

## Annexe 1

# Le délit de favoritisme et le code des marchés publics rénové du 7 janvier 2004

Par Gérard PANCRAZI

Magistrat

Chef de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés

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

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

Le décret du 7 janvier 2004 a permis de lever toute ambiguïté sur un point qui avait fait l'objet de controverses. Le nouveau décret précise que les principes énoncés s'appliquent à tous les marchés " Quel que soit leur montant ", selon une expression imagée " dès le 1er euro ". Clairs et précis, ils sont depuis leur introduction dans le code,

des règles de la passation des marchés, directement applicables, qui s'imposent par elles-mêmes, pour tous les achats, à tous les acheteurs, sans qu'il soit nécessaire que d'autres règles viennent les mettre en œuvre. On parle de principes car leur portée est générale, ils s'appliquent à tous les marchés sans exception. On les qualifie de fondamentaux car ils sont les règles les plus importantes de l'achat public. Dans la hiérarchie des normes, ils sont issus des principes généraux du droit – le principe d'égalité qui concerne tous les actes de la vie publique, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie dont se déduit la liberté d'accéder aux marchés publics - mais ils n'en sont pas eux-mêmes (Conseil constitutionnel décision n° 2003-473 DC 26 juin 2003 point 10). En ce qui concerne leur effet juridique, le juge administratif comme le juge pénal, sanctionne "directement" sur leur fondement les manquements commis à "l'égalité de traitement des candidats", tout comme l'atteinte faite à un candidat d'accéder au marché, notamment en l'absence de transparence.

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

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

Ainsi, à la suite de la dernière modification du code des marchés publics par le décret du 7 janvier 2004, on peut affirmer que le délit de favoritisme est susceptible de s'appliquer en cas de manquements commis à l'occasion de la mise en œuvre des procédures, dont les modalités ont été précisément prévues par le code (1) et "des procédures adaptées", dont les modalités ont été déterminées par la personne responsable du marché (2). Les modifications intervenues et le nouvel esprit qui "habite" le code vont également influencer, tant en droit qu'en fait, sur l'application du délit de favoritisme (3).

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

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

œuvre dans l'esprit de ces principes qui vont imprégner l'achat public dans toute sa dimension.

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

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

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

précédemment donnés, permet d'écarter cette argumentation. Il est par ailleurs difficilement imaginable qu'un acheteur dont il a été établi la volonté évidente de favoritisme ne soit pas poursuivi au motif que la notion " d'égalité de traitement entre les candidats " serait trop vague pour pouvoir s'appliquer ou qu'il ne lui est pas possible d'apprécier en quoi consiste la liberté d'accès des candidats à un marché, alors qu'il s'agit de la fonction même de l'acheteur public.

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

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

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

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

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

Clairement identifiés par le nouveau décret, il convient de s'interroger sur la façon dont ces marchés doivent être passés, en examinant successivement les conditions de

publicité (2.1) et de mise en concurrence (2.2) que devront remplir les acheteurs, pour ne pas encourir le délit de l'article 432-14 du code pénal.

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

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

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

Cela n'est pas simple, d'autant que les conséquences d'un manquement à ces dispositions, peuvent être pénales. La chambre criminelle de la Cour de cassation affirme " qu'un mauvais choix de procédure ou un simple défaut de vigilance établit le caractère intentionnel de la faute " ( cass.crim. 16 janvier 2002, dixième rapport d'activité Miem année 2002 p. 73 et 74) tout comme le simple fait " d'avoir accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. " (cass.crim 30 avril 2003 idn.).

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

## ENM-Algérie – séminaires « la réglementation des marchés publics »

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

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

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

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

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

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

*La pertinence des modalités de la publicité retenue au regard des conditions posées, s'apprécie au cas par cas.*

Le fait pour la personne publique d'avoir choisi une forme de publicité ou des modalités dont elle peut aisément se rendre compte qu'elles ne lui permettent pas d'assurer la mise en concurrence recherchée, est constitutif du délit. Par exemple, l'utilisation d'une publication qui ne correspond pas à l'objet du marché ou le choix d'un journal d'annonces légales excentré par rapport à son exécution et dont la diffusion très faible ne permet pas à des candidats potentiels d'être informés.

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

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

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

## ENM-Algérie – séminaires « la réglementation des marchés publics »

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

*Comment décider des modalités à mettre en œuvre, pour satisfaire à l'obligation de mise en concurrence.*

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

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

*Comment la personne responsable du marché, peut-elle en pratique réaliser la mise en concurrence entre les candidats retenus après publicité.* Les entreprises doivent être informées dans des conditions de stricte égalité de la nature et de l'étendue des prestations à satisfaire et invitées à faire leur offre dans un certain délai qui doit être le même pour tous. On peut considérer que pour les achats les plus simples et les moins onéreux, la seule demande de devis peut constituer la mise en concurrence. Mais c'est certainement la négociation qui va être utilisée comme méthode de mise en concurrence entre les entreprises désignées pour participer à la consultation. On peut cependant adopter le dépôt de plis contenant les offres, suivi ou non de négociation. Tout cela peut se faire par communication directe aux personnes, par correspondance, par un simple appel téléphonique ou par voie électronique, télématique notamment. Comme pour la publicité, l'acheteur doit conserver une trace écrite de la mise en concurrence qu'il a diligentée pour permettre que soit le cas échéant vérifiée sa régularité. L'acheteur doit ainsi être en mesure de justifier de la bonne application des règles qui s'imposent aux marchés passés selon une procédure adaptée. C'est un peu là que se trouve la difficulté. Les procédés de transmission télématique paraissent ici encore les mieux adaptés dans la mesure où ils permettent de correspondre avec tous les candidats dans le même temps et de conserver une trace écrite, datée, et comportant même l'heure de la communication.

Dernière question. En présence des propositions faites par les entreprises selon quelles modalités le marché va-t-il être attribué. Le plus souvent, il le sera sans autres formes par la personne responsable du marché. Des éléments de procédures types peuvent être utilisés, l'acheteur peut très bien, après avoir négocié, soumettre la décision pour avis à

la commission d'appel d'offres. De même, rien n'interdit à une personne publique de créer une commission pour donner son avis sur ce type de marchés. Le marché doit en toute hypothèse être attribué à l'entreprise qui a fait l'offre économiquement la plus avantageuse (article 1er).

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

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

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

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

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

Pour autant, la place plus grande ou à tout le moins plus équilibrée, que va avoir le délit de favoritisme dans la passation des marchés dépend des moyens qui permettent de le détecter. Depuis quelques années, il semble que l'on cherche à faire évoluer l'achat public vers des contrôles moins nombreux mais plus efficaces. Des critiques parfois sévères sont intervenues sur le réalisme de cette orientation, compte tenu du caractère particulièrement sensible de la matière, indéfectiblement liée aux affaires de corruption. Il est difficile de pouvoir se prononcer actuellement sur une telle évolution. Le processus de réforme n'est pas achevé et ce n'est souvent qu'à l'usage que la fiabilité d'un système peut être appréciée. Les comportements peuvent évoluer et les leçons de l'histoire récente être prises en compte. C'est un peu le pari du nouveau projet qui mise sur la responsabilité des acheteurs publics, élus et fonctionnaires, qui bénéficient en contrepartie d'un système libéralisé. Avant la présente réforme, sous le ministère Fabius, la loi 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi murcef, a dispensé du contrôle de légalité des préfets les marchés sans formalités préalables (article 11 de la loi), aujourd'hui passés selon une procédure adaptée, qui constituent la partie la plus importante de l'achat public et la plus fragile en terme de risque de fraude. Jusqu'alors, on avait considéré qu'ils étaient soumis à une obligation de transmission au représentant de l'Etat (débat parlementaire n°345 – 31 août 2000). Le décret du 7 janvier 2004 prévoit pour sa part une modification de statut des commissions spécialisées des marchés dont l'objet est de contrôler les marchés de l'Etat. Elles perdent cette fonction pour un rôle d'assistance, lorsque les ministres et les personnes responsables des marchés le demandent (article 133). Enfin, pour les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les agents de la concurrence ne sont plus obligatoirement convoqués aux commissions d'appel d'offres. Ils n'y assistent qu'à la demande de leur président (article 22 V). Il s'agit dans l'esprit du texte nouveau de responsabiliser les acheteurs, en leur proposant un fonctionnement plus pédagogique de l'achat public. Une telle évolution, doit à notre sens, être renforcée par la création d'une autorité de régulation indépendante chargée d'intervenir dans les marchés à la demande des acteurs de l'achat public.

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

## Annexe 2

Rapport du Service central de la prévention de la corruption 2002

### **Fiche pratique sur le favoritisme : octroi d'un avantage injustifié**

**(article 432-14 du code pénal : des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public)**

#### DEFINITION

Le délit de favoritisme, dénomination courante du délit d'octroi d'un avantage injustifié repris au code pénal à l'article 432-14 sous l'appellation d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics, a été créée par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché complétée par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et celle du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.

Ce délit est donc né lors du récent mouvement de moralisation de la vie économique et financière et constitue un des délits regroupés au code pénal à la section « des manquements au devoir de probité ». Le favoritisme consiste à procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires encadrant les marchés publics et délégations de service public ; précisément « le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles sus-mentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »

#### PERSONNES VISEES

Il s'agit des agents publics au sens pénal du terme.

C'est-à-dire dans une acceptation plus large que celle de la notion retenue en droit administratif. Sont considérés comme agents publics :

⇒ les fonctionnaires (fonction publique de l'Etat, fonction publique des collectivités territoriales et fonction publique hospitalière) ;

## ENM-Algérie – séminaires « la réglementation des marchés publics »

- ⇒ les élus, en tant que dépositaires d'une partie de l'autorité publique : chefs de l'exécutif de collectivités, tels que les maires, les présidents de conseils généraux et les présidents de conseils régionaux, ainsi que les élus ayant reçu des délégations et les présidents des groupements de collectivités territoriales ;
- ⇒ les personnes chargées d'une mission de service public (peuvent entrer, notamment, dans cette catégorie les délégataires de service public) ;
- ⇒ toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées.

### ELEMENTS MATERIELS

Trois éléments constitutifs doivent être réunis :

1. La qualité de l'auteur (voir supra)

2. L'octroi d'un avantage injustifié :

- ⇒ profit quelconque (l'avantage n'est pas nécessairement un profit matériel) ;
  - ⇒ intérêt au sens large du terme utilisé dans la prise illégale d'intérêts, comme, pouvant assurer le maintien de l'emploi ;
  - ⇒ attribuant un marché au mépris des règles du code des marchés publics ;
  - ⇒ avantage pouvant être procuré à autrui, bénéficiaire du marché ou à un tiers intermédiaire comme un parti politique (avantage indirect ou en cascade) ;
  - ⇒ obtention d'informations privilégiées sur l'opération projetée : devis estimatif, participation aux commissions, connaissance des candidats concurrents.
3. Violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de service public :
- ⇒ par fractionnement du marché pour être en dessous des seuils réglementaires (notamment des 90.000 € hors taxe du nouveau code) ;
  - ⇒ par fausse spécificité des clauses techniques du marché ;
  - ⇒ par fausse situation d'urgence ;
  - ⇒ par des déclarations abusives d'infructuosité pour pouvoir ensuite négocier ;
  - ⇒ par des publicités trop restreintes ;
  - ⇒ par la réduction des délais de réception des offres ;
  - ⇒ par la fixation d'un montant maximal irréaliste du marché amenant à la déclaration d'infructuosité ;

## ENM-Algérie – séminaires « la réglementation des marchés publics »

- ⇒ par mise à l'écart de certains candidats sans motivation ;
- ⇒ par modification de l'objet du marché après ouverture des plis ;
- ⇒ par modification des critères de sélection ;
- ⇒ par irrégularité dans la composition de la commission d'appel d'offres ;
- ⇒ par des modifications dans l'exécution du marché ;
- ⇒ par avenants bouleversant l'économie du marché ;
- ⇒ par recours abusifs à la sous-traitance dissimulant le véritable titulaire du marché ;
- ⇒ par régularisation d'un achat non formalisé en marché.

### ELEMENT MORAL

La jurisprudence ne se montre guère exigeante dans le respect des dispositions de l'article 121-3 alinéa 1 du code pénal selon lequel il ne peut y avoir crime ou délit sans intention de le commettre.

L'intention est déduite également de la gravité des faits, du nombre des manquements relevés, de l'ensemble des manœuvres, des expériences et de l'ancienneté des prévenus dans l'exercice de leurs fonctions (Cass. crim. 15 sept. 1999 - Arrêt n° 5174) même en l'absence de tout préjudice pour la collectivité.

### CONDITIONS DE POURSUITE

Le délit d'octroi d'un avantage injustifié est un délit instantané qui se prescrit par 3 ans à compter du jour où les faits le consommant ont été commis.

Toutefois, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer dans deux arrêts du 27 octobre 1999 sur la date de départ du délai de prescription, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, en la reportant au jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

La connaissance de cette infraction relève de la compétence des juridictions spécialisées en matière économique et financière.

Par ailleurs, la loi du 3 janvier 1991 établissant le nouveau délit, a institué une Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public (MIEM). Cette administration procède à des enquêtes et transmet ses constatations au procureur de la République, en application de l'article 40 du code de procédure pénale, lorsqu'elles sont susceptibles de constituer le délit d'octroi d'avantage injustifié.

En outre, la loi du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, a créé le Service central

## ENM-Algérie – séminaires « la réglementation des marchés publics »

de prévention de la corruption chargé de centraliser et de prévenir tous les faits de manquement au devoir de probité, dont fait partie le favoritisme.

### SANCTIONS PENALES

Les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Des peines complémentaires sont également prévues :

- ⇒ interdiction d'exercer une fonction publique ou une activité professionnelle ;
- ⇒ interdiction des droits civils et civiques ;
- ⇒ poursuites devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

### MISE EN GARDE

La circulaire du 4 mars 2002 du ministère de la Justice attire l'attention de tous les praticiens sur les nouvelles dispositions du code des marchés publics ( décret n° 2001 – 210 du 7 mars 2001) étendant le délit de favoritisme à la passation des marchés sans formalités préalables (donc même en dessous des seuils) en cas de manquement aux principes de libertés d'accès la commande, d'égalité de traitement, de transparence des procédures, à la définition précise des besoins et surtout au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.