

**Circulaire relative au décret n° 2004 -15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés public**

**L'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme**

Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, toute violation du code des marchés publics, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (sous réserve que la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction soit rapportée).

Dès lors, et comme cela était indiqué dans la circulaire précitée du 4 mars 2002, le recours injustifié **à la procédure du marché passé selon une procédure adaptée par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs pourras, comme par le passé, être poursuivi pénalement** (Cass. Crim. 30/06/99). **Il en ira de même de la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mises en concurrence**.

Par ailleurs, si le nouveau code des marchés publics a entendu soumettre les marchés passés selon une procédure adaptée aux principes généraux gouvernant la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence), il n'en a pas moins précisé que les obligations découlant de ces principes devaient être mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code.

A cet égard, j'appelle votre attention sur les articles suivants du nouveau code des marchés publics, relatifs aux marchés passés selon une procédure adaptée :

- l'article 28-I du décret du 7 janvier 2004 énonce que lorsque les marchés sont passés selon la procédure adaptée, la personne responsable du marché détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques ;
- l'article 28-I alinéa 3 issu du décret du 26 novembre 2004 dispense de publicité et de mise en concurrence les marchés de moins de 4.000 euros HT ;
- l'article 40-II du décret modifié par le décret du 26 novembre 2004 dispose que la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant des travaux, des fournitures ou des services en cause pour les marchés d'un montant d'au moins 4.000 euros HT et inférieur à 90.000 euros HT.

**En conséquence, il vous appartient au cas par cas de rechercher l'existence d'un éventuel favoritisme au regard des articles ci-dessus mentionnés.**

**Dans ce cadre, il est nécessaire d'apprécier non pas la violation d'obligations formelles et précisément définies par le code des marchés publics mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixé.** Une certaine prudence s'impose afin de se conformer à l'esprit du nouveau code des marchés publics, qui a souhaité privilégier la négociation et l'adaptation de l'offre à la demande dans le respect des principes de la commande publique.

Concernant les marchés de moins de 4.000 euros HT, la mise en oeuvre de l'action publique pourra certes résulter de la violation des obligations réglementaires de définition préalable des besoins et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse visées à l'article 1er du code des marchés publics. La plus grande prudence s'imposera toutefois, l'acheteur public étant dispensé de publicité et de mise en concurrence.

En tout état de cause, vous pourrez vous référer avec profit au manuel d'application du code des marchés publics qui contient un certain nombre d'indications à l'attention des acheteurs publics sur la conduite à tenir quant aux respects des principes fondamentaux de la commande publique en deçà des seuils.

Ces indications, si elles ne sauraient lier le juge pénal, en raison du principe d'autonomie de ce dernier, me semblent néanmoins de nature à permettre de tracer les contours que pourrait revêtir l'élément matériel du délit de favoritisme dans cette hypothèse.

Selon le manuel précité, s'agissant des marchés passés selon une procédure adaptée pour lesquels le code n'impose aucune règle :

- la publicité ne signifie pas systématiquement publication: pour les marchés d'un faible montant d'au moins 4.000 euros HT, l'on doit considérer que la concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant ;
- en dehors de l'hypothèse précédente, l'acheteur public devra mettre en oeuvre des mesures de publicité adaptées et suffisantes. Parmi les supports écrits préconisés figurent la presse écrite, l'affichage. L'Internet (site de l'acheteur ou tout autre site ou portail) ou tout moyen audiovisuel sont aussi évoqués dès lors que l'information diffusée est suffisamment complète et de nature à atteindre les candidats potentiels aux marchés ;
- **l'acheteur veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer. Par conséquent, une publicité adaptée mais qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être regardée comme contraire aux principes de transparence et de mise en concurrence effective et annulée par la juridiction administrative ;**
- **l'acheteur public devra conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder aux choix de l'attributaire.**

Ainsi, et toujours sous réserve de l'interprétation souveraine de la jurisprudence , il pourrait par exemple être admis que la passation d'un marché passé selon la procédure a daptée aura respecté les principes généraux gouvernant la commande publique dès lors que les moyens de publicité utilisés auront, d'une part, réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et, d'autre part, abouti à la diversité d'une offre suffisante garantissant une mise en concurrence effective . Enfin, en l'absence de jurisprudence sur ce point, la violation par l'acheteur public des règles qu'il se serait fixé ne saurait en elle-même être constitutive de favoritisme, l'article 432 -14 du code pénal ne visant que la violation de dispositions législatives ou réglementaires. Toutefois, cette violation constituera un indice de nature à asseoir d'éventuelles poursuites, préalablement au contrôle de l'adaptation de la procédure à l'objet et aux caractéristiques du marché.

### III. ÉLÉMENTS JURISPRUDENTIELS RELATIFS A LA POURSUITE DU DELIT DE FAVORITISME

Les points jurisprudentiels suivants de nature à faciliter l'exercice des poursuites du chef de favoritisme méritent d'être signalés.

En premier lieu, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 14 janvier 2004, défini très clairement l'élément intentionnel du délit comme étant caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

En second lieu, la Cour de cassation admet la recevabilité d'une constitution de partie civile d'un syndicat intercommunal du chef de favoritisme (l'infraction de favoritisme reprochée aux dirigeants d'une société d'économie mixte, délégataire du syndicat, étant de nature à entraîner un surcoût des frais engagés par ce syndicat et pouvant de ce fait lui causer un préjudice direct). En revanche, en ce qui concerne les candidats évincés, il était majoritairement admis en doctrine qu'ils ne pouvaient se constituer partie civile, leur préjudice apparaissant hypothétique.

La Cour de cassation a néanmoins, dans l'arrêt du 28 janvier 2004 précité, approuvé une cour d'appel d'avoir reçu la constitution de partie civile d'une société évincée au motif que l'attribution irrégulière desdits marchés avait eu pour conséquence directe de lui faire perdre une chance d'être déclarée attributaire. La recevabilité de la constitution de partie civile est toutefois subordonnée à la condition que l'activité de la société évincée entre bien dans l'objet des marchés et qu'elle dispose du personnel et du matériel adaptés.

S'agissant du contrôle des marchés publics, j'appelle votre attention sur le fait que les circulaires relatives aux relations entre les juridictions financières et les juridictions judiciaires, ainsi que celle relative à la réforme du code des marchés publics de 2001 en date du 4 mars 2002, conservent toute leur pertinence.

Par ailleurs, dans la limite de vos compétences, vous vous assurerez que les juridictions spécialisées en matière économique et financière, et le cas échéant les juridictions inter-régionales, depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2004, soient saisies le plus en amont possible des dossiers relatifs à des faits de favoritisme d'une grande ou d'une très grande complexité, conformément aux articles 21, 22 et 24 de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (articles 704, 705-1, 705-2, 706 et 706-1 du code de procédure pénale).