



**MISSION INTERMINISTÉRIELLE D'ENQUÊTE SUR LES MARCHÉS
ET LES CONVENTIONS DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC**

**DOUZIÈME RAPPORT D'ACTIVITÉ
ANNÉE 2004**

MISSION INTERMINISTÉRIELLE D'ENQUÊTE SUR LES MARCHÉS
ET LES CONVENTIONS DE DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

[loi 91-3 du 3 janvier 1991]

bâtiment Condorcet - Télédéc 321 - 6 rue Louise Weiss - 75703 Paris cedex 13
Téléphone : 01.44.97.27.05 - Télécopie : 01.44.97.06.87
Internet : www.minefi.gouv.fr/mission_marches
Courriel : miem@finances.gouv.fr

*Rapport au Premier ministre,
au Garde des sceaux, Ministre de la justice,
au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.*

Le présent rapport, qui est le douzième depuis la création de la Mission, par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, modifiée par les lois n° 93-122 du 29 janvier 1993 et n° 95-127 du 8 février 1995, porte sur l'activité de l'année 2004.

Il a été établi en application des dispositions de l'article 124 du code des marchés publics, aux termes duquel « le chef de la 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 ».

Depuis le mois d'avril 2003, aucune demande d'enquête n'a été adressée à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés. Cette réticence des autorités habilitées à saisir la MIEM (Cour des comptes, ministres et préfets) s'explique notamment par le fait que le risque pénal encouru par les acheteurs publics, élus et fonctionnaires est jugé disproportionné par rapport aux irrégularités constatées, qui peuvent paraître formelles, même si la jurisprudence exige d'établir le caractère intentionnel du délit. Dans ce contexte, la Mission a toujours cherché à apprécier l'élément intentionnel à travers une analyse, parfois complexe, des circonstances de fait et de l'expérience réelle des acheteurs publics mis en cause.

Compte tenu du niveau d'activité de la MIEM (qui consiste désormais à donner des avis aux autorités administratives et judiciaires qui la sollicitent), deux solutions paraissent envisageables en ce qui concerne l'avenir de cette structure :

1 – donner à la MIEM un rôle de conseil auprès des acheteurs publics : cette suggestion, reprenant une idée exposée dans le précédent rapport d'activité, paraît difficilement compatible avec le maintien d'une fonction répressive ; par ailleurs, il s'avère que la fonction de conseil aux acheteurs publics est déjà assurée par un certain nombre d'organismes ;

2 – laisser à la MIEM ses pouvoirs d'enquête en la faisant travailler au profit et sous le contrôle de l'autorité judiciaire : cette solution offrirait à l'institution judiciaire la possibilité de recourir à un organisme qui a prouvé, en toute indépendance, son expertise et a toujours su prendre en compte la complexité de la commande publique ; la MIEM porte en effet des jugements objectifs et mesurés, comme en témoigne le fait qu'au cours des cinq dernières années la moitié des rapports d'enquête n'ont pas été transmis au procureur de la République, la Mission ayant estimé que les irrégularités signalées par les autorités de saisine traduisaient des dysfonctionnements relevant plutôt de la sanction administrative.

*Michel RADENAC,
administrateur civil,
chef de la Mission par intérim*

La Mission en chiffres

[année 2004]

Membres de la Mission :

- permanents : 5 [y compris le chef de la Mission]
- non permanents : 8 [à compter d'avril 2004]

Nombre d'affaires traitées :

- enquêtes achevées : 9 [dont 5 transmissions aux parquets]
- avis donnés : 11

VOL. I : Cas pratiques (année 2004)
[sélectionnés selon l'intérêt de l'affaire]
(page 11)

VOL. II : Etat comparatif des enquêtes et des avis
(page 31)

VOL. III : Jurisprudence et doctrine
(page 45)

- I – Jurisprudence de la Cour de Cassation*
- II – Bibliographie relative au délit de favoritisme et à la Mission*

Liste des membres de la MIEM
(page 83)

Annexes

[13 documents joints au rapport d'activité]

VOLUME I

Cas pratiques (année 2004)
[sélectionnés selon l'intérêt de l'affaire]

Sommaire du volume I

	<i>pages</i>
Cas n° 1 : Attribution de lots identiques à plusieurs fournisseurs	15
Cas n° 2 : Délégation de service public attribuée de manière irrégulière	16
Cas n° 3 : Délit non prescrit du fait d'une dissimulation	17
Cas n° 4 : Inégalité de traitement en procédure négociée	18
Cas n° 5 : Dévolution irrégulière de commandes à différents fournisseurs	19
Cas n° 6 : Dépenses supplémentaires dues à une détermination insuffisante des besoins de la collectivité	20
Cas n° 7 : Marchés passés avec une société d'économie mixte	21
Cas n° 8 : Applicabilité du délit aux « <i>marchés sans formalités préalables</i> » du code de mars 2001	23
Cas n° 9 : Application du délit aux Chambres de commerce et d'industrie	24
Cas n°10 : Utilisation abusive de la nomenclature	25
Cas n°11 : Subventions à des associations	26

Cas n° 1 : Attribution de lots identiques à plusieurs fournisseurs

Référence : S1199-S1800 - Rapport déposé le 6 décembre 2004

Origine de la saisine : Cour des comptes [art. 2 loi 3.1.91]

Communication au parquet : oui

Objet : Des lots identiques ont été attribués simultanément à plusieurs fournisseurs par un syndicat intercommunal dans le but de permettre à chaque commune adhérente de choisir la marque et le type de matériel qu'elle préférerait. Ces actes sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission a été saisie d'une demande d'enquête relative aux marchés de fournitures passés par un syndicat intercommunal pour le compte de ses adhérents. En sa double qualité d'établissement public et de mandataire des communes, le syndicat devait respecter les procédures du code des marchés. Il s'en est dispensé afin que chaque commune puisse obtenir les fournitures qu'elle désirait, ce qui constitue le délit de favoritisme. Si les communes souhaitent choisir leurs matériels, elles doivent passer elles-mêmes leurs marchés au lieu de recourir à un syndicat.

En premier lieu, l'absence totale de publicité pour des achats d'un montant annuel supérieur à 300.000 F TTC par fournisseur contrevenait à l'article 38-I du code des marchés alors applicable (décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992), aux termes duquel « *les marchés publics sont précédés d'un avis d'appel public à la concurrence sous réserve des exceptions prévues à l'article 104* ». Par ailleurs, l'absence d'appel d'offres pour des marchés d'un montant supérieur à 700.000 F TTC contrevenait à l'article 279 du code qui imposait, par le biais d'une adjudication ou d'un appel d'offres, des formalités de publicité et de mise en concurrence qui auraient permis à d'autres candidats d'avoir accès à ces marchés.

Pour un marché ultérieur passé sous forme d'un appel d'offres ouvert, la commission d'appel d'offres a attribué le même lot simultanément à 12 candidats. Il résulte de l'article 274 du code des marchés, aux termes duquel "*les travaux, fournitures ou services sont répartis en lots pouvant donner lieu chacun à un marché distinct*", et de l'article 297 stipulant que la commission "*choisit librement l'offre qu'elle juge la plus intéressante*", qu'il faut retenir un seul candidat par lot. En admettant même que ces offres aient été équivalentes, la commission devait, en application des articles 47 et 297 bis du code, "*départager les candidats*" en respectant une "*égalité de traitement*". En ne retenant pas "*l'offre la plus intéressante*", au motif que "*les municipalités sont les seuls décideurs du choix du matériel*", le syndicat a délibérément favorisé les candidats les moins performants qui auraient dû être éliminés.

Enfin, en subdivisant un lot relatif à un matériel précis en cinq « *lots financiers* » identiques, le syndicat a contrevenu au code des marchés publics. Cette irrégularité a permis d'attribuer le même produit à cinq candidats au lieu de retenir l'offre la plus intéressante, comme l'exigeaient les articles 47 et 297. L'article 274, invoqué à tort, permettait certes de découper un marché en lots, à condition qu'ils aient chacun un objet défini et distinct, conformément à l'article 38 bis qui spécifiait que « *les avis d'appel public à la concurrence mentionnent ... le nombre et la consistance des lots et les modalités de leur attribution* ».

Cas n° 2 : Elaboration d'un cahier des charges incomplet et validation irrégulière d'une offre non conforme visant à favoriser le titulaire en place d'une convention de délégation de service public

Référence : S101 - Rapport déposé le 18 mars 2004

Origine de la saisine : préfectorale [art. 2 loi 3.1.91]

Communication au parquet : oui

Objet : L'élaboration d'un cahier des charges ne reprenant pas certaines informations déterminantes (études réalisées par le titulaire en place, précisions sur les dépenses réelles devant être supportées par le nouveau délégataire) a pu conduire les candidats autres que le délégataire sortant à élaborer leur offre sur des bases substantiellement incomplètes ou erronées. Ces faits constituent le délit prévu par l'article 432-14 du code pénal.

Sur saisine préfectorale, la Mission a eu à s'intéresser aux conditions d'attribution d'une convention de délégation au titulaire déjà en place. L'étude du dossier de consultation remis aux entreprises a mis en exergue les points suivants :

- Il n'a pas été fourni d'informations relatives à l'état du réseau de distribution, ni de plans complets des installations de la chaufferie existante.
- le dossier ne contient aucun descriptif des travaux supportés financièrement par le délégant et exécutés antérieurement à la désignation du nouveau délégataire.
- le dossier ne reprend pas les résultats de plusieurs études préalables : étude topographique, étude géotechnique, étude de maîtrise d'œuvre et étude d'impact.

Les études préalables communiquées à la mission d'enquête contiennent des informations utiles à la compréhension du dossier et à son chiffrage. La conséquence de cette omission est que seul l'ancien délégataire, également candidat, en connaissait le contenu et les incidences financières à intégrer dans l'offre.

Il ressort également du rapport d'examen des offres qu'aucune des sociétés consultées n'a pris en compte l'intégralité des contraintes imposées par le cahier des charges de la consultation. Après examen des dossiers, la commission de délégation de service public a proposé de poursuivre les négociations avec seulement deux entreprises. La Mission estime que les négociations auraient dû être conduites avec les quatre candidats dès lors qu'aucun d'entre eux ne répondait à l'ensemble des prescriptions du cahier des charges. Finalement l'offre retenue, celle du titulaire en place, ne répond pas à une prescription essentielle du cahier des charges, à savoir l'interdiction de traitement chimique pour les rejets atmosphériques.

Cette attribution constitue le délit de favoritisme, dans la mesure où elle contrevient à l'article L.1411-1 du code général des collectivités territoriales, aux termes duquel « la collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ». Ces faits sont constitutifs du délit de favoritisme.

Cas n° 3 : Délit non prescrit par suite de dissimulations

Référence : S701 - Rapport déposé le 21 décembre 2004

Origine de la saisine : ministérielle [art. 2 loi 3.1.91]

Communication au parquet : oui

Objet : L'un des candidats a pu déposer une seconde offre qui a été retenue grâce à un rapport d'analyse occultant les irrégularités de cette candidature. En outre, de nombreuses pièces du dossier n'ont pas été transmises à l'autorité de tutelle. Ces faits, constitutifs du délit de favoritisme, n'ont pas été atteints par la prescription.

La Mission interministérielle d'enquête a été saisie en 2001 d'un marché de travaux caractérisé par de nombreuses irrégularités : acceptation par la commission d'appel d'offres d'une candidature non conforme au dossier de consultation ; diminution de 500.000 F du montant de cette offre moyennant la correction de "quelques erreurs de prestations" sur lesquelles aucune explication n'a été exigée par la commission ; négociation ayant "remis en cause les conditions de l'appel à la concurrence" par une réduction substantielle des prestations ; octroi au titulaire du marché d'avantages financiers non prévus à l'origine ; signature d'un avenant destiné à renforcer les fondations, alors que l'organisme savait, quatre mois avant la conclusion du marché, que celles-ci étaient insuffisantes.

Ces manquements caractérisés aux dispositions de l'article 300 du code des marchés publics alors applicable (décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992) sont constitutifs du délit de favoritisme.

Les faits n'ont pu être prescrits car les irrégularités du marché ont été dissimulées : le rapport d'analyse des offres et le procès-verbal de la CAO ont occulté, pour le candidat choisi, l'absence de devis détaillé ainsi que la présence de dérogations significatives au dossier de consultation ; des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle n'ont pas été transmises à la tutelle, notamment le CCAP initial, l'offre dérogatoire du titulaire ainsi que le devis détaillé établi après la signature du marché ; l'avenant a été motivé par de fausses déclarations relatives à une « analyse de la consistance des terres observées dès l'ouverture des fouilles » et le rapport de présentation n'indiquait pas que l'étude de sol invoquée était antérieure à la signature du marché. La Cour de cassation estime que la prescription ne court "lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, qu'à partir du moment où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites". La haute juridiction a en outre confirmé le 1^{er} décembre 2004 que les actes d'enquête de la MIEM sont interruptifs de prescription.

L'entreprise attributaire du marché a profité en connaissance de cause de ces avantages, compte tenu de la présentation d'une offre initiale non conforme, de sa participation active à une mise au point abusive tant par sa nature que par sa durée, de la signature d'un acte d'engagement irrégulier ainsi que d'un avenant négocié deux mois avant la conclusion du marché principal et justifié par des faits inexacts. Elle serait donc susceptible d'avoir commis le délit de recel de favoritisme.

Cas n° 4 : Inégalités de traitement en procédure négociée dans le but de favoriser une entreprise déterminée

Référence : S901-S102 - Rapport déposé le 20 septembre 2004

Origine de la saisine : préfectorale [art. 2 loi 3.1.91]

Communication au parquet : oui

Objet : Après fixation d'une estimation très basse qui a conduit à l'infructuosité de l'appel d'offres, le maître d'œuvre a traité inégalement les entreprises candidates au marché négocié qui suivra. Les sociétés n'auront pas toutes eu connaissance de la variante sur laquelle portera exclusivement la négociation finale, les offres définitives et le rapport à la commission étant « organisés » pour donner une apparence d'objectivité au choix de la société favorisée. Ces actes sont constitutifs du délit de favoritisme.

La MIEM a été saisie d'une demande d'enquête sur les conditions de régularité dans lesquelles a été passé par une commune un marché de travaux relatif à la construction d'un espace culturel. Ce marché a permis de constater les irrégularités qui suivent.

1 - En effectuant, en connaissance de cause, une estimation objectivement très basse du montant de l'opération, le maître d'œuvre a conduit la commission à rendre l'appel d'offres infructueux et a écarté cette procédure contraignante au profit de la procédure négociée.

2 - Des contacts et des négociations avec certaines entreprises ont été menés préalablement à la date fixée pour la négociation.

3 - Lors de la procédure négociée, le maître d'œuvre a communiqué aux entreprises candidates un dossier de consultation ne comprenant pas la variante économique qui avait cependant déjà été établie par ses soins. La variante allait pourtant constituer l'objet même de la négociation puis du marché. Si certaines sociétés avaient été mises au courant avant la remise des propositions, d'autres ne l'ont été qu'après.

4 - Les offres de deux sociétés ont été éliminées alors que chaque grief qui leur était fait pouvait tout aussi bien être fait à l'encontre de l'une des sociétés admises à négocier, ce qui induit une inégalité de traitement entre les candidates.

Ces faits, contraires à l'article 47 du code des marchés publics, qui exige une égalité de traitement entre les candidats, sont constitutifs du délit de favoritisme. Le candidat favorisé est également susceptible de se voir reprocher le délit de recel de favoritisme.

Remarque – Le maître d'œuvre a participé à l'entente délictueuse des deux entreprises admises à la négociation finale puis a masqué cette entente, qui avait pour objectif de rendre mieux-disante l'entreprise classée seconde et d'attribuer en sous-main la sous-traitance à l'entreprise initialement la mieux classée :

- le maître d'œuvre a mis en relation les deux entreprises admises à négocier ;
- la société mieux-disante a accepté de modifier son offre en augmentant son délai d'exécution afin que la société placée initialement seconde apparaisse comme mieux placée sur ce critère et prenne au final la position de mieux-disante ;
- cette société devient sous-traitante de la société favorisée dont la charge de travail ne lui permet pas d'assurer les travaux ;
- dans son rapport d'analyse des offres, le maître d'œuvre masque cette entente et fausse plusieurs informations afin de parfaire l'apparence mieux-disante de l'offre favorisée.

Cas n° 5 : Dévolution irrégulière de commandes à différents fournisseurs en l'absence de marchés valides

Référence : S602 - Rapport déposé le 14 octobre 2004

Origine de la saisine : préfectorale [art. 2 loi 3.1.91]

Communication au parquet : non

Objet : Les investigations sur les conditions dans lesquelles ont été préparés et passés les marchés et commandes de matériels et logiciels informatiques par un CHU ont mis en évidence des manquements constitués par la dévolution irrégulière de commandes en l'absence de marchés valides. Ces faits sont contraires aux dispositions des articles 250 et 279 du code des marchés publics applicable à l'époque des faits. Ils constituent les éléments matériels du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal.

Dans le cadre d'une enquête diligentée par le préfet sur un CHU, un cadre de direction de cet organisme avait souhaité savoir si certaines commandes présentées par la direction des services informatiques étaient conformes aux clauses techniques des marchés sur lesquelles elles devaient être imputées. La Mission avait alors indiqué au cadre qui l'avait sollicitée que certaines commandes n'étaient pas conformes et que celles qui l'étaient ne pouvaient plus être imputées sur les marchés en question car ceux-ci étaient forclos depuis le 31 décembre 2001. En octobre 2002, le directeur général du centre hospitalier a alerté la préfecture sur des commandes de matériels et logiciels informatiques passées sans marchés pour des montants très élevés ou sur des marchés dont la date d'échéance avait été irrégulièrement repoussée de quelques semaines.

Dans les faits, une mauvaise organisation du travail dans les services et l'animosité réciproque de deux responsables, l'un du domaine des marchés, l'autre du domaine informatique, ont conduit ce dernier à « manipuler » les données du système informatique de suivi des marchés pour prolonger artificiellement la durée de validité desdits marchés et passer des commandes jugées indispensables pour le fonctionnement du CHU. L'absence de mise en concurrence pour ces nouvelles commandes est contraire aux dispositions des articles 250 et 279 du code des marchés publics applicable à l'époque des faits et constitue l'élément matériel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal.

La Mission remarque cependant que l'infraction relève plus d'un problème de gestion interne à l'hôpital que de la volonté de favoriser une quelconque entreprise. La mauvaise organisation des services régnant à l'époque au CHU et l'absence chronique de communication entre les différentes directions, voire au sein même de certaines d'entre elles, sont les causes de cette situation qui a été aggravée par l'animosité réciproque de certaines personnes. Ces manquements ne paraissent donc pas suffisants pour constituer l'infraction de l'article 432-14 du code pénal à l'encontre de leurs auteurs dans la mesure où ces irrégularités ont été commises pour éviter que le CHU ne subisse un blocage de son outil informatique. Elles relèvent en l'occurrence davantage du domaine de la sanction administrative, même si les faits matériels du délit de l'article 432-14 ont été constatés.

Cas n° 6 : Dépenses supplémentaires dues à une détermination insuffisante des besoins de la collectivité

Référence : S303 - Rapport déposé le 13 avril 2004

Origine de la saisine : préfectorale [art. 2 loi 3.1.91]

Communication au parquet : oui

Objet : A la suite d'une détermination insuffisante des besoins, une commune a engagé des dépenses supplémentaires, d'un coût de plus de 400.000 F, qui ont été soustraites aux formalités de publicité, de mise en concurrence et d'examen préalable en commission. Ces actes sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Du fait d'une détermination insuffisante des besoins par la collectivité, contraire à l'article 272 du code des marchés publics alors applicable (décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992), mais aussi d'erreurs de conception de l'architecte, une commune a engagé des dépenses supplémentaires, d'un coût de plus de 400.000 F, pour renforcer les fondations de la salle des fêtes, rehausser le bâtiment, assurer l'étanchéité de la toiture et rajouter une salle de réunion au premier étage. Ces prestations ont été soustraites aux formalités de publicité, de mise en concurrence et d'examen préalable en commission, ce qui contrevenait aux principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement posés par l'article 47.

En application de l'article 255 bis du code, ces mesures supplémentaires ne pouvaient donner lieu à des avenants, lesquels auraient eu pour effet de "bouleverser l'économie du marché" (par un surcoût égal à 26 % du marché initial) et d'en "changer l'objet" (par l'ajout de prestations non prévues). A défaut d'avoir prévu ces prestations dans le marché initial, la commune pouvait rattraper ses erreurs en procédant à un nouveau marché conforme aux dispositions de l'article 279 qui imposaient de respecter, par le moyen d'une adjudication ou d'un appel d'offres, des formalités de publicité, de mise en concurrence et d'examen par une commission.

La commune a scindé ces dépenses supplémentaires en deux catégories donnant lieu respectivement à des avenants et des travaux sur mémoires confiés pour l'essentiel, sans publicité ni mise en concurrence, aux entreprises titulaires du marché. Dans la mesure où elles représentaient 15 % du marché initial de travaux, les prestations dévolues par avenants auraient dû, de toute manière, être soumises à un examen préalable en commission conformément à la loi n° 93-122 relative à la transparence des procédures publiques. Par ailleurs, les commandes hors marché de l'article 321 n'étaient pas applicables à des éléments indissociables d'une opération globale de plus de 2 millions de francs hors taxes.

Ces faits sont constitutifs du délit de favoritisme.

Cas n° 7 : Marchés passés avec une société d'économie mixte

Référence : a104

Origine de la demande d'avis : judiciaire [art. 7 de la loi du 3.01.91]

Objet : Une commune ayant créé une société d'économie mixte chargée de publier son bulletin municipal ne peut lui passer des commandes sans publicité ni mise en concurrence. Ces actes sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Pour publier son bulletin municipal, une commune a créé une société d'économie mixte qui est devenue éditeur de la publication et propriétaire du titre. La commune a passé commande de magazines auprès de cette SEM sans publicité ni mise en concurrence.

Le code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001, qui s'applique au marché objet de l'avis, énonce en son article 1^{er} les principes qui régissent l'achat public, fondés sur « *la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures* ». Il ajoute à l'article 26 que « *les marchés sont passés sur appel d'offres* ». Ces principes, qui imposent une mise en concurrence, connaissent toutefois des exceptions dont il convient de vérifier si elles ne sont pas susceptibles de concerner les marchés passés avec une SEM. Deux d'entre elles doivent être plus particulièrement étudiées. La première est relative à la nature juridique des SEM, l'article 3,2° du code des marchés publics prévoyant que certains contrats conclus par ces dernières avec des personnes publiques peuvent, sous certaines conditions, ne pas être compris dans le champ d'application du code des marchés publics (1). La seconde, prévue à l'article 35 III 4°, est liée au caractère exclusif de l'objet du contrat qui permet à certains marchés d'être conclus sans publicité ni mise en concurrence (2).

I - L'article 3,2° du code des marchés publics du 7 janvier 2001, qui est la transposition de l'article 6 de la directive 92/50, prescrit : « *Les dispositions du présent code ne sont pas applicables : Aux contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité* ».

A – Plusieurs des conditions exigées par cette disposition, qui permet qu'un contrat passé par une personne publique ne soit pas soumis au code des marchés publics, se trouvent remplies dans l'espèce soumise à l'avis de la Mission :

- Un contrat relatif à des travaux d'impression et de reprographie dont l'objet est la réalisation d'un journal communal est un contrat de service.

- Les personnes contractantes sont la commune, [*une personne publique*] et une société d'économie mixte [*organisme de droit privé satisfaisant un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes mentionnés au 1° de l'article 9 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991*].

- Par la dévolution même de la confection du magazine à la SEM, cette dernière bénéficie d'un « *droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité* ».

B – La seule question qui demeure est de savoir si la délibération conférant à la SEM ce droit exclusif a été << légalement prise >> au sens de l'article 3,2° du code des marchés publics. Autrement dit, si la commune a pu attribuer à la SEM la réalisation de son journal communal, compte tenu des conditions exigées pour l'octroi d'un droit exclusif.

Il ne suffit pas de créer un organisme ad hoc dans une activité et de lui confier toutes les prestations de services correspondantes pour que la décision soit considérée avoir été prise régulièrement. Pour le droit communautaire, lequel en tout état de cause s'impose à chaque Etat membre, un droit exclusif peut être accordé pour une mission de service d'intérêt général lorsque celle-ci « justifie la restriction de concurrence ». On peut douter que la confection d'un tel magazine puisse en soi justifier une quelconque restriction de concurrence. S'agissant d'une dérogation aux principes de liberté de circulation et de non-discrimination, la CJCE témoigne d'une vigilance particulière dans ce domaine. Elle réserve une telle possibilité à certaines prestations qui, pour des raisons touchant à l'ordre public, à la santé publique ou à la sécurité publique, pourraient ne pas être mises en concurrence. On peut donc affirmer qu'en l'espèce, la délibération n'a pas été légalement prise.

L'article 3,2° du code des marchés publics du 7 janvier 2001 doit être interprété en droit interne de la même façon que la directive qu'il transpose l'est par la CJCE. Les prestations contenues dans le marché concerné, d'un montant de plus de 700.000 €, ne rentrent pas dans l'exclusion de l'article 3. Elles devaient être dévolues selon la procédure d'appel d'offres pour les marchés dont le montant est supérieur à 200.000 € HT, par application de l'article 34 du code des marchés publics applicable à la date du marché.

II – Les prestations relatives à l'édition d'un bulletin municipal doivent être dévolues conformément au code des marchés publics qui pose le principe selon lequel les marchés sont passés sur appel d'offres c'est-à-dire après publicité et mise en concurrence (article 26 du code des marchés publics)

Des exceptions sont cependant prévues, en particulier l'article 35 III 4° du code des marchés publics qui dispose : << peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : (...) les 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 >>. La commune n'avait aucune obligation de faire réaliser son magazine sous le titre qui était devenu la propriété exclusive de la SEM et ce droit exclusif ne pouvait aucunement justifier le bénéfice des dispositions de l'article 35 III 4° (CJCE, 3 mai 1994, Commission contre Espagne affaire C-328/92). Une société d'économie mixte ne jouit, à raison de son statut, d'aucun privilège quant à la dévolution de prestations par la collectivité qui est à l'origine de sa création.

AVIS DE LA MISSION : La commune a irrégulièrement octroyé des prestations à la SEM, alors qu'un appel d'offres s'imposait par application des articles 1 et 26 du code des marchés publics, destinés à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés. Ces manquements ont procuré à la SEM un avantage injustifié constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. La SEM peut en tant que personne morale être concernée par l'infraction de recel du délit de favoritisme, par application de l'article 321-1 du même code.

Cas n° 8 : Applicabilité du délit de favoritisme aux « marchés sans formalités préalables » du code de mars 2001

Référence : a204

Origine de la demande d'avis : judiciaire [art. 7 de la loi du 3.01.91]

Objet : Les « marchés sans formalités préalables » du code doivent respecter les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Les manquements à ces principes sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Sous l'empire du code des marchés issu du décret du 7 janvier 2001, une commune a passé un marché initial de maîtrise d'œuvre avec publicité et mise en concurrence. Puis, s'étant aperçue qu'elle avait omis des éléments architecturaux et techniques, elle a procédé à un simple avenant, ce qui contrevenait à l'article 19 du code des marchés publics dans la mesure où un avenant ne peut « bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

Ce marché de maîtrise d'œuvre inférieur à 90.000 €HT (60.000 € initialement et 80.000 € avec l'avenant) fait partie des « marchés sans formalités préalables » visés à l'article 74-II-1 du code de mars 2001. Ces marchés ont succédé aux « achats sur simples factures ». Avant la réforme, on pouvait, au-dessous de 300.000 FTTC, procéder à des achats en dehors de toutes les règles du code des marchés publics. Le délit de favoritisme prévu par l'article 432-14 du code pénal et 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 » ne pouvait par conséquent s'appliquer à ces achats (pas de règles applicables, pas de règles violées, donc pas de délit).

Avec le décret du 7 janvier 2001, les dispositions générales du code des marchés publics contenues aux titres I et II, notamment les articles 1, 5, 19 -qui en l'espèce fondent le délit-, sont applicables aux « marchés sans formalités préalables » dont faisait partie ce marché de maîtrise d'œuvre. Si la caractéristique de ces marchés est de ne pas être soumis pour leur passation à des « formalités » obligatoires prescrites par le code des marchés publics ils sont en revanche soumis aux règles de fond contenues dans le code.

En application des directives, la 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) impose une publicité et une mise en concurrence, quel que soit le montant du marché. Ces formalités, qui garantissent le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, sont applicables à tous les marchés publics, y compris aux marchés passés sans formalités préalables .

AVIS DE LA MISSION : La personne responsable du marché ne pouvait procéder à une modification du marché de maîtrise d'œuvre de cette importance sans lancer une nouvelle procédure. Elle a ainsi porté atteinte aux articles 1^{er} et 19 du code des marchés publics alors applicable. Ces manquements à des dispositions dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés sont constitutifs du délit de favoritisme.

Cas n° 9 : Applicabilité du code des marchés publics aux chambres de commerce et d'industrie [CCI]

Référence : a404-a904

Origine de la demande d'avis : judiciaire et CCI

Objet : Les chambres de commerce et d'industrie sont des établissements publics administratifs de l'Etat et les contrats qu'elles passent sont soumis aux obligations de mise en concurrence contenues dans le code des marchés publics. Pour l'attribution de marchés par une CCI, les sociétés dont elle est actionnaire sont tenues de soumissionner et ne peuvent être favorisées par rapport aux autres candidats.

1 – Applicabilité du code des marchés publics aux CCI

Le Conseil d'Etat, dans un avis rendu le 16 juin 1992, a rappelé que les CCI sont des établissements publics administratifs de l'Etat et, qu'à ce titre, les principes de publicité et de mise en concurrence du code des marchés publics leur sont applicables. Cette position a été confirmée au contentieux (CE 13 janvier 1995 CCI de la Vienne). Aucune disposition ni aucun motif objectif, en particulier les ressources des chambres qui sont des fonds publics, ne permettent d'envisager que les chambres puissent être dispensées de respecter les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats à la commande publique.

2 – Soumission aux marchés publics des commandes d'une CCI à des entreprises dont elle détient une part importante d'actions

Pour l'attribution de marchés publics par une CCI, les sociétés dont elle est actionnaire sont tenues de soumissionner et ne peuvent être favorisées par rapport aux autres entreprises candidates. Bien évidemment, les manquements aux règles du code des marchés publics, qui visent à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats à la commande publique, sont susceptibles d'être sanctionnés par le délit de l'article 432-14 du code pénal.

3 – Construction et exploitation d'un terminal

Une CCI a passé un accord avec les représentants des exportateurs pour la construction d'un terminal. En tant que propriétaire du terrain, la chambre assure la maîtrise d'ouvrage et lance un appel d'offres, ce qui est tout à fait régulier. En revanche, les dispositions de l'accord selon lesquelles les exportateurs assistent le maître d'ouvrage, notamment pour le choix du bureau d'études, la définition des besoins et le suivi du chantier sont illégales dès lors qu'il s'agit en l'espèce d'un marché de prestations qui doit répondre aux principes de publicité et de mise en concurrence contenus au code des marchés publics afin d'assurer la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats à la commande publique.

Par ailleurs, pour l'exploitation du terminal, la CCI envisage de créer une société avec les exportateurs. La convention envisagée avec ladite société organise une délégation de service public régie par la loi du 29 janvier 1993 et la chambre doit dès lors respecter les procédures prévues par cette loi et notamment les obligations de publicité et de mise en concurrence (CE 20 décembre 2000 CCI du Var).

Cas n° 10 : Utilisation abusive de la nomenclature

Référence : a604

Origine de la demande d'avis : judiciaire [art. 7 de la loi du 3.01.91]

Objet : Pour l'impression de son bulletin, une commune a effectué des achats sans publicité ni mise en concurrence. Ces actes sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

En 2001, la commune avait, pour la réalisation de son bulletin, lancé un appel d'offres justifié par le montant annuel des prestations, qui s'élevait à 250.000 € HT. En 2002, la ville a procédé, tant pour le papier que pour l'impression, à des « achats sur simples factures » en invoquant la possibilité, offerte par l'article 28 du code de mars 2001, de passer des « marchés sans formalités préalables » pour les fournitures et prestations de service dont le montant annuel ne dépassait pas 90.000 € HT.

Pour le papier glacé, dont le montant annuel s'élevait à 100.000 € HT, ces achats sans publicité ni mise en concurrence contrevenaient à l'article 26 qui imposait, à défaut d'appel d'offres, la procédure de la mise en concurrence simplifiée ou celle du marché négocié. Aux termes de l'article 27 du code, « en ce qui concerne les fournitures, est prise en compte, ...b) si les besoins de la personne publique donnent lieu à des fournitures récurrentes de fournitures homogènes, la valeur de l'ensemble de ces fournitures ».

Il en allait de même pour l'impression estimée à 150.000 €, l'article 27 précisant que, pour les services donnant lieu à « des réalisations récurrentes de prestations homogènes et concourant à une même opération », il fallait retenir « la valeur de l'ensemble des prestations correspondant aux besoins d'une année ».

Pour échapper à l'obligation de passer un marché, la commune a ventilé les factures de l'imprimeur en dépenses relevant de rubriques différentes de la nomenclature jointe à l'arrêté du 13 décembre 2001, pris en application de l'article 27 du code, aux termes duquel « le caractère homogène des prestations de services est apprécié par référence à une nomenclature définie par arrêté interministériel ». Ainsi une facture de 3.000 € était décomposée en 4 éléments : papier (1.000 €), « réalisation de plaques et cylindres pour l'impression » (400 €), impression (1.500 €), transport (100 €).

Cette manière de faire était contestable pour le transport (car l'imprimeur s'était contenté d'assurer, en application du code civil, la livraison du journal sans la facturer et en déniait toute responsabilité sur ce point) et, surtout, pour la réalisation des plaques (dans la mesure où l'imprimeur n'avait jamais facturé les plaques). Cette rubrique était manifestement prévue pour les collectivités qui impriment elles-mêmes leur bulletin mais font faire les plaques par un artisan extérieur. A ce sujet, l'instruction du 28 août 2001 souligne que le calcul des seuils par famille de produits est « une souplesse apportée aux achats publics qui, en contrepartie, ne doit faire l'objet d'aucun détournement, notamment sous la forme d'un fractionnement abusif entre des prestations très proches qui relèvent d'une même opération ».

Cas n° 11 : Qualification juridique de subventions à des associations

Référence : a1004

Origine de la saisine : judiciaire [art. 7 de la loi du 3.01.91]

Communication au parquet : oui

Objet : Versement de subventions annuelles au profit de deux associations.

La Mission a été consultée sur les conditions de l'attribution par une commune de subventions au profit de deux associations. Cinq questions lui étaient posées : la relation de la commune avec l'association A (1), l'interposition de cette association entre la commune et l'association B (2), le champ des dispositions de l'article 30 du code des marchés publics en vigueur à l'époque (3), la délégation de service public octroyée à l'association B (4) et, pour finir, la date de la commission d'éventuels délits de favoritisme (5).

1° question : La relation entre la mairie et l'association A s'analyse-t-elle en une délégation de service public (DSP) au sens de la loi du 29 janvier 1993 et du décret du 7 mars 2001 ?

Les éléments transmis à la Mission ne permettant pas de qualifier avec certitude la relation liant la commune et l'association A, quatre situations étaient susceptibles de se présenter :

- a) L'association a une existence propre, distincte de la collectivité et a pris elle-même l'initiative de réaliser les prestations sur lesquelles portent les subventions. Les subventions accordées par la collectivité sont alors attribuées « intuitu personae ». Elles ne sont soumises à aucune obligation de publicité et de mise en concurrence.¹
- b) L'association a une existence propre, distincte de la collectivité, mais l'initiative de réaliser les prestations sur lesquelles portent les subventions revient à la collectivité. Les prestations subventionnées sont alors soumises au code des marchés s'il s'agit de simples prestations de services ou au code général des collectivités territoriales -articles L. 1411-1 et suivants- s'il s'agit au contraire d'un service public délégué aux risques de l'association.^{2 3}

¹ Réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à Mme Zimmermann, débats parlementaires (n° 42187 du 28 février 2000) ; cour administrative d'appel de Marseille, 20 juillet 1999, commune de Toulon.

² Réponse ministérielle du 13 septembre 1999, Aubron ; réponse ministérielle du 18 février 2002, Alary ; instruction d'application du code des marchés publics du 28 août 2001 sous l'article 1^{er}.

³ Les termes employés dans les actes de la collectivité, la terminologie et le caractère des objectifs assignés dans le contrat de subventionnement permettront de mieux caractériser l'origine de l'initiative ; tribunal administratif de Nancy, arrêt du 10 février 2004.

- c) Il existe une variante de la situation précédente, le contrat de mandat. Si la collectivité demande par le contrat de subventionnement à l'association d'agir en son lieu et place, ledit contrat constitue en réalité un mandat, ce qui emporte une double obligation : d'une part, la collectivité doit soumettre ce contrat aux règles de publicité et de mise en concurrence du code des marchés publics comme toute autre prestation de services ; d'autre part, l'association mandataire doit, pour ses contrats exécutés en application du mandat, agir en respectant les mêmes obligations de publicité et de mise en concurrence que celles qui s'imposeraient à la personne publique si elle avait contracté directement.⁴

- d) L'association n'a pas d'existence propre, distincte de la collectivité. Celle-ci dispose sur elle d'un pouvoir analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Elle est en fait une « association transparente », véritable régie, soumise à ce titre pour ses achats aux mêmes obligations de publicité et de mise en concurrence que la collectivité.⁵

Au cas d'espèce, il est apparu peu probable que l'on se trouve dans le cas d'un pur rapport de subventionnement ou dans le cas d'une association transparente. Ce sont donc les deux modalités intermédiaires qui paraissent le mieux correspondre à la situation :

- L'association A se trouvant parfois en situation d'intermédiaire entre la commune et l'association B, l'association A a pu effectuer des prestations pour la collectivité sans que ces prestations ne soient caractéristiques d'un mandat : prestations de services, achats, travaux, gestion d'activités d'intérêt public, ... Si elle n'en est pas à l'origine et s'il est acquis que l'initiative en revient à la commune, c'est l'acte de subventionnement qui devra être requalifié, soit de marché public, soit de délégation de service public.⁶ La commune sera responsable pour ce contrat du non respect des obligations correspondantes établies respectivement au code des marchés publics ou au code général des collectivités territoriales. En aval, cependant, aucune obligation ne s'imposera aux contrats que l'association est amenée à conclure avec ses propres fournisseurs pour l'exécution des prestations ou du service qui lui auront été confiés par le contrat.

- L'association est aussi susceptible d'avoir en certaines occasions agi en qualité de mandataire, tacite ou non, de la commune. Si le mandat est à l'examen considéré comme onéreux, le contrat tacite de mandat sera requalifié de marché public comme tout contrat de prestations et la commune devra répondre du respect des obligations correspondantes.⁷ Mais, à la différence du cas précédent, les effets du contrat de mandat s'exerceront également sur les actes en aval de l'association. En effet, les obligations de publicité et de mise en concurrence s'imposeront aussi aux actes de l'association dès lors que c'est elle qui choisit le prestataire au nom de la commune ou qui contracte pour elle.

⁴ Arrêt du Conseil d'Etat du 28 juillet 1995, préfet de la région Ile-de-France.

⁵ Cette situation est fréquemment dénoncée par les Chambres régionales des comptes, en raison de la « gestion de fait » qui s'y attache ; la justice pénale s'est aussi prononcée sur ces faits : Tribunal correctionnel de Nantes, jugement du 19 décembre 1997 ; Arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 2004, association CIDE.

⁶ Tribunal administratif de Lyon, arrêt du 14 juin 2000, Sté Braytoise d'exploitation ; Conseil d'Etat, arrêt du 6 juillet 1990, CODIAC ; réponse du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à Mme Zimmermann, débats parlementaires (n° 42187 du 28 février 2000), cf. note 2.

⁷ Le code du 7 mars 2001 avait exclu les mandats de son périmètre jusqu'à ce que le Conseil d'Etat supprime cette exclusion. Sur un plan pénal, le délit de favoritisme ne pourra donc pas s'appliquer aux contrats de mandat conclus entre le 9 septembre 2001 et le 5 mars 2003 inclus ; arrêt du Conseil d'Etat du 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres ; article 77 de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 « urbanisme et habitat ».

Si la relation liant l'association A à la commune entre dans l'un de ces deux cas, l'absence ou l'insuffisance de mise en concurrence de cette association par la collectivité publique est constitutive du délit d'octroi d'un avantage injustifié prévu à l'article 432-14 du code pénal.

2° question : S'il s'agit d'une DSP, l'absence de mise en concurrence constitue-t-elle un acte irrégulier constitutif d'une faute et le fait que l'association A serve de société écran pour favoriser l'association B peut-il constituer le délit de favoritisme ?

L'interposition d'une société écran entre la commune et l'association B n'est pas constitutive par elle-même du délit d'octroi d'un avantage injustifié. Il convient d'examiner les conditions dans lesquelles le contrat liant la commune à l'association B a été conclu : ce n'est que dans l'hypothèse où la commune n'a pas respecté les obligations qui s'imposaient à elle pour ce contrat, après sa requalification éventuelle, que cette situation pourrait être prise en considération, en tant qu'elle permet de mieux apprécier l'intentionnalité du délit.

Rien ne s'oppose en effet, par exemple, à ce qu'une association A intervienne en qualité de mandataire dans le cadre d'un contrat conclu avec l'association B à l'issue d'une procédure qui aurait respecté les obligations nécessaires de publicité et de mise en concurrence. Cette association A s'interposerait en toute légalité entre la commune et l'association B dans le cadre de l'exécution du contrat liant son mandant au prestataire de celui-ci.

3° question : Eu égard à l'objet social et à la nature du marché passé entre la mairie et les associations A et B, les dispositions de l'article 30 du décret du 7 mars 2001 trouvent-elles application ?

Les prestations assurées par les deux associations sont liées à des activités qui se rattachent à des services sociaux et sanitaires, à des services récréatifs, culturels et sportifs, à des services d'éducation et de formation professionnelle, ainsi qu'à des services d'hôtellerie et de restauration. Tous ces services appartiennent à l'annexe I-B des directives européennes successives – directive 2004/18/CE qui a remplacé le 31 mars 2004, la directive 92/50/CE. Ils font donc partie des services pour lesquels les obligations de publicité et de mise en concurrence sont dites « allégées ». Les seules obligations formelles qui s'imposaient à l'époque à ces services sont d'être définis par référence aux normes existantes et de faire l'objet d'un avis d'attribution. Ces services, visés à l'article 30 du code des marchés publics, restaient néanmoins soumis à l'application de l'article 1^{er} aux termes duquel « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats,...* ». Le non respect de cette règle de fond est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal, dès lors que les prestations sont réalisées dans le cadre d'un marché public. Ce ne sera plus le cas si le contrat en cause est une délégation de service public ou une convention de subventionnement.

4° question : La délégation de service public octroyée par la mairie à l'association B rentre-t-elle dans le cadre des dispositions de l'article 30 du décret du 7 mars 2001 ?

La délégation de service public octroyée par la mairie à l'association B ne rentre dans le cadre des dispositions de l'article 30 du décret du 7 janvier 2004 – anciennement décret du 7 mars 2001 – que s'il est procédé à la requalification de cette convention de délégation de service public en marché public. Une délégation de service public étant caractérisée par trois critères principaux – que l'activité exercée relève d'un intérêt général caractéristique du service public, que la rémunération soit assurée substantiellement par les usagers et qu'un risque d'exploitation substantiel soit encouru par le contractant – les prestations prétendument déléguées seront requalifiées en marchés publics s'il existe un lien direct, caractéristique d'un prix, entre des « *prestations de services nettement individualisées* » effectuées au bénéfice de la collectivité et l'apport onéreux de la collectivité remis en contrepartie.

5° question : Si le délit d'octroi d'avantage injustifié devait être établi, à quelle date le délai de prescription commencerait-il à courir, à savoir la date de la signature de la délégation et/ou de son renouvellement, ou à la date des délibérations du conseil municipal qui reconduit chaque année l'octroi de la subvention ?

Si l'une des activités subventionnées devait être requalifiée en marché public ou en délégation de service public, l'absence de publicité ou de mise en concurrence serait constitutive du délit de favoritisme. La date à laquelle est consommé le délit serait alors celle de la signature du contrat de subventionnement, s'il existe, pour la première décision, puis celle de la décision annuelle de reconduction de la subvention. Si le délit devait être relevé à l'occasion de la convention de délégation signée avec l'association B, la date de consommation serait celle de l'acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires protégeant la liberté et l'égalité d'accès des candidats. De ce fait, cette date dépend de l'irrégularité commise. Ainsi, une irrégularité qui consisterait en l'absence de mise en concurrence de l'association B serait commise à la date de l'attribution de la convention.

VOLUME II

Etat comparatif des enquêtes et des avis

Sommaire du volume II	<i>Pages</i>
I - Les demandes d'enquêtes et les rapports déposés	35
1 - Les demandes d'enquêtes adressées à la Mission	36
2 - Etat des demandes d'enquêtes traitées par la Mission en 2004	41
II - Les avis	42
1 - L'origine des avis rendus par la Mission	42
2 - Les avis traités en 2004	43

I - LES DEMANDES D'ENQUÊTES ET LES RAPPORTS DÉPOSÉS

Le tableau qui suit retrace l'évolution du nombre des demandes d'enquêtes et des rapports déposés depuis la création de la Mission.

Années	Demandes d'enquêtes	Affaires traitées	Solde par année	Nombre moyen de rapports par membre	Moyenne théorique
1992	7	1	6	0,16	1,16
1993	16	5	+ 11	0,83	2,66
1994	32	18	+ 14	3,00	5,33
1995	38	18	+ 20	3,00	6,33
1996	18	23	- 5	3,83	3,00
1997	11	27	- 16	4,50	1,83
1998	14	13	+ 1	2,16	2,33
1999	12	22 *	- 10	2,83	2,00
2000	18	16	+ 2	3,00	3,60
2001	11	8	+ 3	2,00	2,75
2002	6	8	- 2	2,00	1,50
2003	3	12	- 9	3,00	0,75
2004	0	9	- 9	2,25	-
TOTAL	186	180	6 **		

* dont 5 dossiers n'ayant pas donné lieu à rapport (ex. autorités de saisine non compétentes, dossiers transmis au Conseil de la concurrence)

** rapports restant à rédiger au 1^{er} janvier 2005 (compte tenu des extensions de saisine)

NB : L'avant-dernière colonne correspond au nombre moyen de rapports déposés annuellement par membre permanent de la Mission

La dernière colonne correspond au nombre moyen de rapports qui devraient être déposés pour traiter les demandes d'enquêtes de l'année.

1 - Les demandes d'enquêtes adressées à la Mission

1.1 - Etat des demandes d'enquêtes adressées à la Mission depuis sa création

1.1.1 – par autorité de saisine

La Mission n'a été saisie d'aucune demande d'enquête en 2004

<i>Autorités de saisine</i>	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	Total
Premier ministre	1	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1
Ministre chargé de l'économie	5	12	5 **	2 **	-	-	1	-	1	1	-	1	28
Ministre de l'intérieur	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	1
Ministre de la justice	-	1 *	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	(1)
Ministre du logement	-	-	(1)	(1)	-	-	-	-	-	-	-	-	(2)
Ministre de la santé	-	-	-	1	-	-	1	-	-	-	-	-	2
Ministre du travail et des affaires sociales	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	-	1
Ministre de l'équipement	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	-	1
Secrétariat d'Etat à l'Outre-mer	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	-	1
Secrétariat d'Etat aux PME, au commerce et à l'artisanat	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	-	-	1
Cour des comptes	-	-	-	4	5	2	-	2	-	-	-	1	14
Préfets	1	4	27	31	12	8	11	7	10	8	3	1	123
Chef de la Mission	-	-	-	-	-	-	-	2	7	1	3	-	13
Total	7	16	32	38	18	11	14	12	18	11	6	3	186

* Cette affaire a également fait l'objet d'une saisine du Ministre chargé de l'économie (elle n'est comptée qu'une fois)

** dont une saisine conjointe avec le ministère du logement (cette affaire n'est comptée qu'une fois)

NB : La rubrique « chef de la Mission » a été comptabilisée à partir de l'année 1999 (elle correspond aux extensions de saisines prévues à l'article 2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991).

1.1.2 - par origine territoriale

Le tableau qui suit indique l'origine territoriale de la collectivité ou de l'établissement qui a passé le marché, objet de la demande d'enquête.

1992	
Guyane	Essonne
Hauts-de-Seine	Guyane
Haute-Garonne	Guyane
Savoie	
1993	
Haute-Savoie	Loiret
Var	Maine-et-Loire
Essonne	Martinique
Bouches-du-Rhône	Finistère
Val-d'Oise	Gard
Marchés d'Etat	Var
Marché d'Etat	Somme
Hautes-Alpes	Seine-Saint-Denis
1994	
Région Picardie et Nord-Pas-de-Calais	Savoie
Morbihan	Nord
Vaucluse	Morbihan
Alpes-Maritimes	Cher
Guadeloupe	Loire
Essonne	Var
Seine-et-Marne	Seine-et-Marne
Loire	Seine-et-Marne
Finistère	Isère
Alpes-de-Haute-Provence	Val-d'Oise
Réunion	Finistère
Finistère	Yvelines
Savoie	Morbihan
Sarthe	Pyrénées-Orientales
Allier	Lot
Indre-et-Loire	Charente
1995	
Haute-Garonne	Vienne
Ille-et-Vilaine	Dordogne
Marchés d'Etat	Loir-et-Cher
Marne	Pyrénées-Orientales
Bas-Rhin	Gironde
Doubs	Etablissement public à caractère industriel et commercial
Région Rhône-Alpes	Seine-Saint-Denis
Seine-et-Marne	Côtes-d'Armor
Rhône	Hérault
Ardèche	Ain
Ain	Alpes-Maritimes
Hautes-Pyrénées	Morbihan
Alpes-Maritimes	Val d'Oise
Bas-Rhin	Seine-Saint-Denis
Côtes-d'Armor	Puy-de-Dôme
Pas-de-Calais	Savoie
Calvados	Pyrénées-Orientales
Seine-et-Marne	Yvelines
Morbihan	

1996	
Val-d'Oise Isère Seine-Maritime Isère Marchés d'Etat Finistère Val-de-Marne Finistère Marchés d'Etat	Val-d'Oise Ain Pyrénées-Orientales Ain Hautes-Alpes Deux-Sèvres Aude Marne Ille-et-Vilaine
1997	
Haute-Garonne Alpes-de-Haute-Provence Hautes-Alpes Seine-Saint-Denis Var Isère	Yvelines Ille-et-Vilaine Bouches-du-Rhône Isère Gard
1998	
Gard Vaucluse Guadeloupe Haute-Garonne Hérault Val-de-Marne Hérault	Gironde, Côte-d'Or, Indre-et-Loire et Rhône Haute-Marne Nord Alpes-Maritimes Doubs Val-d'Oise
1999	
Corse-du-sud Département de la Réunion Val-d'Oise Essonne Haute-Marne Hérault	Alpes-Maritimes Seine-et-Marne Alpes-Maritimes Gironde, Côte d'Or, Indre-et-Loire et Rhône Charente-Maritime Hérault
2000	
Bouches-du-Rhône Marne Gironde Bouches-du-Rhône Hérault Région Picardie et Nord Pas-de-Calais Hérault Nièvre Bouches-du-Rhône	Nièvre Loiret Vosges Vosges Vaucluse Aveyron Allier Loiret Charente-Maritime
2001	
Val-de-Marne Puy-de-Dôme Gard Loiret Indre Guadeloupe	Allier Var Alpes-de-Haute-Provence Guadeloupe Bouches-du-Rhône
2002	
Alpes-de-Haute-Provence Gard Guadeloupe	Ain Guadeloupe Guadeloupe
2003	
Marchés d'Etat Marché d'Etat	Loire

Le tableau qui suit indique la répartition par département des demandes d'enquêtes depuis la création de la Mission

Code	Départements	Saisines
01	Ain	5
02	Aisne	-
03	Allier	3
04	Alpes-de-Haute-Provence	4
05	Alpes (Hautes)	3
06	Alpes (Maritimes)	7
07	Ardèche	1
08	Ardennes	-
09	Ariège	-
10	Aube	-
11	Aude	1
12	Aveyron	1
13	Bouches-du-Rhône	6
14	Calvados	1
15	Cantal	-
16	Charente	1
17	Charente-Maritime	2
18	Cher	1
19	Corrèze	-
2A	Corse-du-Sud	1
2B	Haute-Corse	-
21	Côte-d'Or	2
22	Côtes-d'Armor	2
23	Creuse	-
24	Dordogne	1
25	Doubs	2
26	Drôme	-
27	Eure	-
28	Eure-et-Loir	-
29	Finistère	6
30	Gard	5
31	Garonne (Haute)	4
32	Gers	-
33	Gironde	4
34	Hérault	7
35	Ille-et-Vilaine	3
36	Indre	1
37	Indre-et-Loire	3
38	Isère	5
39	Jura	-
40	Landes	-
41	Loir-et-Cher	1
42	Loire	3
43	Loire (Haute)	-
44	Loire-Atlantique	-
45	Loiret	4
46	Lot	1
47	Lot-et-Garonne	-
48	Lozère	-
49	Maine-et-Loire	1
50	Manche	-

Code	Départements	Saisines
51	Marne	3
52	Marne (Haute)	2
53	Mayenne	-
54	Meurthe-et-Moselle	-
55	Meuse	-
56	Morbihan	5
57	Moselle	-
58	Nièvre	2
59	Nord	2
60	Oise	-
61	Orne	-
62	Pas-de-Calais	2
63	Puy-de-Dôme	2
64	Pyrénées-Atlantiques	-
65	Pyrénées (Hautes)	1
66	Pyrénées-Orientales	4
67	Rhin (Bas)	2
68	Rhin (Haut)	-
69	Rhône	2
70	Saône (Haute)	-
71	Saône-et-Loire	-
72	Sarthe	1
73	Savoie	4
74	Savoie (Haute)	1
75	Paris	-
76	Seine-Maritime	1
77	Seine-et-Marne	6
78	Yvelines	3
79	Sèvres (Deux)	1
80	Somme	1
81	Tarn	-
82	Tarn-et-Garonne	-
83	Var	4
84	Vaucluse	3
85	Vendée	-
86	Vienne	1
87	Vienne (Haute)	-
88	Vosges	2
89	Yonne	-
90	Territoire-de-Belfort	-
91	Essonne	4
92	Hauts-de-Seine	1
93	Seine-Saint-Denis	4
94	Val-de-Marne	3
95	Val-d'Oise	7
971	Guadeloupe	7
972	Martinique	1
973	Guyane	3
974	Réunion (La)	2

Autres		Saisines
Marchés d'Etat		8
Etablissement public à caractère industriel et commercial		1

2 - Etat des demandes d'enquêtes traitées par la Mission en 2004

En 2004, la Mission a traité 9 demandes d'enquêtes

Ce poste a diminué par rapport à celui de l'année 2003 (- 3)

Numéro de la saisine	Origine de la saisine	Date d'enregistrement de la saisine	Date de dépôt du rapport	Cas résumé sous le numéro	Transmission au procureur de la République
S1199	Cour des Comptes	10/08/99	06/12/04	1	24/02/05
S1800	Chef de la MIEM	14/12/00	06/12/04	1	24/02/05
S101	prélectorale	24/01/01	18/03/04	2	10/08/04
S701	ministérielle	21/05/01	21/12/04	3	03/03/05
S901	prélectorale	06/11/01	20/09/04	4	06/12/04
S102	Chef de la MIEM	19/03/02	20/09/04	4	06/12/04
S602	prélectorale	07/11/02	14/10/04	5	-
S203	ministérielle	25/03/03	-	-	-
S303	prélectorale	06/05/03	13/04/04	6	05/07/04

II - LES AVIS

1 - L'origine des avis rendus par la Mission

La Mission a reçu 11 demandes d'avis en 2004. Le tableau qui suit récapitule le nombre et l'origine de ces demandes pour les huit années antérieures.

Origine des demandes	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
ministres	-	-	-	3	1	3	-	-	-
autorité judiciaire	7	8	12	11	14	10	8	4	5
collectivités	2	-	1	-	-	1	1	3	-
préfets	3	3	5	4	3	4	4	1	1
divers	8	3	3	5	9	1	1	8	5
total	20	14	21	23	27	19	14	16	11

La Mission fait régulièrement l'objet de transmissions pour avis de la part des autorités administratives ou judiciaires, auxquelles il est répondu sous la forme d'avis techniques.

- Lorsque ces autorités ne font pas partie de celles énumérées à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 (autorités ministérielles, préfets, Cour des comptes), la Mission ne procède à aucune investigation. Elle indique seulement la réglementation applicable, compte tenu des éléments de fait qui lui sont communiqués et constate le cas échéant le délit de l'article 432-14 du code pénal, par application de l'article 7 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991. Cette pratique a été considérée comme régulière par l'arrêt du 1^{er} octobre 1998 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation (voir volume III, jurisprudence II).

- Les personnes dont la liste figure à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 peuvent, selon l'article 1^{er} de la loi, solliciter une enquête et donc, a fortiori, tout avis « sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles ont été préparés, passés et exécutés les marchés et conventions de délégation de service public », quelle que soit la qualification juridique des faits qui en sont l'objet.

2 - Les avis traités en 2004

En 2004, la Mission a traité 11 demandes d'avis.
Ce poste a diminué par rapport au chiffre de 2003 (-2).

Numéro	Date de la demande	Origine de l'avis	Date de l'avis	Avis résumé sous le n°
a104	07/01/04	judiciaire	19/02/04	7
a204	19/01/04	judiciaire	02/02/04	8
a304	13/01/04	administrative	16/04/04	-
a404	27/01/04	administrative	04/02/04	9
a504	02/02/04	particulier	-	-
a604	11/02/04	judiciaire	25/03/04	10
a704	03/02/04	administrative	05/03/04	-
a804	05/04/03	judiciaire	29/07/04	-
a904	03/03/04	administrative	19/06/04	9
a1004	24/05/04	judiciaire	05/11/04	11
a1104	24/06/04	préfectorale	02/07/04	-

VOLUME III

Jurisprudence et doctrine

Sommaire du volume III

Pages

I – Jurisprudence de la Cour de Cassation : sur le délit de l'article 432-14 du code pénal, sur les autorités compétentes pour enquêter sur le délit et pour le constater 49

I – la commission du délit de l'article 432-14 du code pénal [éléments matériels et élément intentionnel] 53

II – pouvoirs attribués aux membres de la MIEM par la loi du 3 janvier 1991 pour enquêter et constater le délit de l'article 432-14 du code pénal 67

III – la prescription de l'action publique de l'article 432-14 du code pénal 74

II – Bibliographie relative au délit de favoritisme et à la Mission 79

I - JURISPRUDENCE DE LA CHAMBRE CRIMINELLE DE LA COUR DE CASSATION

- SUR LE DÉLIT DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL -

*- SUR LES AUTORITÉS COMPÉTENTES
POUR ENQUÊTER SUR LE DÉLIT ET POUR LE CONSTATER -*

- SUR LA PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE -

Sommaire détaillé

Jurisprudence de la Cour de Cassation

	pages
I - DÉLIT DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL [ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION]	53
1 - Eléments matériels du délit	53
1.1- Atteinte aux règles de portée générale [applicables à toutes les procédures de marché, y compris aux marchés passés selon une procédure adaptée, art. 26 à 31]	53
1° Atteinte à la liberté d'accès par le fractionnement d'opération (art. 27)	53
2° Atteinte relative à la passation du marché	55
A - Rupture de l'égalité de traitement des candidats aux marchés (art. 1^{er})	55
- Lors de l'attribution du marché	55
- Lors de la préparation des offres	56
B - Définition insuffisante de l'objet du marché (art. 5)	57
C - Candidatures qui ne présentent pas de garanties techniques et financières suffisantes (art. 52)	57
D - Avenant qui bouleverse l'économie du marché ou qui en change l'objet (art. 19)	58
1.2 - Atteinte aux règles applicables à certaines procédures de marchés	58
1° - Atteinte relative à l'obligation d'utiliser la procédure d'appel d'offres (art. 26) (procédure de droit commun des marchés)	58
A - Mise en œuvre d'une procédure fictive d'appel d'offres, appelée marché de régularisation	58
B - Utilisation irrégulière de la procédure d'exception des achats sur simples factures	59
2° - Atteinte relative à la mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres	59
A - Composition irrégulière de la commission de choix (art. 22)	59
B - Urgence irrégulièrement alléguée (art. 58)	60
C - Modification du marché, postérieurement à son attribution (art. 60)	60
3° - Atteinte des règles exigées pour utiliser la procédure négociée [après déclaration d'infructuosité de l'appel d'offres] (art. 35)	61
1.3 - Modification de l'élément matériel du délit : Effet d'une réforme du CMP sur l'application du délit 432-14 du code pénal	62
2 - Élément moral du délit : l'intention	64
II – POUVOIRS ATTRIBUÉS AUX MEMBRES DE LA MIEM PAR LA LOI DU 3 JANVIER 1991 POUR ENQUÊTER SUR LE DÉLIT DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL ET LE CONSTATER	67
1 - Habilitation légale des membres de la MIEM pour constater le délit de l'article 432-14 du code pénal [art. 7 loi 3.01.1991]	67
2 - Pouvoirs d'enquête des membres de la MIEM	70
3 - Seuls les membres de la MIEM et les officiers de police judiciaire sont légalement habilités à constater le délit de l'article 432-14 du code pénal.	71
3.1 - Nullité de la procédure	71
3.2 - Limites	72
III – PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL	74
1 - Actes interruptifs de la prescription de l'action publique	74
2 - Point de départ du délai de prescription de l'action publique	75
2.1 - Consommation du délit à la date de l'acte [la délibération] irrégulier sans qu'il y ait lieu de tenir compte des actes d'exécution de cet acte	75
2.2 - Consommation du délit à la date de l'acte irrégulier sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'exécution du marché	77

I - DÉLIT DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL
[ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'INFRACTION]

1 - Éléments matériels du délit

Pour être constitué, le délit de l'article 432-14 du code pénal exige "un acte contraire à une disposition législative ou réglementaire". Certaines de ces dispositions ont une portée générale, elles ont vocation à s'imposer à tous les marchés (1.1), d'autres ont une portée particulière, elles réglementent chacune des procédures de marché ou seulement certaines d'entre elles (1.2). La modification de la réglementation support matériel de l'infraction n'a aucune incidence sur l'application du délit de favoritisme (1.3).

1.1- Atteinte aux règles de portée générale [applicables à toutes les procédures de marché, y compris aux marchés passés selon une procédure adaptée, art. 26* à 31*]

1° Atteinte à la liberté d'accès par le fractionnement d'opération (art. 27)*

Audience publique du 13 décembre 2000

président : M. Cotte
rapporteur : M. Roger
avocat général : M. de Gouttes
(Bull; crim. n° 374 p. 1140)

La situation créée par l'octroi de divers marchés de travaux à une entreprise, non justifié par des **opérations** distinctes, a conduit au choix de procédures sans ouverture à la concurrence dont l'effet a été d'écarter les candidats potentiels de l'accès aux marchés. Ce manquement est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

« (...) Attendu qu'en cet état et dès lors qu'il résulte de ces constatations que les divers travaux confiés à la société G... ne correspondaient pas à des opérations distinctes et que la procédure choisie par le prévenu a eu pour conséquence directe d'écarter de l'accès au marché des candidats potentiels créant ainsi au bénéfice de la société G... une inégalité de traitement injustifiée (...) ».

Observations : C'est la notion d'opération prescrite à l'article 27*¹ du code qui détermine le choix de la procédure applicable aux marchés de travaux. Le fait de diviser artificiellement une opération, pour pouvoir utiliser des procédures qui permettent d'éviter les obligations formelles de publicité et de mise en concurrence de l'appel d'offres pour écarter les

candidats potentiels d'un marché, constitue une inégalité de traitement injustifiée, sanctionnée par l'article 432-14 du code pénal. L'opération résulte de l'objet du marché qui lui-même est déterminé par le besoin à satisfaire (art. 5* du code des marchés publics).

Audience publique du 14 décembre 2000

président : M. Cotte
rapporteur : M. Challe
avocat général : M. Lucas

- Le délit de favoritisme a été constitué par le fractionnement de deux **opérations**, afin d'éluder la procédure négociée pour la première et celle de l'appel d'offres pour la seconde.

- L'existence dans la même opération de travaux de nature différente, effectués par des entreprises différentes, ne peut remettre en cause l'exigence, au-dessus des seuils prescrits par le code des marchés publics, de mettre en œuvre des procédures de mise en concurrence.

« (...) Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 432-14 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ; En ce que la Cour a déclaré un fonctionnaire territorial X... d'avoir, en sa qualité de directeur adjoint ..., agissant pour le compte de cette collectivité territoriale, procuré aux entreprises 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

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

marchés publics, d'une part, (...), en fractionnant artificiellement les facturations de l'ensemble de l'opération pour contourner l'obligation du code des marchés publics prévoyant la nécessité d'un marché négocié avec mise en concurrence, et, d'autre part, (...), en fractionnant artificiellement la facturation de l'ensemble de l'opération pour contourner l'obligation du code des marchés publics prévoyant la nécessité d'un marché avec appel d'offres (...) ».

Observations: C'est en fonction de la nature et de l'étendue de son besoin, décidé par son organe délibérant, que la personne publique doit déterminer avec le plus de précision possible les spécifications et la consistance des prestations qui font l'objet du marché (article 5 du code des marchés publics). C'est cette disposition qui permet d'apprécier le montant de l'opération qui selon l'article 27 permettra de déterminer la procédure applicable. La division fictive d'une opération en prestations, qui auraient pour effet d'éluider ou d'atténuer l'obligation de mise en concurrence est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal comme attentatoire au principe de liberté d'accès aux marchés publics.

Dans l'arrêt du 13 décembre 2000, la Chambre criminelle de la Cour de cassation, tout à fait dans l'esprit de sa jurisprudence sur le délit de l'article 432-14 du code pénal, sanctionne un manquement à une disposition législative ou réglementaire, en l'espèce au principe posé par l'article 279 du code des marchés

publics applicable pour les marchés lancés avant le 9 septembre 2001, selon lequel les marchés doivent être passés – sauf exceptions – selon la procédure d'appel d'offres [article 26* du nouveau code des marchés publics]. La division d'opération a eu pour effet d'écarter des candidats potentiels de l'accès au marché.

De même dans l'arrêt du 14 décembre 2000, compte tenu du montant des deux opérations [supérieur à 300 000 Fttc et inférieur ou égal à 700 000 Fttc pour la première et supérieur à 700 000 Fttc pour la seconde] un marché négocié avec mise en concurrence et un appel d'offres s'imposaient. Le fait de fractionner les deux opérations et d'attribuer à des entreprises des "commandes hors marchés" sans publicité ni mise en concurrence constitue l'acte irrégulier contraire aux principes de liberté d'accès aux marchés et d'égalité, qui procure aux entreprises bénéficiaires un avantage injustifié, constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Audience publique du 11 décembre 2002
président : M. Pibouleau
rapporteur : M. Challe

L'utilisation abusive d'une procédure négociée par fractionnement de l'opération alors qu'un appel d'offres s'imposait est une atteinte à la liberté d'accès, constitutive du délit de favoritisme.

Attendu que, pour déclarer Pierre X..., maire de la commune de Gh, coupable d'avoir procuré à la société Y... 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, les juges d'appel retiennent, notamment, qu'il a attribué à cette société le marché de fourniture d'un camion-benne pour le ramassage des ordures ménagères de la commune, d'un montant de 699 480 Fttc, à la suite d'une procédure de marché négocié, alors qu'en raison de l'équipement du véhicule avec un lève-container hydraulique, le montant total de l'opération s'est élevé à 828 620 Fttc, ce qui rendait nécessaire le recours à la procédure d'appel d'offres ;

Qu'ils ajoutent que le fractionnement artificiel et volontaire de l'opération tel qu'organisé par le maire et la société Y a permis d'éluider les règles impératives du code des marchés publics ;

Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, d'où il résulte que l'utilisation abusive de la procédure de marché négocié, qui a eu pour effet d'écarter de l'accès au marché des candidats potentiels, a procuré à l'entreprise attributaire un avantage injustifié, l'arrêt attaqué n'encourt pas les griefs allégués.

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

Audience publique du 28 janvier 2004
président : M. Cotte
rapporteur : M. Dulin
avocat général : M. Mouton
(AJDA 26 avril 2004 p. 885 et
suivantes)

Le montant pris en compte pour déterminer le seuil de la procédure applicable doit être celui de la totalité des prestations se rapportant à des travaux de même nature.

(...) *Attendu que, pour retenir Louis C. dans les liens de la prévention pour recel du délit d'atteinte à l'égalité des candidats dans les marchés publics, la cour d'appel relève qu'il s'est vu confier plusieurs marchés de gré à gré pour des prestations fournies au titre des documents d'arpentage et plans parcellaires, négociations foncières et levées topographiques, lesquelles, se rapportant à des travaux de même nature, auraient dû, eu égard à leur montant, donner lieu à un marché avec appel d'offres, ce que n'ignorait pas le prévenu ;*
Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a justifié sa décision ; (...).

2° Atteinte relative à la passation du marché

A - Rupture de l'égalité de traitement des candidats aux marchés (art. 1^{er})*

- Lors de l'attribution du marché

Audience publique du 23 mai 2002
président : M. Cotte
rapporteur : M. Chanut
avocat général : M. de Gouttes

Le fait pour un acheteur de discuter avec l'un des candidats au marché de l'octroi d'un rabais d'un certain montant, sans que les autres candidats aient bénéficié de la même initiative est constitutif d'une rupture d'égalité, qui a eu pour conséquence d'entraîner un avantage au profit d'un seul d'entre eux constitutif du délit de favoritisme.

« (...) *Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation des articles 432-14 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ; "en ce que l'arrêt attaqué a déclaré C... L... coupable d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics ; "aux motifs que le prévenu ne contestait pas avoir personnellement appelé M... C..., une fois prise la décision de retenir la société C... et avoir obtenu un "effort sur les prix" sous forme d'une augmentation d'un rabais de 4 % à 6 % ; que cette initiative heurtait le principe de mise en concurrence applicable aux contrats dont le seuil excédait le montant de 300 000 francs, les autres entreprises ayant répondu à la consultation n'ayant pas eu la possibilité de faire des efforts ; (...)*

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme que, dans le cadre de la procédure de marché négocié relative à des travaux de voirie, le procès-verbal d'ouverture des plis mentionnait le choix de la société C..., retenue parmi dix autres entreprises candidates, comme ayant été la moins disante avec un rabais de 6 % et qu'un autre document récapitulant les différentes offres indiquait que celle de la société C... était surchargée, le rabais de 4 % étant devenu 6 % ;

Attendu que si, selon le prévenu, le rabais de 6 % n'a été obtenu de la société C... qu'après que celle-ci ait été choisie, la Cour d'appel retient que les autres entreprises n'ont pas bénéficié de la même initiative et que l'irrégularité constatée, constitutive d'une rupture d'égalité entre les candidats, a eu pour conséquence d'entraîner un avantage évident au profit d'une seule ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, procédant de son appréciation souveraine des faits, la Cour d'appel a caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit d'atteinte à l'égalité des candidats dans les marchés publics, dont elle a déclaré le prévenu coupable ;

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

D'où il suit que le moyen ne peut être admis (...) ».

Observations : Issue d'un principe constitutionnel, la règle de l'égalité de traitement dans les marchés s'impose aux acheteurs publics tout au long des procédures de dévolution des marchés qu'il s'agisse de marchés avec ou sans mise en concurrence. Pour les marchés lancés avant le 9 septembre 2001, cette règle s'impose par application de l'article 47 du code des marchés publics. Pour ceux lancés à compter du 9 septembre 2001, c'est l'article 1^{er} du nouveau code qui s'applique. Les acheteurs publics ont l'obligation de traiter de façon égalitaire les candidats aux marchés. Cette règle est la plus importante du code des marchés publics. En présence de deux ou de plusieurs candidats, l'acheteur public aura l'obligation de les mettre dans une situation d'égalité au regard de l'information relative aux conditions du marché, qui leur permettra de concourir "à armes égales". De même en présence d'offres de deux ou plusieurs candidats, l'acheteur public aura l'obligation de choisir celle qui correspond le mieux "au besoin" de la collectivité (art. 5)* et qui est "économiquement la plus avantageuse" (art. 1^{er})*. Pour les marchés pour lesquels une négociation est possible, elle devra être conduite dans le strict respect du principe d'égalité. En particulier, l'acheteur devra prendre les mêmes initiatives à l'égard de tous les candidats, ainsi qu'il en résulte de l'arrêt du 23 mai 2002. Cette règle s'impose à tous les achats dès le premier € et depuis le décret du 7 janvier 2004 aux marchés passés selon une procédure adaptée. Le manquement à cette disposition est sanctionné par le délit de l'article 432-14 du code pénal (Gaz. Pal. 19 et 20 septembre 2001, Jurisclasseur contrats et marchés publics n° 5, mai 2001, revue Le Moniteur

20 février 2004 p. 80 et suivantes inséré en annexe du présent rapport).

L'arrêt du 23 mai 2002 rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation est d'une grande importance, en ce qu'il a considéré que le non respect des dispositions de portée générale¹ contenues dans le code des marchés publics, qui s'appliquent à toutes les procédures du marché, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi levé toute ambiguïté sur cette question.

On doit en effet considérer que le délit sera aussi bien constitué par la violation d'une disposition législative ou réglementaire qu'elle ait une portée générale ou particulière, c'est-à-dire qu'elle soit applicable à une ou à certaines procédures de marchés ou encore à toutes les procédures. La règle de l'égalité de traitement des candidats aux marchés est une règle claire et précise dépourvue de toute ambiguïté, dont la violation doit être sanctionnée par le délit de l'article 432-14 du code pénal (Jurisclasseur pénal 2001, art. 432-14 du code pénal n° 6).

¹ *A titre d'exemple, on peut citer dans le nouveau code des marchés publics plusieurs dispositions de portée générale : égalité de traitement des candidats aux marchés, liberté d'accès des candidats à la commande publique (article 1^{er}), définition préalable de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire (articles 1^{er} et 5), le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse (article 1^{er}), les conditions d'accès à la commande publique (article 52), avenant qui bouleverse l'économie de marché ou qui en change l'objet (article 19).*

- Lors de la préparation des offres

Audience publique du 12 juin 2003
président : M. Cotte
rapporteur : M. Dulin
avocat général : Mme Commaret

Le fait de faire bénéficier l'un des candidats à un marché, d'informations privilégiées est constitutif pour son auteur du délit de favoritisme.

Les moyens étant réunis ;

Attendu que pour déclarer Jean Y... coupable d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, les juges, après avoir relevé que le prévenu, en sa qualité de directeur de l'architecture à la ville de P..., était responsable de la passation de ces marchés, retiennent qu'à l'occasion de l'attribution de deux marchés soumis à la procédure d'appel d'offres restreint, il a été remis à la société M..., à la demande de Jean Y..., pour le premier marché, l'avant-projet sommaire et des notices descriptives bien que l'opération n'ait fait l'objet d'aucune publication légale, et, pour le second marché, des plans, des croquis et des études de prix, ces renseignements confidentiels ayant permis à cette société de proposer des prix correspondant à ceux du maître d'ouvrage et de se voir attribuer les marchés en tant qu'entreprise moins disante ;

Que les juges ajoutent, par motifs propres et adoptés, que, pour l'attribution du marché portant sur la construction d'une crèche, la procédure d'appel d'offres restreint, qui s'est révélée infructueuse, était totalement fictive, les entreprises ayant proposé, pour s'exclure, des prix anormalement élevés ; qu'après l'échec de cette procédure, le prévenu a sollicité de la société M... sa participation à la phase négociée du marché, qu'il lui a été remis les plans, les

cahiers des charges, des notes écrites et l'enveloppe financière, et qu'après avoir proposé un prix très proche de celui du maître de l'ouvrage, cette société a été déclarée bénéficiaire de ce marché ;

Que les juges retiennent encore que le prévenu, pendant la période préparatoire à l'attribution de ces marchés, a reçu six reprises des représentants de la société M..., ce qui n'avait été fait pour aucune entreprise similaire ;

Que les juges déduisent de l'ensemble de ces éléments que le prévenu a fait bénéficier cette société d'avantages injustifiés en lui procurant des renseignements confidentiels qui lui ont permis de soumissionner aux conditions fixées par le maître de l'ouvrage ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations qui caractérisent des actes contraires aux dispositions du code des marchés publics alors applicable, ayant, notamment, pour objet de garantir l'égalité des candidats dans les marchés publics, la Cour d'appel a justifié sa décision ;

B - Définition insuffisante de l'objet du marché (art. 5)*

Audience publique du 16 janvier 2002
président : M. Cotte
rapporteur : M. Challe
avocat général : Mme Fromont

Une définition insuffisante de l'objet du marché caractérise le délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment observé, pour rejeter le pourvoi visant à faire juger que le délit de favoritisme n'était pas constitué, que la Cour d'appel avait relevé que "Le marché de travaux (...) était mal défini et permettait [au maître de l'ouvrage] de faire un choix arbitraire (...)".

Observations : L'article 5 du code des marchés publics applicable aux marchés lancés à compter du 9 septembre 2001, comme l'article 272 du code applicable aux marchés lancés avant le 9 septembre 2001, exigent une définition stricte de l'objet du marché qui sera proposé préalablement à toute mise en concurrence ou négociation. S'il en était autrement il serait aisé pour un acheteur de favoriser un candidat en faisant évoluer l'objet du marché en

fonction de l'offre de ce dernier selon la nature et l'étendue du besoin à satisfaire.

"La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision par la personne publique avant tout appel à concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à concurrence. Le marché conclu par la personne publique doit avoir pour objet exclusif de répondre à ces besoins" (art. 5)*. Cette règle de portée générale s'applique à tous les marchés.

C - Candidatures qui ne présentent pas de garanties techniques et financières suffisantes (art. 52)*

Audience publique du 16 janvier 2002
président : M. Cotte
rapporteur : M. Challe
avocat général : Mme Fromont

L'attribution de lots d'un marché à une entreprise qui n'avait pas les capacités professionnelles et techniques, est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment observé, pour rejeter le pourvoi visant à faire juger que le délit de favoritisme n'était pas constitué, que la Cour d'appel avait relevé "que l'entreprise, par ailleurs irrégulièrement bénéficiaire de deux lots n'avait ni la compétence en matière de main d'œuvre et d'encadrement, ni les moyens techniques pour être attributaire de deux lots".

Observations : L'article 52* du code des marchés publics dispose que ne doivent pas être admises les

candidatures qui ne présentent pas de garanties techniques et financières suffisantes. Bénéficie d'un

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

avantage injustifié, une entreprise qui est retenue pour déposer une offre, alors que son absence de compétence et de moyens pour exécuter un marché aurait dû l'écartier de la compétition. Ces exigences

concernent bien évidemment tous les marchés, même ceux pour lesquels leur passation s'effectue selon une procédure adaptée.

D - Avenant qui bouleverse l'économie du marché ou qui en change l'objet (art. 19)*

Audience publique du 16 janvier 2002

président : M. Cotte

rapporteur : M. Challe

avocat général : Mme Fromont

L'octroi d'un avenant qui modifie l'objet du marché ou qui en change l'objet, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment observé, pour rejeter le pourvoi visant à faire juger que le délit de favoritisme n'était pas constitué, que la Cour d'appel avait relevé "que constitue également un acte irrégulier l'établissement d'avenants qui bouleversent l'économie du marché en accordant, sans mise en concurrence, des prestations complémentaires au titulaire du marché par simple avenant au marché initial".

Observations : L'article 19* du code des marchés publics - comme l'article 255 bis du code applicable aux marchés lancés avant le 9 septembre 2001 - dispose : "*Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet*".

Un avenant doit permettre de rectifier ou de compléter un marché à la marge, ou en cas "de sujétions techniques imprévues" sans pour autant qu'il puisse fausser "rétroactivement" l'attribution du marché à raison de l'importance ou de la nature des prestations nouvelles accordées et sans que son objet s'en trouve modifié dans des conditions contraires à l'article 5* du code.

1.2 - Atteinte aux règles applicables à certaines procédures de marchés

1° - Atteinte relative à l'obligation d'utiliser la procédure d'appel d'offres (art. 26)* (procédure de droit commun des marchés)

A - Mise en œuvre d'une procédure fictive d'appel d'offres, appelée marché de régularisation

Audience publique du 2 avril 1998

(2^{ème} moyen)

président : M. Schumacher

rapporteur : M. Challe

avocat général : M. de Gouttes

(Gaz. pal. 25 et 26 fev. 2000; Jurisp. p. 38)

La mise en concurrence fictive en vue d'éviter la procédure d'appel d'offres connue sous le nom de marchés dits de régularisation, est constitutive du délit de l'article 432-14 du code pénal.

« (...) Attendu que, pour relaxer B... et E... 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 M..., 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 C... : que les juges ajoutent "qu'il ne résulte pas plus de ces circonstances l'intention pour E... 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

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

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 (...) ».

B - Utilisation irrégulière de la procédure d'exception des **achats sur simples factures**

Audience publique du 20 novembre 2001

président : M. Cotte

rapporteur : Mme Agostini

avocat général : M. Chemithe

Défaut de mise en œuvre des dispositions de publicité et de mise en concurrence exigées par la procédure d'appel d'offres, procédure de droit commun des marchés publics, pour les achats supérieurs à un certain seuil.

« (...) Attendu que, pour déclarer le prévenu coupable du délit d'atteinte à la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, les juges d'appel, par motifs propres et adoptés, relèvent notamment que JC... G..., maire d'une commune, a conclu les marchés de travaux d'un montant supérieur à 300 000 francs concernant le bâtiment de la poste de la commune et l'installation d'une usine-relais, sans avoir au préalable procédé à la publicité et à la mise en concurrence conformes aux dispositions du code des marchés publics ; que les juges ajoutent que le prévenu a consenti des avenants entraînant une hausse du prix de 34 % sans consultation et au mépris des observations écrites du préfet ; qu'enfin, ils constatent que ces agissements ont entraîné un surcoût pour la commune ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, d'où il se déduit qu'un avantage injustifié a été consenti aux entreprises bénéficiaires des marchés, la Cour d'appel, qui a répondu comme elle devait aux chefs péremptoires des conclusions du prévenu, a justifié sa décision (...) ».

Observations : Le code des marchés publics issu du décret du 7 mars 2001 a supprimé les achats sur simples factures qui mettaient à l'abri de l'article 432-14 du code pénal les acheteurs publics, qui n'étaient soumis, pour les marchés dont le montant n'excédait pas 300 000 Fttc, à aucune obligation relative à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats aux marchés.

Le code des marchés publics du 7 mars 2001 impose le respect de ces principes quel que soit le montant du marché et le code du 7 janvier 2004 a prévu des obligations de publicité et de mise en concurrence dont les manquements sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal. (cf note revue Le Moniteur 20 février 2004 p. 80 et suivantes publiée en annexe).

2° - Atteinte relative à la mise en œuvre de la procédure d'appel d'offres

A - Composition irrégulière de la **commission de choix** (art. 22)*

Audience publique du 15 septembre 1999

président : M. Gomez

rapporteur : M. Challe

avocat général : M. di Guardia

Porte atteinte aux règles de liberté d'accès et d'égalité des candidats aux marchés et constitue le délit de favoritisme, le fait pour le responsable d'une collectivité d'avoir laissé siéger des commissions d'appel d'offres avec un seul conseiller municipal en violation des dispositions réglementaires qui posent le principe de la collégialité.

« (...) Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué qu'à l'occasion de la passation de deux marchés de travaux, en 1991 et 1992, par la commune de S... dont H... est maire, l'un relatif à l'agrandissement du groupe scolaire et l'autre à la réhabilitation de la patinoire, diverses atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats à la commande publique ont été relevées par la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM), ayant eu pour objet de favoriser l'entreprise d'Alain D..., conseiller municipal, attributaire des lots de menuiserie ;

Attendu que, pour déclarer H... coupable du délit poursuivi, les juges d'appel relèvent notamment que le prévenu a laissé siéger les commissions d'appel d'offres des 12 mars 1991 et

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

10 mars 1992 avec la participation d'un seul conseiller municipal ayant voix délibérative, 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 (...) ».

B - Urgence irrégulièrement alléguée (art. 58)^{*}

Audience publique du 12 novembre 1998
président : M. Gomez
rapporteur : M. Challe
avocat général : M. Lucas

N'encourt pas la cassation l'arrêt d'une Cour d'appel qui condamne pour favoritisme la personne qui a attribué un marché de remise en état de la voirie communale, à un groupement, alors que l'exécution du marché antérieure à son attribution et l'utilisation faussement alléguée de la procédure d'urgence, établissaient par là même les éléments matériels et le caractère intentionnel du délit de favoritisme.

Observation : L'article 57 du code des marchés publics applicable (décret du 7 janvier 2004) dispose que le délai de réception des offres fixé à 52 jours ne peut être

réduit pour des motifs d'urgence, hormis les travaux inférieurs au seuil européen.

C - Modification du marché, postérieurement à son attribution (art. 60)*

Audience publique du 30 mai 2001
président : M. Cotte
rapporteur : M. Martin
avocat général : Mme Commaret

La décision d'attribuer un marché, prise par une commission d'appel d'offres, ne peut être modifiée, quant au choix de la solution retenue, ni par elle-même ni par la commission permanente [cette dernière n'ayant de surcroît pas qualité pour attribuer un marché].

« (...) Sur le second moyen de cassation proposé par B... P..., pris de la violation des articles 129-3 et 432-14 du code pénal (...) en ce que l'arrêt infirmatif attaqué a déclaré constituer le délit de favoritisme reproché à B... P... « Attendu que B... P... est également poursuivi pour avoir, courant 1994 et 1995, étant investi d'un mandat électif public, en l'espèce président du conseil général, procuré au groupement d'entreprises constitué de deux filiales de la société X... et de la société Y..., 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 ;

Que, pour le déclarer coupable de ce délit, l'arrêt rappelle tout d'abord que le conseil général de ... a lancé en 1993 un appel d'offres pour un marché "d'enrobés" destiné à l'entretien, l'extension et l'amélioration des réseaux routiers de département, chacune des entreprises soumissionnaires devant s'engager sur les deux options proposées : fabrication des enrobés sans fourniture des granulats (option A) ou avec fourniture de ceux-ci (option B) ; que la commission d'appel d'offres, réunie le 24 janvier 1994, a écarté la candidature de la société B... C..., qui ne disposait pas à cette date d'une centrale de fabrication d'enrobés sur place, retenu l'option A et choisi le groupement précité qui était le moins disant ; Que la commission permanente du conseil général, présidée par B... P..., a décidé le 28 mars 1994 au vu de l'avis de la commission d'appel d'offres qui s'était réunie le 24 mars 1994, de retenir en définitive l'option B à compter de 1995 et a autorisé son président à signer le marché avec le groupement pour un prix compris entre 20 082 727 Fttc et 80 330 896 Fttc, au lieu du montant initialement prévu, compris entre 12 927 876 Fht et 51 711 507 Fht ; Attendu que l'arrêt énonce que la commission d'appel d'offres n'a curieusement rédigé aucun compte rendu écrit pour cette modification, tandis qu'elle rédigeait un procès-verbal pour les neuf autres affaires examinées ; qu'à la date de la modification du marché, l'entreprise B...C... aurait pu valablement soumissionner car elle avait obtenu du préfet de Haute-Savoie l'autorisation d'exploiter une centrale d'enrobés, et qu'ainsi les motifs retenus pour rejeter son offre n'étaient plus alors justifiés. Que les juges du second degré

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

en concluent que le remplacement de la solution de type A par la solution de type B, à la faveur d'un simple renouvellement de marché, même si cette option avait été prévue dans la procédure initiale d'appel d'offres, apparaît comme non conforme aux modes normaux de passation des marchés publics, dans la mesure où, à la fois, ce renouvellement implique un bouleversement du marché initial, la commande du département augmentant de 31 %, et où le groupement retenu n'était pas forcément moins disant eu égard à l'agrément que venait de recevoir l'entreprise B... C... ;

Que l'arrêt relève également, quant à l'élément intentionnel, que le groupement bénéficiaire du renouvellement du marché comprenait en son sein l'entreprise J... L..., qui avait offert des séjours de chasse au président du conseil général et à son entourage ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, procédant de l'appréciation souveraine par les juges du fond des faits et circonstances de la cause, contradictoirement débattus, la Cour d'appel a justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen doit être écarté (...) ».

Observations : En procédure d'appel d'offres, c'est la commission d'appel d'offres qui est souveraine pour attribuer le marché. Dès que la commission a fait son choix, le marché est attribué et sera exécutoire après notification de la décision.

La commission permanente du Conseil général ne pouvait donc en aucune façon revenir sur le choix de la commission d'appel d'offres en considérant qu'il s'agissait d'un simple avis (articles 298 et 300 bis du code des marchés publics applicables à l'époque des faits).

En outre, ainsi que le souligne la Chambre criminelle de la Cour de cassation, une modification importante⁽¹⁾ du marché, postérieurement à son attribution par la commission d'appel d'offres, comme ce fut le cas en l'espèce, aura pour effet de vicier les conditions d'attribution, effectuées à partir des offres que les

candidats avaient élaborées, compte tenu d'un cahier des charges déterminé.

L'article 59-II alinéa 2 du code des marchés publics (décret 7 janvier 2004) dispose que la personne responsable du marché peut procéder à une mise au point des composantes du marché "sans que ces modifications puissent remettre en cause les caractéristiques substantielles, notamment financières du marché".

En interdisant que les conditions du marché fassent l'objet de modifications postérieurement à son attribution, la disposition précitée garantit l'égalité des candidats au marché, tout manquement est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

⁽¹⁾ *Seules les modifications mineures peuvent être envisagées. Il s'agit de mise au point souvent d'ordre purement technique.*

3° - Atteinte des règles exigées pour utiliser la procédure négociée [après déclaration d'infructuosité de l'appel d'offres] (art. 35)*

Audience publique du 24 octobre 2001
président : M. Cotte
rapporteur : M. Pibouleau
avocat général : Mme Commavet

La procédure négociée, qui est une procédure d'exception de l'appel d'offres, ne peut être utilisée que dans un certain nombre de cas prévus par le code des marchés publics, en l'espèce l'article 104-I-2° du code applicable à l'époque des faits (art. 35-I-1° du nouveau code).

Pour rejeter le pourvoi visant à faire juger que le délit de favoritisme n'était pas constitué, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a relevé que :

« (...) Attendu que, pour déclarer X..., maire de la commune de ..., coupable d'avoir procuré à l'entreprise S... un avantage injustifié par des actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, la Cour d'appel retient, qu'il a attribué à cette entreprise, sans justification de sa conformité aux exigences de l'article 52 du code des marchés publics, la construction d'une piste forestière contre l'incendie, alors que la procédure des marchés négociés utilisée n'avait pas été précédée d'une mise en concurrence par publication d'un nouvel avis et par une consultation écrite de la moitié au moins des candidats au précédent appel d'offres (...) ».

Observations : L'article 35 du code des marchés publics applicable aux marchés lancés à compter du 9 septembre 2001, autorise de négocier avec les seuls

candidats qui avaient été admis à présenter une offre et dans cette hypothèse dispense de procéder à une nouvelle mesure de publicité.

* du code des marchés publics relatif aux marchés lancés à compter du 10 janvier 2004 (décret du 7 janvier 2004).

Cette disposition n'a pas été modifiée par le décret du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.

1.3 - Modification de l'élément matériel du délit

Effet d'une réforme du code des marchés publics sur l'application du délit 432-14 du code pénal

Premier arrêt

Audience publique du 7 avril 2004

président : M. Cotte

rapporteur : M. Challe

avocat général : Mme Commaret

La modification, après la commission du délit de favoritisme, des dispositions dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés constitutives de l'infraction, est sans effet sur l'application du délit de l'article 432-14 du code pénal, aux manquements commis.

"Attendu que les dispositions réglementaires nouvelles du code des marchés publics, modifiant les conditions de passation desdits marchés, ne s'appliquent pas aux infractions commises avant leur entrée en vigueur, dès lors que le texte législatif, support légal de l'incrimination, n'a pas été modifié ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que X a passé un marché pour la fourniture de mobilier sans mise en concurrence préalable, alors que le montant total de ce marché, qui a été artificiellement fractionné, s'est élevé à 446 549 Fttc, excédant ainsi le seuil de 300 000 Fttc prévu par l'article 321 du code des marchés publics, alors applicable ;

Attendu que, pour infirmer le jugement ayant déclaré les prévenus coupables de favoritisme et recel de ce délit et déclarer l'action publique éteinte, l'arrêt, après avoir relevé que l'article 28 du nouveau code des marchés publics, résultant du décret du 7 mars 2001, a porté à 90 000 € (590 361 F) le seuil en dessous duquel la mise en concurrence n'est pas obligatoire, énonce que le marché litigieux étant d'un montant inférieur à ce nouveau seuil les infractions ne sont plus pénalement punissables ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que l'article 432-14 du code pénal, support légal de l'incrimination, demeure en vigueur, la Cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe ci-dessus rappelé ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Deuxième arrêt

Audience publique du 28 juin 2004

président : M. Cotte

rapporteur : M. Dulin

avocat général : M. Mouton

"Attendu que la cour d'appel a écarté, à bon droit, 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" ;

observations : On s'est longtemps interrogé sur la question de savoir si le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces s'appliquerait en cas de modification de la réglementation des marchés dans un sens favorable à l'acheteur. Ainsi celui qui avait commis le délit de favoritisme par non respect d'une disposition du code des marchés publics sera-t-il tout de même condamné si au moment du jugement il s'avère que cette obligation a été supprimée ou adoucie au point que le prévenu n'aurait pas eu à s'y conformer. La

MIEM avait pris une position favorable à l'acheteur. La Cour de cassation dans l'arrêt du 28 juin 2004 a considéré que le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces ne s'appliquait qu'en cas de modification du support légal de l'infraction, c'est-à-dire de l'article 432-14 du code pénal.

Cette décision règle une question très importante compte tenu du caractère mouvant de la réglementation des marchés.

En résumé sur l'élément matériel du délit de favoritisme :

La Cour de cassation considère que le délit de favoritisme est constitué dès lors que l'acte irrégulier prescrit à l'article 432-14 du code pénal a été commis et particulièrement :

1 - par le non respect des dispositions du code des marchés publics applicables à toutes les procédures de marchés ;

2 - par l'utilisation non justifiée d'une procédure dérogatoire à l'appel d'offres, procédure de principe des marchés publics garantissant le mieux le principe de libre et égal accès aux marchés ;

3 - par le non respect, dans les espèces examinées, des règles qui s'imposent aux procédures régulièrement retenues ;

La Cour de cassation considère que lorsque ces irrégularités existent, les juges du fond ne pourraient sans se contredire ou mieux s'en expliquer, dire que les prévenus n'ont pas commis le délit de l'article 432-14 du code pénal (voir commentaire Gazette du palais 25-26 février 2000 p.38).

-- 0 --

2 - Élément moral du délit : l'intention

Audience publique du 15 septembre 1999
 président : M. Gomez
 rapporteur : M. Challe
 avocat général : M. di Guardia

L'intention se déduit du manquement à la réglementation, commis par un maire qui ne peut s'exonérer de sa responsabilité pénale en alléguant sa méconnaissance de la réglementation du marché.

« (...) Le responsable de la collectivité, maire depuis 1989* et antérieurement conseiller municipal, ne peut se réfugier derrière une méconnaissance de la procédure pour soutenir que le caractère intentionnel du délit, nécessaire pour caractériser l'infraction, fait défaut (...). »

*Les marchés ont été passés entre 1991 et 1992.

Audience publique du 7 mars 2000
 président : M. Gomez
 rapporteur : M. Desportes
 avocat général : M. di Guardia

L'intention coupable se déduit du manquement à la réglementation qui a consisté à octroyer un marché supérieur à 300 000 F par simple décision du maire. Le prévenu ne peut s'exonérer en invoquant une erreur de droit ou une erreur technique.

« (...) que l'intention coupable se déduit du manquement que ni [les prévenus], qui avaient eu des responsabilités antérieures dans les collectivités territoriales, puis à la mairie de V..., ne pouvaient ignorer ; qu'il ne peut soutenir que ces services ont commis une "erreur technique" qu'il n'avait décelée en raison d'importants problèmes familiaux ; qu'il n'existe aucune erreur de droit en l'espèce ; seule la procédure employée constitutive de l'infraction étant erronée ; qu'en conséquence, le maire de V..., en octroyant à la société M... par simple "décision du maire" un marché supérieur à 300 000 F, violant ainsi l'égalité des candidats, a commis l'infraction qui lui est reprochée (...) ».

Audience publique du 24 octobre 2001
 président : M. Cotte
 rapporteur : M. Pibouleau
 avocat général : Mme Commaret

Ne peut alléguer l'absence d'intention coupable dans la commission des faits du délit de l'article 432-14 le prévenu de mauvaise foi, qui se déclare incompetent dans la passation des marchés alors qu'il est maire d'une commune depuis 18 ans et qu'il a passé plusieurs marchés publics.

« (...) aux motifs que le prévenu ne peut se retrancher utilement derrière son incompetence ; qu'en effet, maire depuis plus de 18 ans, il a passé plusieurs marchés publics et une expérience certaine ne peut lui être déniée...

Attendu qu'en l'état de ces motifs, d'où il résulte qu'un avantage a été nécessairement procuré à l'entreprise attributaire du marché et dès lors que les juges ont relevé que l'incompétence du prévenu n'était nullement exclusive de sa mauvaise foi dans la gestion des deniers publics, la Cour d'appel a justifié sa décision ; D'où il suit que le moyen ne peut être admis (...) ».

Audience publique du 16 janvier 2002
 président : M. Cotte
 rapporteur : M. Challe
 avocat général : Mme Fromont

L'intention du délit de l'article 432-14 du code pénal se déduit du manquement à la réglementation, sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve d'un dol spécial établissant la volonté de porter atteinte à l'égalité des candidats.

La Chambre criminelle de la Cour de cassation a notamment observé, pour rejeter le pourvoi visant à faire juger que le délit de favoritisme n'était pas constitué à raison de l'absence d'un dol spécial établissant la volonté avérée de porter atteinte à l'égalité des candidats, que "l'intention frauduleuse de M. C... se déduit du manquement à la réglementation ; qu'un mauvais choix de procédure ou un simple défaut de vigilance établit le caractère intentionnel de la faute".

Audience publique du 30 avril 2003

président : M. Cotte
rapporteur : M. Samuel
avocat général : M. Finielz

L'intention coupable est caractérisée du seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit.

Vu l'article 300 alinéa 4 ancien du code des marchés publics et l'article 593 du code de procédure pénale ;

Attendu que, selon le premier de ces textes, une offre comportant une variante par rapport à l'objet du marché tel qu'il a été défini par l'Administration ne peut être prise en considération que si une telle possibilité est expressément prévue par l'appel d'offres ;

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

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que, par contrat en date du 31 mai 1996, la mairie de B... a confié à la société T... la maîtrise d'œuvre de travaux concernant des infrastructures du port ; que la société T... a elle-même sous-traité ce contrat au bureau d'études E..., exploité par Francis X... ; que celui-ci, après avoir rédigé le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) qui, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres, a servi de référence pour l'établissement des offres, a procédé à l'analyse de ces dernières, mettant en évidence les propositions de trois entreprises dont la société N... ; qu'au vu de cet avis technique, la commission d'appel d'offres a choisi cette dernière société, parmi les treize entreprises concurrentes ;

Que, l'une d'entre elles ayant saisi les services de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, une enquête a été effectuée, au terme de laquelle Francis X... a été poursuivi pour avoir notamment procuré à l'entreprise N... un avantage injustifié en ne proposant pas à la commission d'ouverture des plis de rejeter l'offre de cette entreprise, alors qu'il savait que ladite offre n'était pas conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières et ne remplissait pas l'objet du marché ;

Attendu que, pour le renvoyer des fins de la poursuite, la Cour d'appel, après avoir relevé que la société N... avait fait des "propositions techniques répondant sensiblement aux données du CCTP" énonce que son offre "répondait aux prescriptions techniques dans des conditions ne remettant pas en cause l'économie du projet et que la liberté d'accès et l'égalité des candidats étaient respectées" ; qu'elle ajoute que "la seule violation d'une règle de passation des marchés publics ne suffit pas à constituer le délit en l'absence d'élément intentionnel", que les offres des candidats ont été examinées avec la même objectivité et "qu'il n'y a pas eu mise à l'écart arbitraire de l'une quelconque des sociétés soumissionnaires".

Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, alors, d'une part, qu'il résulte de ses propres constatations qu'une variante avait été apportée au marché, d'autre part, que l'intention coupable est caractérisée du seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit, la Cour d'appel, qui n'a pas recherché si cette variante avait été prévue dans l'appel d'offres, n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Audience publique du 14 janvier 2004

président : M. Cotte
rapporteur : M. Challe
avocat général : M. Chemithe
*(contrats et marchés publics, éditions
du juris-classeur mars 2004 p. 14 & 15)*

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que, le 17 janvier 1997, la commune de [...], dont le maire est Jean-Claude Mxxxx a lancé un appel d'offres ouvert pour la construction d'un complexe sportif d'un montant de plus de 14 millions de francs, sans que le choix du maître d'œuvre, Maurice Sxxxx, dont la rémunération avait été fixée à plus de 1,5 millions de francs, ait été précédé d'un concours d'architecture conformément aux articles 314 bis et 314 ter du code des marchés publics alors applicables, le montant estimé du marché excédant le seuil de 900 000 francs fixé par l'arrêté du 14 mars 1986 ;

Attendu qu'à la suite de la saisine du tribunal administratif par l'autorité préfectorale, le conseil municipal de [...], par délibération du 25 juillet 1997, a annulé le marché de maîtrise d'œuvre passé irrégulièrement avec Maurice Sxxxx ;

Attendu que, pour relaxer Jean-Claude Mxxxx du chef de tentative de favoritisme, faute d'intention coupable, l'arrêt attaqué, après avoir relevé que le prévenu n'avait pas organisé de concours d'architecture pour le choix du maître d'œuvre bien que le montant du marché excédât le seuil de 900 000 francs alors applicable, énonce que, toutefois, il résulte des documents présentés par la défense et de l'enquête que Jean-Claude Mxxxx n'a pas cherché à favoriser Maurice Sxxxx ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et le principe susénoncé ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Observations : Il résulte de l'ensemble des arrêts examinés précédemment, que la Chambre criminelle de la Cour de Cassation fait application de sa jurisprudence selon laquelle la seule violation en connaissance de cause, d'une disposition légale ou réglementaire dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, implique de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal (crim. 12 juillet 1994, bull. crim.1994 n° 280, p.692). Dans les espèces soumises au contrôle de la Cour de cassation, la violation de dispositions du code des marchés publics est un "acte irrégulier" constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal, sans qu'il soit nécessaire de rechercher si ce manquement est exclusif de toute intention frauduleuse. L'intention résulte directement de la commission de l'acte irrégulier, attentatoire au principe de liberté d'accès ou/et d'égalité (gaz.pal. 12-14 mars 1995). Il appartiendra dans ces conditions à l'auteur du délit d'établir qu'il n'a pas eu l'intention de commettre l'infraction. Il pourra invoquer l'erreur de droit de l'article 122-3 du code pénal s'il justifie qu'il n'était pas en mesure de connaître le texte ou d'en faire une juste application compte tenu

de sa complexité. Toutefois, à la différence d'un particulier, un responsable d'une personne publique pourra difficilement invoquer l'erreur de droit, alors qu'il dispose des moyens que lui donnent les services de la collectivité ou de l'établissement auquel il appartient, voire de ceux de l'Etat pour connaître de la réglementation qu'il a par ses fonctions l'obligation d'appliquer (crim. 5 mars 1987, bull. crim. n° 84, droit pénal 1997, 107). Ainsi la Chambre criminelle a considéré qu'une personne responsable de marchés, maire depuis deux années et antérieurement conseiller municipal ne pouvait invoquer son ignorance pour justifier le non-respect du code des marchés publics (Cass. crim. 15 sept. 1998). On peut penser que la Cour de cassation sera d'autant plus stricte que les règles applicables ne pouvaient être méconnues de la collectivité et de l'établissement. Ainsi par exemple dans l'espèce du 15 septembre 1999, le responsable de la collectivité ne pouvait ignorer qu'une procédure de mise en concurrence s'imposait au-dessus de 300 000 Fttc et dans l'espèce du 24 octobre 2001 le prévenu maire depuis 18 ans ne pouvait alléguer son incompétence.

En résumé sur l'élément moral du délit de favoritisme

- L'intention se déduit du manquement à la réglementation.
- Il n'y a donc pas lieu de rapporter la preuve d'un dol spécial établissant la volonté d'avantager autrui.
- Compte tenu de la qualité des personnes qui passent les marchés, l'erreur de droit a jusqu'à présent été rejetée.

-- 0 --

II – POUVOIRS ATTRIBUÉS AUX MEMBRES DE LA MIEM
PAR LA LOI DU 3 JANVIER 1991 POUR ENQUÊTER SUR
LE DÉLIT DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL ET LE CONSTATER

**1 – Habilitation légale des membres de la MIEM
pour constater le délit de l'article 432-14 du code pénal
[art. 7 loi 3.01.1991]**

Audience publique du 1er octobre 1998
président : M. Gomez
rapporteur : M. Challe
avocat général : M. Amiel

Si le directeur général de la Concurrence ne peut pas saisir la Mission interministérielle d'une demande d'enquête [ne faisant pas partie des autorités visées à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991], il peut cependant lui adresser pour information des renseignements, le chef [les membres] de la MIEM étant habilité par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991

à constater le délit de l'article 432-14 du code pénal. Le dossier devra le cas échéant être communiqué au procureur de la République compétent, sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale.

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à la suite de l'envoi par le chef de la Mission au procureur de la République compétent d'un dossier qui lui avait été adressé par le directeur général de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) :

« (...) Attendu que, pour refuser d'annuler l'avis adressé par le chef de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés au procureur de la République, dont l'irrégularité est alléguée, et la procédure subséquente, notamment l'enquête préliminaire, le réquisitoire introductif du 19 mars 1996 et les actes de l'information, la Chambre d'accusation énonce que le chef de la Mission interministérielle, habilité à constater le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, analysant les pièces qui lui avaient été communiquées par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, et estimant qu'il existait des présomptions graves d'infraction à l'article 432-14 du code pénal, en a donné avis au procureur de la République, en application de l'article 40 du code de procédure pénale ; Que les juges ajoutent qu'aucune atteinte aux droits de la défense ne saurait résulter du respect par un fonctionnaire des prescriptions du code de procédure pénale ;

Attendu qu'en l'état de ces motifs, et dès lors que, d'une part, le directeur général de la Concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes n'a pas saisi la Mission interministérielle d'une demande d'enquête, sur le fondement de l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991, mais s'est borné à transmettre à celle-ci, pour information, les renseignements recueillis par le directeur départemental de la Concurrence sur le marché passé, le 11 octobre 1993, et que, d'autre part, le chef de la Mission était tenu, conformément à l'article 40 du code de procédure pénale, de donner avis au procureur de la République de l'infraction à l'article 432-14 du code pénal, qu'il avait constatée après examen des pièces transmises, l'arrêt attaqué n'encourt pas la censure (...) ».

Audience publique du 7 mai 2002
président : M. Cotte
rapporteur : M. Challe
avocat général : Mme Fromont

Les membres de la MIEM auxquels sont attribués par la loi certaines fonctions de police judiciaire et les officiers de police judiciaire, ont une **compétence concurrente** pour enquêter sur l'infraction [de l'article 432-14 du code pénal] et la constater, en application des articles 14 et 15 du code de procédure pénale, auxquels il n'a pas été dérogé par la loi du 16 décembre 1992.

« (...) Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme que M. P... D..., maire de ..., a fait paraître ... une information aux entreprises en vue de faire procéder à la démolition de bâtiments composant un ancien site industriel, en application de la procédure simplifiée prévue par l'article 321 du code des marchés publics, alors en vigueur, qui permettait à l'autorité chargée de passer le marché de s'exonérer des règles de mise en concurrence lorsque le

montant annuel des travaux, toutes taxes comprises, n'excédait pas 300 000 F ; Qu'après avoir examiné les offres de prix de trois entreprises, sur les cinq ayant répondu à cette annonce, la commission des travaux a retenu celle d'une entreprise (...) pour un coût total de 82 500 Fht ; Que le procureur de la République, après avoir ordonné une enquête préliminaire sur les conditions d'attribution du marché, a saisi la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes qui a relevé que le montant global de ce marché aurait impliqué un appel public à la concurrence ; que la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM), saisie à son tour par ce magistrat, a constaté que l'offre de prix, hors taxes, de l'entreprise belge, s'était élevée à 1 650 000 F en y incluant la valeur des matériaux de récupération et qu'en conséquence la procédure de travaux sur mémoires avait été utilisée à tort ; Attendu que M. P... D... a été cité devant la juridiction correctionnelle pour infraction à l'article 432-14 du code pénal ;

Sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 7 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 dans sa rédaction issue de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, 14, 485, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré régulière la procédure d'enquête préliminaire suivie à l'encontre de P... D... ; "aux motifs, repris des premiers juges, que P... D... soulève une méconnaissance de la procédure d'enquête et de constatation des infractions en matière de marchés publics ; qu'il soutient que seule la mission interministérielle d'enquête sur les marchés a compétence pour procéder à l'enquête et la constatation des infractions et que c'est elle qui, en principe, saisit le ministère public, après rapport d'enquête et de constatation effectué par ses soins ; qu'il en déduit un monopole de compétence, en la matière à ladite commission ; qu'à cet effet, il invoque la disparition de la référence faite aux officiers et agents de police judiciaire contenue dans l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 qui dispose que : "sont habilités à constater l'infraction au présent article, outre les officiers de police judiciaire, les membres de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés" ; que lors de la modification de cet article par la loi du 16 décembre 1992 dite loi d'adaptation du code pénal dans son article 296-II qui dispose que : "les membres de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics sont habilités à constater l'infraction prévue par l'article 432-14 du code pénal" ; que la formule "outre les officiers de police judiciaire" est devenue superflue, à l'entrée en vigueur du nouveau code pénal, dans la mesure où le procureur de la République, aux termes des dispositions combinées des articles 40, 41 et 75 du code de procédure pénale, exerce seul l'action publique, dirige l'activité des officiers de police judiciaire dans le ressort de son tribunal et apprécie seul la suite à donner aux plaintes et dénonciations ; que l'action publique ne dépend pas non plus de la plainte préalable de ladite commission et enfin, qu'il s'agit d'un délit économique ; "alors que, dans la mesure où il résulte clairement des dispositions de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 que le législateur a entendu déroger en matière de constatation de l'infraction prévue par l'article 432-14 du code pénal à la compétence générale en matière de recherche des infractions des officiers de police judiciaire et confié cette recherche dans cette matière spécifique aux membres de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics, la cour d'appel, qui constatait que l'enquête avait été menée par des officiers de police judiciaire, ne pouvait, sans méconnaître les textes susvisés, refuser d'annuler la procédure d'enquête" ;

Attendu que, pour rejeter l'exception de nullité de la procédure d'enquête préliminaire prise de ce que les officiers de police judiciaire n'auraient pas compétence pour constater le délit prévu par l'article 432-14 du code pénal, les juges se prononcent par les motifs repris au moyen ;

Attendu qu'en cet état, et dès lors que les membres de la MIEM, auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire, et les officiers de police judiciaire, ont une compétence concurrente pour enquêter sur l'infraction précitée et la constater, en application des articles 14 et 15 du code de procédure pénale auxquels il n'a pas été dérogé par la loi du 16 décembre 1992, la cour d'appel a justifié sa décision ; d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli (...) ».

Audience publique du 5 décembre 2001
président : M. Challe
rapporteur : M. Dulin
avocat général : M. di Guardia

Les auditions effectuées par les enquêteurs de la MIEM et la communication du rapport qui en résulte suffisent à considérer que le prévenu a eu connaissance des faits qui lui étaient reprochés dans la procédure judiciaire dont il est l'objet.

« (...) Sur le troisième moyen de cassation proposé pour X..., pris de la violation des articles 432-14 du code pénal, 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 116, 206, 574, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale, ensemble violation des droits de la défense, du principe de loyauté et du principe d'égalité des armes :

"en ce que l'arrêt attaqué a rejeté l'exception de nullité du procès-verbal de première comparution et ordonné le renvoi de X... devant le tribunal correctionnel du chef des délits de favoritisme ou d'avantages injustifiés ; "alors, d'une part, que seul l'exposé dans le procès-verbal de première comparution des faits et circonstances motivant la mise en examen permet de s'assurer que, dans le respect tant des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de celles de l'article 116 du code de procédure pénale, la personne mise en examen a été réellement informée de la nature et de la teneur de chacun des faits qui lui sont reprochés ; qu'en l'espèce, la simple référence au rapport d'enquête de la MIEM, qui lui avait été communiqué, considérée par la Cour d'appel comme suffisant, n'était pas de nature à permettre au mis en examen de contester ni la teneur des faits ni leur nature, dans la mesure où pas moins de 428 marchés étaient visés et où le procès-verbal se bornait à reproduire les termes du réquisitoire introductif qui ne visait aucun fait individualisé dans l'espace et le temps ; qu'en refusant d'annuler cet acte, la chambre d'accusation a violé les droits de la défense ; "alors, d'autre part, que le procès-verbal de première comparution doit porter mention de l'exacte qualification juridique des faits motivant la mise en examen afin de s'assurer que, dans le respect tant des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales que de celles de l'article 116 du code de procédure pénale, la personne mise en examen a été réellement informée de la nature de chacun des faits reprochés ; qu'en l'espèce, ce procès-verbal ne visait que la méconnaissance des règles de passation des marchés publics sans mentionner l'avantage qui aurait été procuré aux candidats à ces marchés, ce qui, constituant un élément du délit au sens de l'article 432-14 du code pénal, aurait dû figurer dans la qualification mentionnée ; qu'en refusant d'annuler cet acte, la chambre d'accusation n'a pas légalement justifié sa décision" ;

Attendu que, pour rejeter la demande de nullité du procès-verbal d'interrogatoire de première comparution, faute de notification précise des faits reprochés, la chambre d'accusation relève que X... avait connaissance de ces faits par l'enquête de la MIEM qui l'avait entendu à plusieurs reprises et dont le rapport, fondement de la présente procédure, lui avait été communiqué ;

Attendu qu'en l'état de ces dénonciations, et dès lors que la Cour de Cassation est en mesure de s'assurer que les mentions du procès-verbal de première comparution satisfont aux prescriptions conventionnelles et légales qui n'exigent pas que soient explicités par écrit les faits qui motivent la mise en examen, ni les éléments constitutifs du délit reprochés, l'arrêt n'encourt aucun des griefs allégués par le moyen, lequel doit être écarté (...). ».

Observations sur la conséquence qui résulte de l'habilitation légale des membres de la MIEM de constater le délit de l'article 432-14 du code pénal :

1 - Les membres de la MIEM, habilités par l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 à constater le délit de l'article 432-14 du code pénal, font partie de la catégorie des agents et fonctionnaires auxquels ont été attribuées certaines fonctions de police judiciaire (articles 14 et 15 du code de procédure pénale). Il en résulte que les actes d'enquête qu'ils effectuent pour la

recherche du délit ont le caractère d'actes de police judiciaire.

La nature juridique des actes de la MIEM a été expressément reconnue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation dans les arrêts du 1^{er} octobre 1998 et du 7 mai 2002. L'arrêt du 5 décembre 2001 l'illustre de la meilleure manière, en indiquant que la Chambre d'accusation de la Cour d'appel, en énonçant que les actes d'enquêtes des membres de la MIEM et la communication de son rapport aux prévenus, étaient

suffisants pour justifier de la connaissance par ces derniers des faits qui leur étaient reprochés.

2 - Les arrêts du 1^{er} octobre 1998 et du 7 mai 2002 précités ont été rendus à la suite de procédures judiciaires qui résultaient d'une communication de faits de favoritisme, faite à la MIEM, par une administration et par un parquet. Le pouvoir donné aux membres de la MIEM de constater le délit de l'article 432-14 du code pénal est donc général et ne paraît pas nécessiter d'être réalisé dans le cadre exclusif d'une saisine préalable des autorités énumérées à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991.

La MIEM peut donc être saisie sur deux fondements juridiques :

- l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 qui permet aux autorités ministérielles, préfectorales et à la Cour des

comptes de demander à la MIEM de diligenter une enquête ou de donner son avis sur "les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles ont été préparés, passés et exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public...".

- l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 qui habilite les membres de la MIEM à constater le délit de l'article 432-14 du code pénal, que ce soit à l'occasion de l'enquête généraliste ou dans le cadre d'une demande d'avis, en particulier comme ce fut le cas dans l'arrêt du 1^{er} octobre 1998 précité, sur la sollicitation d'une administration ou d'un parquet dans l'arrêt du 7 mai 2002 ou selon nous de toute autre personne qui aurait connaissance de faits de favoritisme, la Mission tirant sa compétence de l'article 7 et non de la qualité des personnes qui l'informent.

2 – Pouvoirs d'enquête des membres de la MIEM

Audience publique du 8 octobre 1996

président : M. Le Gunehec

rapporteur : M. Guerder

avocat général : M. Dintilhac

(Bull. crim. n° 350 p. 1040)

Selon l'article 4 de la loi du 3 janvier 1991, les membres de la MIEM disposent d'un droit de communication de pièces dans les locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, pour obtenir les éléments nécessaires à l'exercice de leur contrôle ou de l'enquête qu'ils effectuent. Ce droit n'est pas subordonné à l'autorisation judiciaire de

l'article 5 de cette même loi qui n'est exigée qu'en cas de saisie de documents pour la recherche et la constatation du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur ce point à la suite d'un refus de communication de pièces opposé à des membres de la MIEM :

« (...) qu'en l'espèce, les membres de la Mission, qui se sont bornés à se rendre dans les locaux professionnels de la société S...et à demander communication des documents relatifs aux investigations pour lesquelles ils étaient régulièrement commis, pouvaient le faire sans avoir à justifier d'une quelconque autorisation judiciaire, en se référant seulement aux termes de l'article 4 de la loi du 3 janvier 1991 ; X..., qui n'a pas contesté exercer à la date du contrôle la direction de l'agence et qui a été parfaitement informé par les membres de la Mission du cadre légal dans lequel ils agissaient et de la lettre du préfet du ... les saisissant, n'a pu, sans enfreindre les dispositions de l'article 8 de ladite loi sanctionnant de peines correctionnelles quiconque fait obstacle, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des pouvoirs attribués aux membres de la Mission, refuser à ceux-ci la communication de documents qu'ils requéraient de lui au seul motif qu'ils n'étaient pas porteurs d'une autorisation judiciaire, dont la loi ne leur imposait nullement d'être détenteurs (...) ».

Observations sur le droit de communication de pièces accordé à la MIEM par la loi du 3 janvier 1991 :

Les membres de la Mission peuvent accéder à tout document ou information détenu par les services de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics, les sociétés d'économie mixte (article 3 de la loi du 3 janvier 1991) et les entreprises (article 4 de la loi), sans que puisse leur être opposé le secret professionnel. Ces dispositions permettent d'exiger de ceux qui les détiennent, la communication de tout document et renseignement et de procéder à toute audition utile à l'enquête prescrite à l'article 1^{er} de la loi, en dehors ou pour la recherche du délit de l'article 432-14 du code pénal. L'arrêt ci-dessus du 8 octobre 1996 trouve son origine dans les poursuites engagées à l'encontre d'un responsable d'entreprise, qui avait refusé de satisfaire aux demandes de communication de pièces et renseignements de la Mission et qui était poursuivi du chef d'opposition à fonction sur le fondement de l'article 8 de la loi du

3 janvier 1991¹. Le tribunal avait relaxé le prévenu au motif que la demande de communication sollicitée par les enquêteurs, conformément à l'article 4 de la loi, ne permettrait que d'accéder aux seules pièces détenues par les administrations et non à celles des entreprises. Cette interprétation restrictive confirmée par la Cour d'appel n'a pas prospéré.

L'interprétation de l'article 4 de la loi du 3 janvier 1991 qui fonde le droit de communication des membres de la Mission auprès des entreprises est en effet dénuée de toute ambiguïté. A l'occasion des travaux parlementaires, le rapporteur de la commission a indiqué en ce qui concerne l'article 4 de la loi : « Ce pouvoir d'enquête permettra ensuite à la Mission de conduire ses investigations auprès des entreprises (...) » [A.N. n° 1758, rapport M. Michel Suchod, annexe au PV du 22 novembre 1990, page 31].

La Cour de cassation a déjà eu maintes fois l'occasion de se prononcer pour permettre aux diverses autorités administratives qui sont titulaires de ce même droit de

l'exercer. Elle l'a réaffirmé à travers cet arrêt de la façon la plus claire, pour le droit de communication de pièces dont bénéficient les membres de la MIEM qui ne sont pas tenus à une autorisation judiciaire préalable. La communication de pièces est distincte de la saisie de pièces prescrite à l'article 5 de la loi. Celle-ci ne peut s'effectuer que pour la recherche et la constatation du délit de l'article 432-14 du code pénal, sa nature justifie qu'elle soit protégée par l'intervention de l'autorité judiciaire.

Cette décision de la juridiction suprême consacre par là même les pouvoirs d'enquête accordés par le législateur à la MIEM. L'octroi par le législateur de pouvoirs de police judiciaire en vue de constater le délit de l'article 432-14 du code pénal est strictement contrôlé par le Conseil constitutionnel.

Les pouvoirs d'enquête accordés à la MIEM font l'objet d'un encadrement procédural strict.

¹ Sera puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 5 000 francs à 50 000 francs, 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".

3 – Seuls les membres de la MIEM et les officiers de police judiciaire sont légalement habilités à constater le délit de l'article 432-14 du code pénal.

3.1 - Nullité de la procédure

Audience publique du 5 mai 1999
président : M. Gomez
rapporteur : Mme de La Lance
avocat général : M. Geronimi
(Bull. crim. n° 88 p. 239)

Nécessité d'une **habilitation légale ou judiciaire** pour enquêter sur le délit de favoritisme. A défaut la nullité de l'enquête est encourue.

« (...) Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure que, suite à une plainte avec constitution de partie civile du 24 mai 1994 de l'entreprise "A...", une information a été ouverte contre personne non dénommée pour des faits de favoritisme, délit prévu et réprimé par l'article 432-14 du code pénal, et que le juge d'instruction a délégué ses pouvoirs, par commission rogatoire du 9 septembre 1994, à deux agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), habilités, en application de l'article 45 alinéa 3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, par arrêté du 5 novembre 1993, et au commandant du groupement de gendarmerie des Hautes-Alpes, pour procéder à une enquête complète des faits ;

Attendu que, pour prononcer la nullité de la commission rogatoire précitée et de tous les actes postérieurs, les juges énoncent que les agents désignés par le magistrat instructeur étaient habilités à recevoir et exécuter des commissions rogatoires, mais seulement pour les infractions visées par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et non dans le cadre de l'article 432-14 du code pénal, délit pour lequel aucun texte spécial n'habilite d'autres personnes que les officiers de police judiciaire à réaliser une enquête sur commission rogatoire et qu'ainsi, le juge d'instruction a méconnu une règle essentielle du code de procédure pénale ;

Qu'ils ajoutent que ces personnes ne sont pas assermentées, et qu'il n'est pas juridiquement admissible que des personnes non habilitées et non requises aient connaissance de l'ensemble d'une procédure menée sur commission rogatoire ;

Qu'ils concluent que la commission rogatoire doit être annulée ainsi que tous les actes postérieurs, qui ne sont intervenus qu'au vu des résultats de celle-ci ;

Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, et dès lors que le juge d'instruction ne pouvait avoir recours aux agents de la DGCCRF qu'en leur qualité de personnes qualifiées et après leur avoir fait prêter le serment indiqué à l'article 60 du code de procédure pénale, la chambre d'accusation a justifié sa décision sans encourir les griefs allégués (...) ».

Audience publique du 3 décembre 1998
président : M. Gomez
rapporteur : M. Soulard
avocat général : M. Geronimi
(Bull. crim. n° 333 p. 967)

Ne peuvent assister à une **perquisition** effectuée par des officiers de police judiciaire, des agents qualifiés en matière de marchés publics, s'ils ne sont pas inscrits sur les listes d'experts ou s'ils n'ont pas prêté le serment écrit de l'article 60 du code de procédure pénale.

« (...) Attendu qu'il résulte de ces textes que, si le juge d'instruction peut, lorsqu'il se transporte sur les lieux pour y effectuer toutes constatations utiles ou procéder à des perquisitions, avoir recours à des personnes qualifiées, celles-ci, sauf si elles sont inscrites sur l'une des listes prévues à l'article 157 du code de procédure pénale, doivent prêter, par écrit, le serment indiqué à l'article 60 dudit code (...) ».

Observations : Les agents de la concurrence peuvent être habilités en vertu de l'article 45 alinéa 3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 à exécuter des commissions rogatoires des juges d'instruction pour la répression des pratiques anti-concurrentielles visées par cette ordonnance.

Mais ils ne peuvent pas, en l'absence de toute habilitation légale, exécuter des commissions rogatoires pour enquêter sur le délit de l'article 432-14 du code pénal. Ils ne pourraient intervenir comme "personne

qualifiée" à la demande de l'autorité judiciaire, qu'après avoir prêté le serment de l'article 60 du code de procédure pénale comme tout autre sachant, s'ils ne sont pas inscrits sur les listes d'experts prévus par l'article 157 du code de procédure pénale, c'est-à-dire en vertu d'une habilitation judiciaire.

La Cour de cassation l'a précisé à l'occasion d'une enquête diligentée par des agents de la DGCCRF sur commission rogatoire.

3.2 - Limites

Audience publique du 27 avril 2000
président : M. Gomez
rapporteur : M. Challe
avocat général : M. Geronimi

Un simple rapport d'examen technique, effectué par une autorité non habilitée, ne vicie pas la procédure subséquente en l'absence d'actes d'enquête.

La Cour de cassation a indiqué que l'absence d'habilitation légale ou judiciaire conduisait à la nullité du rapport effectué dans ces conditions, mais n'avait pas d'effet sur les actes subséquents de la procédure dans la mesure où aucun acte d'enquête n'avait été effectué, l'intervention des agents de la DDCCRF n'a en quelque sorte « Rien ajouté à l'enquête » :

« (...) L'arrêt attaqué, après avoir annulé le rapport d'expertise technique établi par des personnes qualifiées a refusé d'annuler les actes et pièces de la procédure postérieure de ce rapport aux motifs que "les actes ultérieurs ne trouvent pas leur support nécessaire dans les constatations viciées, dès lors que les techniciens désignés ont limité leur intervention à un examen intrinsèque des pièces communiquées et n'ont effectué aucune investigation extérieure de nature à faire progresser la recherche de la vérité " ; "qu'il n'y a pas lieu, dans ces conditions, d'annuler tout ou partie de la procédure subséquente" ; "alors que la nullité d'un acte ou d'une pièce de la procédure entraîne la nullité de tous les actes ou de toutes les pièces de la procédure qui trouvent, dans l'acte ou la pièce de procédure annulé, leur support nécessaire ; qu'en se bornant, pour justifier que les actes et pièces de procédure postérieurs au rapport d'examen technique ne trouvent pas leur support nécessaire dans ce rapport d'examen technique, à relever ; de façon inopérante, que les personnes qualifiées commises par le parquet de M. le procureur de la République près le tribunal de grande instance de "... " ont limité leur intervention à un examen intrinsèque des pièces communiquées, et n'ont effectué aucune investigation extérieure de nature à faire progresser la recherche de la vérité", la Chambre d'accusation, qui méconnaît que le rapport d'examen technique conclut à "une utilisation critiquable des deniers publics" et des "anomalies" dont il impute, sans ambages, la responsabilité à "X...", s'est contredite dans ses motifs et a privé sa décision de base légale sous le rapport des textes susvisés " ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que, pour refuser d'étendre l'annulation du rapport technique établi le

30 septembre 1996 par les deux agents de la DDCCRF, aux actes subséquents de la procédure, notamment au réquisitoire introductif du 2 décembre 1996, la Chambre d'accusation énonce que "les actes ultérieurs ne trouvent pas leur support nécessaire dans les constatations viciées" ; Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs la Chambre d'accusation a justifié sa décision ; D'où il suit que les moyens doivent être écartés(...) ».

Observations : Un rapport d'examen technique relatif à des marchés passés par une SEM, réalisé par deux agents de la DDCCRF à la demande du procureur de la République, sur le fondement de l'article 77-1 du code de procédure pénale, sans avoir respecté pour leur désignation les dispositions de l'article 60 (inscription

sur une liste d'experts ou prestation de serment par écrit) entraîne la nullité du rapport. Cette nullité n'entraînera toutefois pas celle des actes subséquents de la procédure judiciaire, ces actes ne trouvant pas leur support dans les constatations viciées.

Audience publique du 20 septembre 2000

président : M. Cotte
rapporteur : M. Challe
avocat général : M. Lucas
(Bull. crim. n° 275 p. 809)

La procédure n'est viciée que par la commission d'actes d'enquête effectués par une autorité non habilitée en vue de rechercher le délit de favoritisme.

« (...) Attendu que, pour rejeter les demandes d'annulation de l'ensemble de la procédure fondées sur l'incompétence des fonctionnaires de la DDCCRF pour enquêter sur des faits de favoritisme, l'arrêt relève qu'un agent de cette administration s'est borné à se faire communiquer, par sa direction générale, les documents relatifs au marché de la construction du centre d'entretien et d'exploitation de "D..." et à les examiner pour vérifier, lot par lot, les conditions d'attribution de chacun d'eux ;

Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, et dès lors que, d'une part, l'agent de la DDCCRF n'a effectué, pour la recherche d'un éventuel délit de favoritisme, aucun des actes d'enquête prévus notamment par les articles 75 et suivants du code de procédure pénale, 3 à 5 de la loi du 3 janvier 1991 et 45 à 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et que, d'autre part, l'exécution tardive de l'obligation faite à tout fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un délit, d'en donner avis sans délai au procureur de la République, n'est pas sanctionnée par la nullité, la Chambre d'accusation a justifié sa décision ; D'où il suit que les moyens ne peuvent être admis (...) ».

Observations : Ne disposant d'aucun pouvoir légal pour enquêter sur le délit de l'article 432-14 du code pénal, les agents de la DDCCRF ne peuvent intervenir dans le cadre d'une procédure visant à rechercher ce délit qu'en qualité d'expert, selon les formes requises par le code de procédure pénale, c'est-à-dire à la suite d'une habilitation judiciaire. A défaut, la nullité de la procédure est encourue (Cass. crim. 5 mai 1999 et 3 déc. 1998). L'absence d'acte d'enquête ne vicie pas la procédure (Cass. crim. 20 sept. 2000) pas plus qu'un

simple rapport d'examen technique (Cass. crim. 27 avril 2000). Les membres de la MIEM trouvent dans l'article 7* de la loi du 3 janvier 1991, le fondement juridique de leur intervention pour la constatation de cette infraction.

* Article 7 de la loi du 3 janvier 1991

« 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 ».

En résumé sur l'habilitation légale des membres de la Mission interministérielle de constater le délit de l'article 432-14 du code pénal

"Les membres de la MIEM auxquels sont attribuées par la loi certaines fonctions de police judiciaire, et les officiers de police judiciaire ont une compétence concurrente pour enquêter sur l'infraction de l'article 432-14 du code pénal et le constater".

III – PRESCRIPTION DE L'ACTION PUBLIQUE DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL

1 – **Actes interruptifs** de la prescription de l'action publique

Audience publique du 1^{er} décembre 2004
(1^{er} moyen)

président : M. Cotte
rapporteur : M. Chanut
avocat général : M. di Guardia

Les actes qui ont pour but de constater l'infraction prévue par l'article 432-14 du code pénal, accomplis par les membres de la MIEM, sont des actes interruptifs de la prescription de l'action publique.

« 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 ».

Observations sur le caractère interruptif de la prescription de l'action publique des actes de la MIEM :

Les actes d'enquête des membres de la Mission interministérielle interrompent la prescription de l'action publique du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La loi 91-3 du 3 janvier 1991 qui a créé la MIEM a donné à ses membres des pouvoirs d'enquête, prescrits à l'alinéa 2 de l'article 7 dans sa rédaction originaire : "Sont habilités à constater l'infraction prévue au présent article outre les officiers et agents de police judiciaire, les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés".¹ Les actes diligentés par les membres de la MIEM à la suite d'une habilitation législative, fondés sur les mêmes textes, ont la même nature juridique et par conséquent les mêmes effets juridiques, à la seule différence que les officiers de police judiciaire, qui ont une compétence générale, peuvent constater toutes les infractions à la loi pénale, alors que les fonctionnaires habilités n'ont cette compétence que pour certaines infractions spécialement prescrites par la loi.²

Pour les membres de la MIEM, l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 a prévu que leur habilitation concernera le délit de l'article 432-14 du code pénal. La jurisprudence a considéré que les actes d'enquête des membres de la Mission qui ont pour objet de constater le délit de l'article 432-14 du code pénal sont la conséquence logique de leurs pouvoirs de police judiciaire et sont comme tels interruptifs de prescription de l'action publique du délit. Tel est le cas des actes d'enquête diligentés par les membres de la MIEM (demande de communication de pièces, auditions, visites domiciliaires) prévus et réglementés aux articles 2, 3, 4 et 5 de la loi du 3 janvier 1991, 122 et 123 du code des marchés publics, en vue de constater le délit de l'article 432-14 du code pénal, conformément à l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991.

En résumé sur les actes interruptifs de l'action publique

- Les actes qui ont pour but de constater une infraction, d'en rechercher les preuves et les auteurs, sont des actes interruptifs de la prescription de l'action publique.
- Tel est le cas des actes diligentés par les membres de la MIEM pour la recherche du délit de l'article 432-14 du code pénal (demandes de pièces, auditions, visites domiciliaires).

¹ La loi du 16 décembre 1992, dite loi d'adaptation, a modifié l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 qui est aujourd'hui rédigé comme suit : "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". Ce texte est désormais inséré sous l'article 78 du code de procédure pénale

² L'article 28 du code de procédure pénale dispose : "Les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire exercent ces pouvoirs dans les conditions et dans les limites fixées par ces lois. - Pr. pén. C. 68.

Les actes d'enquêtes des agents des douanes et des agents de la concurrence sont le plus fréquemment cités.

- agents des douanes : "Les articles 7 et 8 du code de procédure pénale sont applicables aux infractions douanières et cambiaires en vertu des articles 351 et 451 du code des douanes. Les procès-verbaux de constatation et de recherche des infractions de cette administration, lorsqu'ils émanent d'agents compétents, constituent des actes d'enquête et de poursuite, interruptifs comme tels de prescription (Cassation crim. 26 juillet 1988, Bull. crim. n° 305 p. 828).

- agents de la Direction de la concurrence : "Les procès-verbaux régulièrement dressés par les agents de la Direction générale du commerce intérieur et des prix légalement habilités par l'article 6 de l'ordonnance n° 45-1414 du 30 juin 1945 à constater les infractions à la législation économique, constituent des actes de police judiciaire interruptifs de prescription" (Cas. crim. 19 juillet 1978).

2 – Point de départ du délai de prescription de l'action publique

Audience publique du 27 octobre 1999

président : M. Gomez

rapporteur : Mme de la Lance

avocat général : M. di Guardia

- Le délit de l'article 432-14 du code pénal se **prescrit** à compter du jour où les faits le consommant ont été commis.

- Lorsque les actes irréguliers constitutifs de l'infraction ont été **dissimulés** ou accomplis de manière **occulte**, le délai de

prescription de l'action publique ne commence à courir qu'à partir du jour où lesdits actes irréguliers ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

- La dissimulation où le caractère occulte des actes ne se déduisent pas du délit, mais **doivent être établis dans chaque cas.**

« Vu les articles 7 et 8 du code de procédure pénale, ensemble l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 devenu l'article 432-14 du code pénal ;

« (...) Attendu que le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public est une infraction instantanée qui se prescrit à compter du jour où les faits la consommant ont été commis ; que, 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 (...) ».

2.1 - Consommation du délit à la date de l'acte [la délibération] irrégulier sans qu'il y ait lieu de tenir compte des actes d'exécution de cet acte

Audience publique du 27 juin 2001

président : M. Cotte

rapporteur : M. Challe

avocat général : M. di Guardia

le délit est consommé à la date de la délibération irrégulière, sans qu'il y ait lieu de tenir compte des actes d'exécution de cette délibération.

« (...) Attendu que, pour confirmer l'ordonnance entreprise, la Chambre de l'instruction énonce que la délibération du 13 juin 1996, simple engagement unilatéral, dépourvu de caractère synallagmatique et susceptible de rétractation tant que le bénéficiaire n'avait pas levé l'option, n'emportait à elle seule aucun avantage pour ce dernier ; que seuls les actes authentiques des 4 et 10 mars 1997, en l'absence de tout engagement d'acquiescer, antérieur de la SCI, ont procuré l'avantage contesté ; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que le délit prévu par l'article 432-14 du code pénal reproché à X..., à le supposer établi, a été consommé le 13 juin 1996, lors de la délibération du conseil municipal de C..., (...) sans qu'il y ait lieu de tenir compte des actes d'exécution de cette délibération des 4 et 10 mars 1997 ; D'où il suit que la cassation est encourue (...) ».

Observations :

1 – S'agissant d'un délit instantané, c'est à la date de la commission de l'infraction que le délit se trouvera consommé et que commencera à courir le délai de la prescription de l'action publique. Selon l'article 432-14 du code pénal, le délit est constitué par l'accomplissement d'un acte irrégulier commis par une personne, ou plusieurs dans le cadre d'une collégialité, commission, assemblée délibérative, qui avaient le pouvoir d'effectuer l'acte. Cet acte est irrégulier au sens de l'article 432-14 du code pénal s'il est contraire à une disposition émanant d'une loi ou d'un règlement qui a pour objet de garantir la liberté d'accès aux marchés et l'égalité de traitement des candidats ; l'effet de cette irrégularité étant de procurer à autrui un avantage injustifié.

Après avoir indiqué dans un arrêt du 27 octobre 1999 que le délit de l'article 432-14 du code pénal est une

infraction instantanée qui se prescrit à compter du jour où les faits la consommant ont été commis, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé de la façon la plus claire dans l'arrêt rendu en date du 27 juin 2001 sur le rapport de M. Challe, que le délit était considéré consommé à la date où l'une des personnes énumérées à l'article 432-14 a commis l'irrégularité constitutive du délit qui procure à son bénéficiaire l'avantage injustifié. En l'espèce lors de la réunion du conseil municipal qui a pris une délibération attribuant irrégulièrement au regard du code des marchés publics le marché. Un protocole d'accord pris antérieurement ne faisant pas partie de la procédure de dévolution des marchés ne peut constituer l'acte irrégulier. Il aurait pu, le cas échéant, se situer dans une tentative. De même les actes d'exécution de l'acte irrégulier, constitutifs de l'infraction, qui ne participent pas de la procédure de dévolution du

marché, ne peuvent être sanctionnés sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal.

Il est heureux que les circonstances aient pu faire que la Cour de cassation se soit prononcée aussi rapidement dans un domaine où commençait à régner un certain désordre. En particulier sans trop que l'on sache pourquoi une partie de la doctrine et certains juges du fond ont considéré de façon tout à fait singulière et malgré les termes mêmes de l'article 432-14 du code pénal que ce n'était pas « l'acte irrégulier ... », qui était constitutif de l'infraction, mais... le marché, à la date où il était exécutoire, c'est-à-dire à la date de sa notification. Ils soumettaient ainsi le délit à la passation et à l'exécution du marché, ce que n'a jamais exigé l'article 432-14 du code pénal (cf 2.2 ci après).

2 - L'acte irrégulier, générateur de l'infraction peut paraître avoir été effectué à un moment de temps différent de l'avantage injustifié qu'il procure à autrui. Il faut en effet aux termes de l'article 432-14 que ces deux éléments, acte irrégulier et avantage injustifié, existent pour que le délit soit constitué et par là même l'infraction consommée. Le plus souvent les deux éléments constitutifs du délit de l'article 432-14 existeront simultanément, l'acte irrégulier procurant à autrui dès qu'il est commis un avantage injustifié : c'est le cas de la signature d'un marché irrégulier (régularisation, négocié au lieu d'appel d'offres...) d'un achat sur simples factures alors qu'un marché s'imposait, d'un avenant irrégulier, d'un bon de commande irrégulier, de l'octroi d'une information privilégiée...

Parfois ces deux éléments peuvent sembler être séparés dans le temps. C'est le cas par exemple de l'envoi par la personne responsable du marché d'une publicité locale dans un journal d'annonces légales alors qu'une publicité nationale par insertion de l'avis au BOAMP s'imposait. Un tel envoi constituera bien l'acte contraire à une disposition législative ou réglementaire (l'article 40 du code des marchés publics) dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés, exigée par l'article 432-14 du code pénal. Mais on pourrait se demander si ce n'est pas seulement lorsque l'avis aura été effectivement publié que l'acte procurera « à autrui » un avantage injustifié, et que l'infraction sera constituée. De même la convocation d'une commission irrégulièrement formée constituera l'acte irrégulier, la disposition violée relative à la composition des commissions d'agrément ou de choix ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats. Mais de la même façon, on pourrait se demander si ce n'est pas lorsque la commission irrégulièrement composée sera effectivement réunie qu'elle sera susceptible de procurer par ses délibérations un avantage injustifié.

Il semble que l'on doive déduire de l'arrêt du 27 juin 2001, que le délit existe dès l'acte irrégulier. Toutefois le délit de favoritisme pouvant exister aux différents stades des procédures de dévolution de marchés, une commission qui statuerait irrégulièrement ou une publicité irrégulière, est également susceptible de constituer en soi un délit.

3 - Le point de départ du délai de prescription de l'action publique peut être retardé si les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte. Il sera fixé à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites (cass. crim. 27 oct. 1999).

La MIEM a ainsi considéré que la signature par un comptable agissant comme ordonnateur d'un contrat irrégulier constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal, emporte la dissimulation, cette confusion ayant eu pour effet d'empêcher la découverte de l'infraction (cf. cas n° 6 du 8^{ème} rapport d'activité année 2000).

**2.2- Consommation du délit à la date de l'acte irrégulier
sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'exécution du marché**

Audience publique du 7 mars 2000
président : M. Gomez
rapporteur : M. Desportes
avocat général : M. di Guardia

Le délit est constitué par l'irrégularité, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de l'exécution du marché

Un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 28 avril 1999 a condamné un maire sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal pour avoir octroyé directement à une entreprise, en violation de l'article 279 du code des marchés publics - applicable à l'époque des faits - qui pose le principe de l'appel d'offres, un marché d'un montant supérieur à 300 000 Fttc, violant ainsi le principe de l'égalité entre les candidats. Le délit est constitué alors même que le marché a été interrompu dans son exécution avant même qu'il atteigne le seuil de 300 000 Fttc.

« (...) En ce que la Cour d'appel déclare le prévenu coupable 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 la SARL "M..." ; que l'élément matériel de l'infraction est établi et qu'il importe peu que [le prévenu] ait mis fin volontairement au marché l'année suivante et que les sommes payées pour les prestations exécutées aient été inférieures au seuil de 300 000 F qui rendait nécessaire la procédure d'appel d'offres ; que le fait d'avoir passé le marché en violation de l'obligation de la procédure d'appel d'offres a procuré à la société un avantage injustifié puisqu'il excluait toute mise en concurrence et ne garantissait pas la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés(...) ».

Observations : La Cour d'appel approuvée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré que le délit existait dès lors que le manquement réunissant les éléments de l'article 432-14 du code pénal avait été commis, alors même que le marché avait été interrompu dans son exécution. Le délit demeure même si par la suite le marché est interrompu ou annulé, dès lors qu'un acte contraire aux principes de liberté d'accès et d'égalité a été commis. Cet arrêt montre bien et cela résulte des termes mêmes de l'article 432-14 du code pénal, que le délit dépend de la seule commission d'un acte irrégulier quel que soit le sort du marché lui-même en tant que contrat, même si le marché n'est en définitive pas conclu.

Ainsi par exemple le fait de faire une publicité locale alors qu'une publicité nationale s'impose est un acte à lui seul constitutif du délit puisqu'il a pour objet de réduire la liberté d'accès au marché au profit des entreprises locales, quelle que soit la suite qui sera donnée à la procédure de marché et même si en définitive le marché n'est pas attribué. Le délit sera donc constitué par l'un des actes qui conduit à la dévolution du marché. Cela écarte totalement un courant qui s'était fait jour en doctrine et en jurisprudence, selon lequel ce ne serait qu'à la notification du marché que le délit serait constitué.

En résumé sur le point de départ du délai de prescription de l'action publique

- Le délit se prescrit à compter du jour où les actes irréguliers le consommant ont été commis.
- Le point de départ du délai est suspendu au jour où les actes irréguliers, dissimulés ou accomplis de manière occulte, pourront être constatés.
- Le délit est consommé à la date de l'acte irrégulier, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de son exécution ni de l'exécution du marché.

II - BIBLIOGRAPHIE RELATIVE AU DÉLIT DE FAVORITISME ET À LA MIEM

- A.S. Mescheriakoff : « *Le délit de favoritisme* » (Les petites affiches n° 20, 15 février 1995).
- G. Pancrazi : « *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 nouveau code pénal* » (Gazette du palais, 12-14 mars 1995). ★
- J. Benoît : « *Les rapports d'intérêt entre les élus et l'administration locale* » (Encyclopédie Dalloz - collectivités locales).
- G. Pancrazi « *Délit de favoritisme* » Commentaire de TGI Strasbourg, 19 janvier 1996 (Revue marchés publics n° 4/95-96).
- Th. Dal Farra « *Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique : le délit de favoritisme* » (Gazette du palais 9-10 juin 1999).
- G. Pancrazi : « *Note sous crim.* » 2 avril 1998 (Gazette du Palais, 25-26 février 2000). ★
- L. Lallemand-Bif « *Réflexion sur le délit de favoritisme dans les marchés publics : dépénalisation et contraventionnalisation* » (Gazette du palais, 17-18 novembre 2000).
- G. Pancrazi « *Le délit de favoritisme et le nouveau code des marchés publics* » (Juris-classeur contrats et marchés publics n° 5, mai 2001, p. 4). ★
- G. Pancrazi « *Commentaire sur le nouveau code des marchés publics (décret du 7 mars 2001) et ses effets sur le délit de favoritisme (article 432-14 du code pénal)* » (Gazette du Palais, 19 et 20 septembre 2001). ★
- G. Pancrazi - « *Le contrôle de la légalité par la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM)* » (L'actualité de la commande et des contrats publics / n° 5, novembre 2001).
- Conseil de l'Europe, groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) « *rapport d'évaluation sur la France* » (adopté lors de la 6^{ème} réunion plénière, Strasbourg 10-14 septembre 2001).
- G. Pancrazi « *Les marchés sans formalités préalables restent soumis aux principes d'égalité et de transparence* » (Le Moniteur n° 5136, 3 mai 2002, p. 70).
- J-P. Gohon « *Comment se prémunir contre le délit dit de favoritisme* » (L'Actualité de la commande et des contrats publics / n° 12, juin 2002).
- G. Pancrazi « *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* » (Gazette du palais, 28 février et 1^{er} mars 2003).
- P. Reis « *Le délit de favoritisme dans les marchés publics : une régulation pénale des pratiques discriminatoires et de certaines pratiques anticoncurrentielles* » (Petites affiches, 4 juillet 2003, n° 133).
- G. Pancrazi *Le nouveau code des marchés publics 7 janvier 2004* « *Les risques du délit de favoritisme* » (Le Moniteur travaux publics, 20 février 2004)

★ reproduits au présent rapport d'activité (voir partie annexe)

*Liste des membres de la Mission interministérielle
d'enquête sur les marchés*

Membres de la Mission au 1er novembre 2005

-:-

- **M. Michel Radenac**, administrateur civil hors classe, responsable de la Mission par intérim [31/07/03]

Membres permanents

- **M. Michel Bernard**, attaché principal du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie [03.05.02]
- **M. Albert Lequien** premier conseiller de cour administrative d'appel [03.02.04]
- **M. Daniel Worms**, trésorier principal du Trésor public [09.07.02]

Membres non permanents

- **Mme Gisèle Avoie**, présidente de tribunal administratif [05.12.2003]
- **Mme Sophie Delaporte**, inspectrice de l'administration du ministère de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales [12.09.03]
- **M. Jean-Claude Diquet**, inspecteur général de l'équipement du ministère de l'équipement, des transports, du logement, du tourisme et de la mer [12.09.03]
- **M. Stéphane Lot**, contrôleur du contrôle général des armées [12.09.03]
- **M. Patrick Olivier**, inspecteur général de l'administration des affaires culturelles du ministère de la culture et de la communication [12.09.03]