose du personnel et du matériel adaptés.

S'agissant du contrôle des marchés publics, j'appelle votre attention sur le fait que les circulaires relatives aux relations entre les juridictions financières et les juridictions judiciaires, ainsi que celle relative à la réforme du code des marchés publics de 2001 en date du 4 mars 2002, conservent toute leur pertinence. Par ailleurs, dans la limite de vos compétences, vous vous assurerez que les juridictions spécialisées en matière économique et financière, et le cas échéant les juridictions inter-régionales, depuis le 1er octobre 2004⁴, soient saisies le plus en amont possible des dossiers relatifs à des faits de favoritisme d'une grande ou d'une très grande complexité, conformément aux articles 21, 22 et 24 de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (articles 704, 705-1, 705-2, 706 et 706-1 du code de procédure pénale).

Vous voudrez bien veiller à assurer un suivi régulier des principales prescriptions de cette circulaire en faisant ressortir les conditions de sa mise en oeuvre et les difficultés éventuellement rencontrées.

Pour le Garde des Sceaux,
ministre de la Justice

Le Directeur des Affaires Criminelles
et des Grâces
Jean-Marie HUET

³ Cass. crim 8 juin 1999, Bull. Crim n° 98.

⁴ Décret n° 2004-984 du 19 septembre 2004 fixant la liste et au ressort des tribunaux spécialisés et des juridictions inter-régionales spécialisées ; dépêche du 22 septembre 2004 ; circulaires du 2 septembre 2004 JUS D04-30 177C et JUS D04-30 175 C relatives à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 (consultables sur le site intranet de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces).

ANNEXE

Principales procédures de passation de marchés et modifications apportées par le nouveau code des marchés publics

1 – La procédure adaptée (article 28)

Les marchés passés selon une procédure adaptée sont, aux termes du nouveau code, des marchés passés selon les modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. Ils constituent les "marchés sans formalités préalables" mentionnés dans la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001.

Ces marchés sont de fait les successeurs des marchés sans formalités préalables prévus par le code de 2001. Ils sont dispensés de l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité.

La procédure adaptée est applicable aux marchés de fournitures et de services inférieurs à 150 000 euros HT pour l'Etat et à 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux inférieurs à 230 000 euros HT.

A - Le code fixe des modalités particulières de publicité pour les marchés d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, ne laissant à l'appréciation de la personne publique que celles qui seraient utiles pour atteindre les objectifs mentionnés à l'article 1er (article 40-III et IV).

B - Les marchés d'une valeur d'au moins 4000 euros HT et inférieure à 90 000 euros HT doivent être passés selon une procédure de publicité et de mise en concurrence adaptée (article 40-I), c'est-à-dire une publicité adaptée au montant et à la nature des prestations en cause. Il appartient donc à la personne publique de choisir entre les différents modes de publicité possibles, sur l'utilisation desquels il convient de rappeler que le manuel d'application du code fournit des indications précises (publication dans la presse, internet, affichage, consultation directe des candidats potentiels).

S'agissant de la mise en concurrence, le code est beaucoup moins précis si ce n'est qu'il attend des acheteurs qu'ils en déterminent eux-mêmes les modalités en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. Ces modalités pourront ainsi varier d'une personne publique à une autre et d'une commande à une autre.

C - Les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à 4000 euros HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

2 - L'appel d'offres (article 26, 57 et 64)

Cette procédure a vocation à s'appliquer :

- pour les marchés de fournitures ou de services dont le montant est supérieur à 150 000 euros HT pour l'Etat, et au-delà de 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales ;
- pour les travaux de manière facultative, la personne publique ayant le choix avec la procédure négociée ou encore la procédure de dialogue compétitif, entre de 230 000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT ;
- pour les marchés de travaux dont le montant est supérieurs à 5,9 millions d'euros HT.

S'agissant de la procédure de droit commun, il peut également y être recouru en dessous des seuils (article 26).

Comme par le passé, l'appel d'offres peut être ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, ou restreint lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont été autorisés après sélection.

Elle demeure caractérisée par le principe d'intangibilité des offres et la prohibition de toute négociation avec les candidats.

Les dispositions nouveau code relatives au déroulement de cette procédure ne revêtent qu'une portée limitée. Elles se bornent à réduire le délai minimal de réception des offres et des candidatures (art.57-II, 60-II et 62-II).

3 - La procédure de marchés négociés (articles 34, 35, 65 et 66)

La procédure négociée ouvre la possibilité à la personne publique de négocier directement avec les candidats afin de rechercher l'offre économiquement la plus intéressante.

A la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une marge de manœuvre importante.

En effet, elle peut, de plein droit dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats, cette négociation ayant pour objet et pouvant légitimement les conduire à adapter leurs offres.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été indiquées dans le cahier des charges, sous peine de porter atteinte aux conditions de la mise en concurrence.

Il s'agit là d'une procédure dérogatoire qui n'est utilisable que dans les cas limitativement énumérés pour l'essentiel à l'article 35 du décret.

Il existe trois catégories de marchés négociés :

- les marchés négociés passés après publicité préalable et mise en concurrence (article 35-I) ;
- les marchés négociés passés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence (article 35-II) ;
- les marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence (article 35-III).

La modification principale apportée par le nouveau code est relative au lancement de la procédure négociée pour les marchés des collectivités territoriales, puisque l'ancienne disposition V de l'article 35, en vertu de laquelle la procédure négociée ne pouvait être engagée qu'après avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, a été supprimée. L'intervention de la commission d'appel d'offres a en effet été déplacée au stade de l'attribution du marché, comme le prévoit l'article 66 du code.

4 - La procédure "allégée" de passation applicable aux marchés de services visés à l'article 30 du décret

Les services visés à l'article 30 du décret correspondent à ceux de la directive communautaire services n° 92/50 mais sont définis, à la différence du décret de 2001, de manière négative, c'est-à-dire que ces services recouvrent, conformément à la méthode utilisée par le droit communautaire, ceux qui ne sont pas visés à l'article 29 du nouveau code qui énumère précisément les marchés de services soumis aux procédures formalisées.

Ces services visés par l'ancien code recouvrent pour l'essentiel les services juridiques, les services sociaux et sanitaires, les services récréatifs, culturels et sportifs et les services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelle.

Pour ces marchés, le code n'impose que deux obligations :

- la définition des prestations par référence à des normes homologuées lorsqu'elles existent ;
- l'envoi d'un avis d'attribution pour les marchés d'un montant supérieur à 230 000 euros HT.

Si les marchés de l'article 30 sont déclarés soumis aux seules règles prévues par le titre I du code et donc aux principes fondamentaux de l'article 1er, il semble qu'ils ne relèvent véritablement d'aucune procédure prévue par le code, y compris la procédure adaptée.

5 - La procédure de dialogue compétitif (article 24, 36 et 67)

La procédure de dialogue compétitif se substitue à celle de l'appel d'offres sur performance.

Aux termes de l'article 36 du décret, la personne publique peut recourir au dialogue compétitif dans deux cas distincts :

- lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transports intégrées ou la réalisation d'importants projets ou réseaux informatiques.

Par ailleurs et s'agissant des marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT (seuil de l'appel d'offres), la personne publique pourra librement recourir au dialogue compétitif sans avoir à justifier de l'un des deux cas de recours de droit commun.

D'une manière générale, le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion de marchés complexes et constitue une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre les opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques de négocier avec chaque candidat tous les aspects du marché.

Cette procédure débute par un avis d'appel public à la concurrence. Dans la sélection des candidatures, le dialogue s'ouvre à partir d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini par l'acheteur.

Ce dialogue peut se dérouler en autant de phases successives que nécessaire à l'acheteur pour définir son besoin. A l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter des propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin.

Tout au long de la phase de dialogue, la personne responsable du marché ne peut élaborer le cahier des charges en combinant les différents éléments proposés par différents candidats, sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier les propositions successives issues du dialogue.

Le cahier des charges est arrêté après la phase de dialogue. Les offres sont alors déposées et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse s'effectue selon les modalités classiques de la procédure d'appel d'offres.