

Rapport
au Premier Ministre
au Garde des Sceaux, Ministre de la Justice
au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie

Observation liminaire

Le présent rapport, qui est le cinquième 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 1997.

Il a été établi en application des dispositions de l'article 38-8 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 et des finances ».

Le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, le contrôle de la dépense qui en résulte, la lutte contre le favoritisme et les pratiques corruptrices, justifient l'ensemble du dispositif légal qui s'impose aux acheteurs pour garantir la régularité de la dévolution des prestations proposées aux entreprises.

La création à cette fin de la Mission interministérielle d'enquête et du délit de favoritisme pour en sanctionner les manquements, sont les signes clairs d'une volonté politique de rendre l'achat public irréprochable.

Le processus mis en oeuvre avec les lois des 3 janvier 1991, 29 janvier 1993 et 8 février 1995, a vocation à évoluer. Deux mesures sont susceptibles de contribuer à l'efficacité et à l'équilibre du système :

- Donner à toute personne justifiant d'un intérêt, le droit de saisir la Mission des atteintes dont elle a eu à connaître à l'occasion de la commande publique ;
- Permettre à un acheteur public de solliciter l'avis de la Mission sur toute question relative au favoritisme et assurer ainsi sa sécurité juridique.

Ouvrir la Mission interministérielle d'enquête, lui donner à côté de son caractère coercitif une vocation à la fois préventive et pédagogique, tel pourrait être son nouveau visage.

A Paris, le 9 novembre 1998
Gérard PANCRAZI
chef de la Mission

**La Mission en chiffres
(année 1997)**

Membres permanents.....	7 [y compris le chef de la Mission]
Membres non permanents.....	10
Rapports déposés.....	27 [dont 12 transmis aux parquets]
Avis donnés.....	14 [dont 6 aux parquets]
Durée moyenne de traitement d'une affaire.....	21 mois
Durée moyenne de traitement d'un avis.....	15 semaines
Total en nombre des marchés ou avenants vérifiés... .	262
Total en montant des marchés ou avenants vérifiés..	609 MF
Nombre de personnes entendues.....	135
Nombre de transports par journée enquêteur.....	234

Table des Matières

VOLUME I : Rapports et avis déposés au cours de l'année 1997 (sélectionnés selon l'intérêt de l'affaire)	<i>Pages</i>
<p>1 1 - Le défaut de publicité prescrit à l'article 38 bis, alinéa 3, du code des marchés publics * qui exige que l'avis relatif à un marché dont le montant estimé est supérieur à 900 000 Fttc soit publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics est une atteinte à l'obligation de mise en concurrence.</p> <p>2 - Le principe de l'intangibilité des offres contenu à l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics s'oppose à toute négociation entre l'acheteur public et les candidats au marché.</p> <p>Ces manquements, contraires au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.</p>	17
<p>2 1 - La commission ne peut rejeter une offre comme étant anormalement basse, sans avoir préalablement vérifié sa composition, conformément aux dispositions de l'article 297 bis, alinéa 2, du code des marchés publics.</p> <p>La mission d'enquête a cependant considéré que le caractère intentionnel de l'infraction fait défaut lorsque compte tenu des circonstances de l'espèce un écart important existe entre les offres et les estimations.</p> <p>2 - Une société d'économie mixte qui agit pour la passation d'un marché en qualité de mandataire d'une commune en application de l'article 6 de la loi 85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP, doit utiliser la procédure de passation propre au maître de l'ouvrage et non celle prescrite au décret du 26 mars 1993 qui doit être appliquée par la SEM lorsqu'elle agit pour son propre compte.</p> <p>La mission d'enquête ayant toutefois relevé que le manquement résultait d'une erreur dans l'application entre deux procédures comparables et non de la volonté de contrarier les dispositions applicables, les faits ont été considérés comme insusceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.</p>	18
<p>3 Le principe de l'intangibilité des offres, contenu pour l'appel d'offres ouvert à l'article 297 bis, alinéa 1er, du code des marchés publics, s'oppose à ce que les membres d'une commission d'appel d'offres autorisent un candidat au marché à modifier sa proposition pour la rendre mieux disante.</p> <p>De tels faits, contraires au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.</p>	20
<p>4 L'utilisation de la procédure négociée, en cas d'infructuosité de l'appel d'offres, prescrite par l'article 104-I-2° du code des marchés publics dans le but d'éluder les dispositions contraignantes de l'appel d'offres est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.</p>	21
<p>5 L'article 250 du code des marchés publics dispose que les marchés sont passés après</p>	

* Version applicable aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

- mise en concurrence dans les conditions prescrites au titre 1er du code des marchés publics. 22
La primauté accordée à un cabinet d'études dans l'octroi de marchés d'études et de maîtrise d'oeuvre est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.
- 6** Le fait que le responsable d'une entreprise attributaire d'un marché soit le fils de l'un des membres de la collectivité départementale, mandataire du maître de l'ouvrage, est à lui seul insuffisant pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du code pénal. 23
Pour que le délit soit constitué, il faudrait que le père du responsable de l'entreprise attributaire ait un intérêt dans l'entreprise.
- 7** Il résulte des articles 302, 297 et 297 bis, alinéas 1 et 2, du code des marchés publics qu'une entreprise ne peut être agréée si elle ne dispose pas des qualifications pour réaliser l'opération envisagée. 24
L'atteinte à ces dispositions qui garantissent le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique procure à l'entreprise bénéficiaire d'un agrément irrégulier un avantage injustifié susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal qui peut être imputé au responsable de la collectivité, président de la commission d'appel d'offres.
- 8** 1 - L'utilisation irrégulière des dispositions de l'article 300 bis, alinéa 2, du code des marchés publics qui permet de recourir à la procédure négociée en cas d'appel d'offres infructueux, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal. 26
2 - L'allégation de faits inexacts pour fonder la déclaration d'infructuosité est susceptible de constituer le délit de faux prévu et puni par l'article 441-4 du code pénal.
- 9** Si le non respect de l'obligation de publicité au BOAMP des marchés dont le montant est supérieur à 900 000 Fttc, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal, la Mission interministérielle a considéré qu'il en est autrement lorsque l'estimation effectuée de façon sincère et raisonnable était inférieure à 900 000 Fttc. 27
- 10** 1 - L'utilisation irrégulière des procédures négociées de l'article 104 du code des marchés publics, en vue d'éluder les règles contraignantes de l'appel d'offres, protectrices du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal. 28
2 - *Défaillance des corps de contrôle,*
3 - *Pratiques corruptrices,*
4 - *Devoir d'incontestabilité.*
- 11** Le fractionnement de prestations dans le dessein d'éluder les dispositions de l'article 314 bis du code des marchés publics protectrices du principe de libre et égal accès à la commande publique, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. 30

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

- 12** Le marché négocié passé en régularisation de prestations déjà exécutées est contraire aux dispositions de l'article 308 du code des marchés publics *. 31
De tels faits sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.
- 13** 1 - Seules les personnes énumérées à l'article 4 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP) sont susceptibles de bénéficier d'une convention d'assistance à maîtrise d'ouvrage prescrite à l'article 3 de ladite loi. 32
2 - Le fait d'insérer dans le cahier des charges une clause technique sur mesure, en vue de favoriser un candidat au marché est contraire à l'obligation de mise en concurrence prescrite à l'article 250 du code des marchés publics et au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.
Ces faits sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.
- 14** 1 - L'article 314 bis, alinéa 5, du code des marchés publics exige pour les marchés de maîtrise d'oeuvre dont le montant estimé est supérieur à 450 000 Fttc, une mise en compétition fondée sur l'examen des compétences, références et moyens des candidats préalablement recensés. 33
2 - Il résulte des dispositions de l'article 299 bis du code des marchés publics que ne peuvent être agréés les candidats qui, en appel d'offres restreint, ne présentent pas les garanties professionnelles et financières exigées.
3 - Selon l'article 38 bis-I-1° du code des marchés publics, le nombre et la consistance des lots fixés dans le règlement de la consultation ne peuvent être modifiés en cours de procédure.
4 - La modification des offres par l'établissement de nouveaux actes d'engagement est contraire à l'article 38 bis-I-2° du code des marchés publics.
L'ensemble de ces faits, contraires au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.
- 15** 1 - L'utilisation de la procédure négociée après déclaration d'infructuosité dans le cadre d'un appel d'offres, permet à la personne responsable du marché d'engager les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats de son choix. 35
2 - L'ouverture des enveloppes contenant les offres en violation de l'article 297-I, alinéa 3, du code des marchés publics, n'est pas susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal si un tel manquement n'a pas eu pour objet de contrarier le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.
- 16** Les membres de la Mission interministérielle ne sont pas compétents pour enquêter sur des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. 36
- 17** 1 - Le fait de réduire la compétition lors de l'analyse des offres aux entreprises moins disantes est contraire à l'article 300, alinéa 1er, du code des marchés publics *. 37
2 - Selon l'article 300, alinéa 4, du code des marchés publics *, la commission ne peut exclure une offre comme étant anormalement basse, sans avoir demandé par écrit des précisions sur sa composition.
3 - Selon la Mission interministérielle, l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics ne permet pas à l'occasion de l'analyse des offres de procéder à des rectifications d'erreur.

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

-
- 18** 1 - Les entreprises qui n'ont pas déposé les pièces prescrites à l'article 55 du code des marchés publics au plus tard le jour de la date de remise des candidatures, doivent être écartées de la consultation. 38
Un syndicat de communes qui décide cependant de retenir deux candidats ne peut, lors de la phase d'examen des offres, écarter l'un d'entre eux, au motif qu'il n'a pas complété son dossier.
- 2 - Une entreprise mieux disante, qui a justifié que ses prix n'étaient pas anormalement bas, ne peut être écartée au profit de l'entreprise précédemment titulaire du marché.
Ces manquements sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.
- 19** 1 - En appel d'offres ouvert, le délai de réception des offres ne peut, selon l'article 296 du code des marchés publics, être inférieur à 36 jours à compter de la date d'envoi de l'avis. Sa réduction à 9 jours est contraire au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique. 40
- 2 - L'attribution des marchés par une commission composée conformément à l'article 279 du code des marchés publics est, en appel d'offres ouvert, une des garanties du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.
- 3 - La modification des offres après l'ouverture des plis, même au motif d'une erreur, est selon la Mission, contraire à l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics.
L'ensemble de ces faits est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

VOLUME II : Bilan d'activité	<i>Pages</i>
I - Les enquêtes	
1 - Le nombre des saisines	45
2 - L'origine des autorités de saisine	45
3 - L'origine territoriale des procédures contrôlées	46
4 - L'exécution des enquêtes	
52	
II - Les avis	54
III - Les décisions de justice rendues à la suite d'une enquête ou d'un avis de la Mission	56
IV - Bibliographie relative au délit de favoritisme	57
 VOLUME III : Etude sur le délit de favoritisme	 61
- Objet du marché ou de la délégation	
- Irrégularités constitutives du délit de l'article 432-14 du code pénal et autres infractions poursuivies	
- Origine de la saisie du parquet et intervention de la MIEM	
- Suite donnée	
- Position actuelle de l'affaire	
- Jugement	
- Appel interjeté	
- Arrêt d'appel	
- Pourvoi en cassation	
- Arrêt de cassation	
 VOLUME IV : Annexes	
Annexe 1 - La Mission interministérielle d'enquête	
Annexe 2 - Le délit d'octroi d'un avantage injustifié	
Annexe 3 - Dispositions législatives et réglementaires qui régissent la Mission	
Annexe 4 - Liste des membres de la Mission	
Index alphabétique	

VOLUME 1

*Résumés des rapports et avis
déposés au cours de l'année 1997
[sélectionnés selon l'intérêt de l'affaire]*

Cas n° 1

Référence : S/33/95

Saisine préfectorale en date du 29 novembre 1995

Rapport déposé le 6 novembre 1997

Communication au parquet : oui

Objet : 1 - Le défaut de publicité prescrit à l'article 38 bis, alinéa 3, du code des marchés publics* qui exige que l'avis relatif à un marché dont le montant estimé est supérieur à 900 000 Fttc soit publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics est une atteinte à l'obligation de mise en concurrence.

2 - Le principe de l'intangibilité des offres contenu à l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics* s'oppose à toute négociation entre l'acheteur public et les candidats au marché.

Ces manquements, contraires au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission a été saisie d'une demande d'enquête portant sur des marchés lancés en juin 1993 pour la réhabilitation et l'extension de trois cités, estimés respectivement à 13 150 000 Fttc, 12 650 000 Fttc et 24 200 000 Fttc.

1 - Les marchés de travaux des deux premières opérations dévolus en la forme de procédures d'appel d'offres restreints comprenant chacune onze lots se sont trouvés affectés de plusieurs irrégularités.

Bien que d'un montant estimé, supérieur à 900 000 Fttc, ils n'ont pas fait l'objet de la publicité nationale exigée par l'article 38 bis du code des marchés publics*.

Le maître d'oeuvre a engagé des négociations avec certaines entreprises en contrariété du principe de l'intangibilité des offres, prescrit à l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics*.

2 - L'extension de la troisième cité a fait l'objet d'une procédure d'appel d'offres restreint comprenant neuf lots. Des négociations en violation du principe de l'intangibilité des offres ont également eu lieu.

Ces manquements sont susceptibles de constituer le délit d'octroi d'un avantage injustifié, prévu et puni par l'article 432-14 du code pénal. Des faits de complicité ont également été relevés par la mission d'enquête.

* Version applicable aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

Cas n° 2

Référence : S/29/95

Saisine préfectorale en date du 3 novembre 1995

Rapport déposé le 29 octobre 1997

Communication au parquet : non

Objet : 1 - La commission ne peut rejeter une offre comme étant anormalement basse, sans avoir préalablement vérifié sa composition, conformément aux dispositions de l'article 297 bis, alinéa 2, du code des marchés publics.

La mission d'enquête a cependant considéré que le caractère intentionnel de l'infraction fait défaut lorsque compte tenu des circonstances de l'espèce un écart important existe entre les offres et les estimations.

2 - Une société d'économie mixte qui agit pour la passation d'un marché en qualité de mandataire d'une commune en application de l'article 6 de la loi 85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP, doit utiliser la procédure de passation propre au maître de l'ouvrage et non celle prescrite au décret du 26 mars 1993 qui doit être appliquée par la SEM lorsqu'elle agit pour son propre compte.

La mission d'enquête ayant toutefois relevé que le manquement résultait d'une erreur dans l'application entre deux procédures comparables et non de la volonté de contrarier les dispositions applicables, les faits ont été considérés comme insusceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission a été saisie d'une demande d'enquête relative à des marchés passés par une commune pour la construction d'une école maternelle, d'une cantine scolaire (1), de locaux communaux associatifs et de locaux de pompiers (2).

1 - Le premier marché, relatif à la construction de l'école maternelle et de la cantine scolaire a été passé en la forme d'un appel d'offres ouvert, à la suite d'une délibération du conseil municipal en date du 7 novembre 1994.

Le marché a été proposé en une tranche ferme composée de 14 lots pour un montant estimé à 3 830 000 Fht, et en une tranche conditionnelle composée de 13 lots, évaluée à 2 000 000 Fht.

Des diverses irrégularités relevées par la mission d'enquête, l'une d'entre elles est apparue susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal. La commission a écarté comme anormalement basses les offres de l'un des candidats sur les lots 11 pour l'école maternelle et 10 pour la cantine scolaire, sans avoir préalablement et conformément à l'article 297 bis, alinéa 2, du code des marchés publics, demandé par écrit des précisions sur la composition des offres litigieuses et vérifié cette composition en tenant compte des justifications fournies.

Bien que la commission ne puisse se dispenser de cette obligation, la mission d'enquête a cependant pris en compte la bonne foi de cette dernière en raison des circonstances de l'espèce et de l'écart important entre les offres et les estimations - 28 % et - 29 %.

2 - Un second marché sur appel d'offres ouvert est relatif à la construction de locaux communaux associatifs et de locaux de pompiers.

Ce marché a été passé pour le compte de la commune par une société d'économie mixte dans le cadre d'une convention de conduite d'opération, dont la conclusion n'a pas été conforme à l'article 6 de la loi 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée.

La société d'économie mixte, qui agissait pour le compte de la commune, se devait d'appliquer la procédure propre à cette dernière, prévue par le code des marchés publics et non celle prescrite au décret du 26 mars 1993, applicable aux sociétés d'économies mixte lorsqu'elles agissent pour leur propre compte.

Bien que les manquements observés à la suite de cette erreur de procédure - non respect des dispositions de l'article 297 du code des marchés publics - sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal, les circonstances de l'espèce ont conduit à dire qu'il s'est plus agi d'une négligence dans l'application de la réglementation que d'une volonté de contrarier les dispositions applicables.

Cas n° 3

Référence : S/30/95

Saisine ministérielle en date du 26 octobre 1995

Rapport déposé le 14 octobre 1997

Communication au parquet : oui

Objet : Le principe de l'intangibilité des offres, contenu pour l'appel d'offres ouvert à l'article 297 bis, alinéa 1er, du code des marchés publics, s'oppose à ce que les membres d'une commission d'appel d'offres autorisent un candidat au marché à modifier sa proposition pour la rendre mieux disante.

De tels faits, contraires au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission a été saisie d'une demande d'enquête relative à deux marchés de services passés selon la procédure d'appel d'offres ouvert par deux centres hospitaliers pour un prix de 8 389 289,60 Fttc et de 2 900 000 Fttc, ayant pour objet la construction et la rénovation des établissements concernés.

L'enquête diligentée par la Mission a montré que la société attributaire a bénéficié, dans le cadre du marché passé avec le premier centre hospitalier, d'un avantage injustifié qui a consisté à lui permettre, après l'ouverture des plis et avant la réunion de la commission de choix qui s'est tenue le 10 mai 1994, de modifier son offre, en violation de l'article 297 bis du code des marchés publics.

La société attributaire a ainsi ramené son offre de 8 389 289,60 Fttc, à 8 001 111 Fttc, réduisant l'écart qui l'opposait à son concurrent de 579 954 Fttc à 191 776 Fttc.

Ces faits susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal sont imputables aux membres de la commission d'appel d'offres. Des faits de recel de la même infraction sont susceptibles de concerner la société attributaire, par application des articles 121-2 et 321-1 du code pénal.

Cas n° 4

Référence : S/22/95

Saisine préfectorale en date du 19 juillet 1995

Rapport déposé le 25 septembre 1997

Communication au parquet : oui

Objet : L'utilisation de la procédure négociée, en cas d'infructuosité de l'appel d'offres, prescrite par l'article 104-I-2° du code des marchés publics dans le but d'éviter les dispositions contraignantes de l'appel d'offres est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

Une commune ayant décidé de prendre en charge la réinstallation d'une société de construction de charpentes métalliques, a édifié à cette fin un nouveau bâtiment implanté dans la zone industrielle qu'elle lui a vendu avec paiement à termes et sans intérêt et lui a racheté l'ancien.

La construction du bâtiment a donné lieu à un marché pour lequel la société aidée a elle-même été candidate pour les lots 3 et 4, charpente métallique, couverture, bardage, serrurerie.

Après l'ouverture des plis et alors qu'il était apparu que la société aidée n'était pas en mesure de l'emporter, en tout cas pour le lot n° 4, le maire et les membres de la commission ont modifié, à la demande même de la société candidate, la consistance des lots du marché. Le maire a ensuite procédé par la voie négociée et la société aidée s'est vue attribuer les lots 3 et 4.

Les conditions dans lesquelles a été conduite la dévolution de ces deux lots est à l'évidence révélateur de la volonté du maire de la commune et des membres de la commission de favoriser les dirigeants de ladite société. La collectivité a par ailleurs accordé des subventions à la société.

Les manquements relevés par la mission d'enquête ont porté atteinte aux articles 47, alinéa 2, 272 et 104-I-2° du code des marchés publics qui garantissent le libre et égal accès à la commande publique et sont constitutifs du délit d'octroi d'un avantage injustifié prévu et puni à l'article 432-14 du code pénal. Ces faits sont susceptibles de mettre en cause le maire et les membres de la commission qui ont commis les irrégularités. La société pourrait pour sa part être retenue sur le fondement des articles 321-1 et 121-2 du code pénal, au titre du recel.

Cas n° 5

Référence : S/38/95

Saisine préfectorale en date du 22 décembre 1995

Rapport déposé le 22 septembre 1997

Communication au parquet : oui

Objet : L'article 250 du code des marchés publics dispose que les marchés sont passés après mise en concurrence dans les conditions prescrites au titre 1er du code des marchés publics.

La primauté accordée à un cabinet d'études dans l'octroi de marchés d'études et de maîtrise d'oeuvre est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

A partir de 1982, un syndicat de communes a engagé des travaux pour la réalisation d'un collecteur d'eau souterrain dont l'exécution a été prévue en six tranches.

1 - Le 25 février 1992, le syndicat a décidé de lancer une septième tranche de travaux pour renforcer et restructurer l'ouvrage.

1.1 - Trois marchés d'études préalables au marché de travaux ont été attribués par le syndicat au même cabinet.

Les deux premiers, dits de définition, l'ont été en la forme négociée le 6 mars 1992 pour un montant de 1 387 620 Fttc et le 27 septembre 1993 pour un montant de 699 740 Fttc. Le troisième, dit de maîtrise d'oeuvre, en date du 22 mars 1994, l'a été sur le fondement des articles 314bis et suivants du code des marchés publics, avec un forfait de rémunération fixé à 20 114 252 Fht.

1.2 - Cette primauté est à mettre en relation avec une convention d'assistance conclue entre les deux parties le 1er juillet 1989, en vertu de laquelle le cabinet d'études contrôlera les études et travaux d'équipement et donnera aux organes du syndicat « *son avis sur les rapports présentés* ».

Cette disposition contractuelle a ainsi conduit le cabinet d'études à participer au comité syndical du 25 février 1992 qui a décidé de lui octroyer le marché du 6 mars 1992 et de lui attribuer également le marché du 27 septembre 1993, « *pour des raisons d'efficacité* » selon le rapport de l'article 312ter.

2 - Pour le marché de maîtrise d'oeuvre, le cabinet d'études a participé au comité syndical du 22 mars 1994 et a pu à cette occasion faire valoir le détail de son offre, avant d'être déclaré attributaire du marché.

La mission d'enquête a considéré que le président du comité syndical a, de ce fait, procuré au cabinet d'études un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions de l'article 250 du code des marchés publics qui prescrit que les marchés sont passés après mise en concurrence. Ces faits sont susceptibles de constituer à son endroit le délit de l'article 432-14 du code pénal et à l'encontre du cabinet d'études, celui de recel par application des articles 321-1 et 321-12 du code pénal.

Cas n° 6

Référence : a/11/97

Origine de la demande d'avis : préfectorale en date du 2 septembre 1997

Avis déposé le 5 septembre 1997

Communication au parquet : non

Objet : Le fait que le responsable d'une entreprise attributaire d'un marché soit le fils de l'un des membres de la collectivité départementale, mandataire du maître de l'ouvrage, est à lui seul insuffisant pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts de l'article 432-12 du code pénal.

Pour que le délit soit constitué, il faudrait que le père du responsable de l'entreprise attributaire ait un intérêt dans l'entreprise.

A la suite de la procédure de sélection des offres d'un marché, c'est l'entreprise du fils d'un des membres de la collectivité départementale, mandataire du maître d'ouvrage, qui a été retenu.

La question posée à la Mission interministérielle a été de savoir si cette dévolution était constitutive du délit de prise illégale d'intérêts.

Pour qu'il y ait application du délit de prise illégale d'intérêts prévu par l'article 432-12 du code pénal il faut que soient réunies les conditions suivantes :

L'auteur doit être une personne dépositaire de l'autorité publique.

Il doit prendre, recevoir ou conserver directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont il a, au moment de l'acte, en tout ou partie la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement.

S'il ne fait pas de doute qu'en la circonstance la collectivité est bien une personne dépositaire de l'autorité publique puisqu'elle reçoit du maître d'ouvrage, personne publique, mandat écrit d'exercer en son nom et pour son compte certaines de ses missions et que par ailleurs elle assure effectivement la surveillance et l'administration voire le paiement de l'opération, ces deux conditions ne suffisent pas à caractériser le délit.

Pour que le délit de prise illégale d'intérêts soit constitué il faut en plus que le mandataire ait directement ou indirectement pris ou gardé un intérêt dans l'entreprise attributaire du marché ou dans l'opération.

Le fait que le responsable de l'entreprise attributaire du marché soit son propre fils ne démontre pas que le mandataire détient par lui-même un intérêt quelconque dans la société, ou dans l'opération réalisée par elle.

En revanche si la procédure choisie et les conditions d'attribution du marché n'avaient pas respecté le principe d'égalité et de liberté d'accès à la commande publique prévu par le code des marchés publics, en d'autres termes si le fils du mandataire avait été favorisé, les responsables de la collectivité seraient susceptibles d'être poursuivis du chef de délit d'octroi d'un avantage injustifié défini à l'article 432-14 du code pénal.

Cas n° 7

Référence :a/3/97

Origine de la demande d'avis : parquet du procureur de la République en date du 12 mars 1997

Avis déposé le 5 août 1997

Objet : Il résulte des articles 302, 297 et 297 bis, alinéas 1 et 2, du code des marchés publics * qu'une entreprise ne peut être agréée si elle ne dispose pas des qualifications pour réaliser l'opération envisagée.

L'atteinte à ces dispositions qui garantissent le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique procure à l'entreprise bénéficiaire d'un agrément irrégulier un avantage injustifié susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal qui peut être imputé au responsable de la collectivité, président de la commission d'appel d'offres.

1 - En 1991, une commune a projeté de réaliser un réseau de pompage en eau de mer. Le marché a été ouvert à la concurrence par un appel d'offres avec concours prévu à l'article 302 du code des marchés publics *. Le choix de la procédure est justifié par la spécificité et la technicité des travaux.

La technicité de certaines opérations, telle celle soumise à l'avis de la Mission, exige en effet que soient vérifiées, avant même d'examiner le contenu et le montant des offres proposées par les candidats, les garanties professionnelles et financières des concurrents. C'est une disposition de bon sens qui consiste à contrôler les capacités des entreprises candidates pour réaliser une prestation déterminée.

En l'espèce et selon l'avis publié au BOAMP, ces garanties devaient porter sur la réalisation d'un réseau de pompage en eau de mer pour la desserte de 12 bassins de 100 mètres cubes ; longueur de refoulement 700 mètres, hauteur de dénivellation 48 mètres.

L'agrément des entreprises a semble-t-il été effectué par la commission le 12 novembre 1991.

2 - Il apparaît au vu des éléments transmis à la Mission que l'entreprise X, attributaire du marché, a, pour justifier de ses capacités, déposé un certificat qui fait état des qualifications 122, 1332, 323, N526. Selon la nomenclature des entreprises du bâtiment, ces codes correspondent aux qualifications suivantes :

- 122 : Travaux de reprise en sous oeuvre jusqu'à six mètres
- 1332 : Travaux de béton armé (travaux courants)
- 323 : Travaux de plomberie et installations sanitaires de petite importance
- 526 : Travaux de tuyauteries pour installations thermiques

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

La Mission considère que le fait pour une entreprise d'avoir des compétences pour réaliser des travaux de terrassement, de béton armé, de petite plomberie ou de pose de tuyauteries pour installations thermiques, ne lui permet pas d'être agréée pour réaliser une opération de conception et d'exécution du pompage d'eau de mer, en l'absence de toute qualification dans cette partie techniquement la plus importante du marché.

La commission aurait donc dû refuser l'agrément à cette entreprise.

3 - L'entreprise a « sous-traité » cette partie des travaux à une autre entreprise.

Le fait d'avoir sous-traité cette partie de l'opération, même à une entreprise qui disposait des compétences pour y satisfaire, ne régularise pas l'agrément irrégulier de l'entreprise.

L'entreprise ou le groupement candidat au marché doit avoir toutes les compétences et qualifications pour réaliser l'opération sous sa seule et entière responsabilité, nonobstant l'existence d'une convention de sous-traitance.

Cas n° 8

Référence : S/19/95

Saisine préfectorale en date du 8 juin 1995

Rapport déposé le 9 juin 1997

Communication au parquet : oui

Objet : 1 - L'utilisation irrégulière des dispositions de l'article 300 bis, alinéa 2, du code des marchés publics qui permet de recourir à la procédure négociée en cas d'appel d'offres infructueux, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

2 - L'allégation de faits inexacts pour fonder la déclaration d'infructuosité est susceptible de constituer le délit de faux prévu et puni par l'article 441-4 du code pénal.

Un syndicat intercommunal à vocation multiple a engagé au mois de mai 1994 une consultation pour faire assurer le chargement, le transport et le traitement des déchets ménagers et industriels des communes syndiquées.

Le marché estimé à 2 841 656 Fttc, proposé à la concurrence par un appel d'offres ouvert, a été déclaré infructueux par la commission le 8 juillet 1994, au motif que l'offre de l'entreprise seule conforme aux conditions du marché, dépassait l'estimation.

Ce fait, avéré inexact, a eu en réalité pour objet d'écartier irrégulièrement ladite entreprise et de favoriser une société qui a été déclarée attributaire du marché à la suite de la mise en oeuvre de la procédure négociée qui a suivi la déclaration d'infructuosité. Ce comportement est contraire aux dispositions de l'article 300 bis, alinéa 2, du code des marchés publics.

Il est constitutif du délit d'octroi d'un avantage injustifié prévu et puni par l'article 432-14 imputable aux responsables de l'établissement qui ont attribué le marché dans des conditions irrégulières et du délit de recel de la même infraction imputable à la société attributaire par application des articles 321-1 et 121-2 du code pénal.

La mission d'enquête a également relevé que le fait pour le maître d'oeuvre d'avoir sciemment fait mention dans le procès-verbal du 8 juillet 1994 de faits inexacts, est susceptible de constituer le délit de faux et usage de faux prévu et puni par l'article 441-4 du code pénal.

Cas n° 9

Référence : S/4/96

Saisine préfectorale en date du 19 mars 1996

Rapport déposé le 13 mai 1997

Communication au parquet : non

Objet : Si le non respect de l'obligation de publicité au BOAMP des marchés dont le montant est supérieur à 900 000 Fttc, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal, la Mission interministérielle a considéré qu'il en est autrement lorsque l'estimation effectuée de façon sincère et raisonnable était inférieure à 900 000 Fttc.

La Mission a été saisie d'une demande d'enquête relative aux conditions dans lesquelles ont été passés les marchés de maîtrise d'oeuvre et de travaux relatifs à la reconstruction de l'église d'une commune, détruite à la suite d'un glissement de terrain.

1 - Le marché de maîtrise d'oeuvre dont le montant a été estimé inférieur à 900 000 Fttc, s'est révélé supérieur, à la suite de l'introduction de prestations propres à la particularité de l'ouvrage qui n'avaient pas été prises en compte à l'origine.

La mission d'enquête a considéré que l'estimation a été sincère et raisonnable, compte tenu des éléments disponibles, et que dans ces conditions la non publicité au BOAMP n'est pas susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

2 - Par ailleurs, l'acceptation d'une candidature non assortie des attestations fiscales et sociales a pu se concevoir, dans l'hypothèse où les situations qu'elles sont censées justifier étaient régulières et qu'il ne s'est agi que d'un retard dans la transmission de pièces.

Cas n° 10

Référence : S/3/95

Saisine ministérielle en date du 11 janvier 1995

Rapport déposé le 25 mars 1997

Communication au parquet : oui

Objet : 1 - L'utilisation irrégulière des procédures négociées de l'article 104 du code des marchés publics, en vue d'éviter les règles contraignantes de l'appel d'offres, protectrices du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

2 - Défaillance des corps de contrôle,

3 - Pratiques corruptrices,

4 - Devoir d'incontestabilité.

La Mission interministérielle a été saisie d'une demande d'enquête relative aux conditions dans lesquelles un organisme social à caractère national a passé et exécuté ses marchés d'informatique, antérieurement au 11 janvier 1995, date de saisine de la Mission par le Ministre de l'économie et des finances.

L'organisme concerné définit, dans le domaine de sa compétence, les budgets de gestion administrative et décide des choix techniques qui vont, dans les faits, s'imposer aux organismes régionaux.

L'importance de l'informatique dans le fonctionnement des organismes concernés a conduit à la conclusion de près de 400 marchés entre 1992 et 1993. 170 ont été examinés par la Mission, soit 88 % de l'ensemble des prestations sur la période considérée.

L'enquête a montré que jusqu'en 1994 l'obligation de mise en concurrence a été constamment ignorée.

1 - Cela s'est traduit pour l'essentiel par une utilisation non conforme de procédures négociées, le plus souvent sans publicité, en violation du principe de libre et égal accès à la commande publique, et avec comme conséquence pour l'établissement, d'être privé de la possibilité de procéder à de réelles comparaisons entre les différentes techniques et sur la recherche du meilleur prix.

Les responsables de l'organisme ont expliqué leur comportement par le souci d'assurer la sécurité du système de paiement, compte tenu des risques techniques inhérents à l'informatique et des impératifs vis-à-vis des assurés.

Sans nier la réalité des sujétions techniques et fonctionnelles auxquelles l'organisme est confronté, la mission d'enquête a cependant considéré qu'en attribuant des marchés captifs à certains fournisseurs, l'établissement a privilégié la facilité au détriment de ses propres intérêts et des exigences de la réglementation.

Les responsables de l'établissement ont ainsi procuré aux bénéficiaires des marchés des avantages injustifiés susceptibles d'être sanctionnés par l'article 432-14 du code pénal.

2 - Dans ce contexte dégradé, une des sociétés bénéficiaires a eu une politique de recrutement de ses responsables qui a tenu compte de l'accès aux marchés de l'établissement.

Deux responsables de l'organisme social, un des directeurs jusqu'à son départ en retraite et un directeur de l'informatique qui démissionnera en 1989, furent intégrés à la société, le premier comme administrateur, le second comme salarié.

Un membre du conseil d'administration et président de la commission de l'informatique de l'organisme social, chargé de donner un avis sur l'attribution des marchés, deviendra à son tour en 1990, membre du conseil d'administration de la société.

Ces recrutements dont chacun pouvait être conscient qu'ils avaient pour but de permettre à la société de participer au mieux à la manne des marchés de l'établissement, sont susceptibles de constituer pour leurs bénéficiaires le délit de l'article 175-1 de l'ancien code pénal devenu 432-13, sous réserve de la prescription de l'action publique.

3 - La défaillance des corps de contrôle a été importante. Elle a laissé se perpétuer les irrégularités relevées. Elle contribue par là même à atténuer la responsabilité des personnes mises en cause, d'autant que le fonctionnement de l'établissement, qui dépend pour l'essentiel des techniques informatiques, a toujours - semble-t-il - été assuré dans des conditions satisfaisantes.

4 - Sans avoir pu établir de lien avec les irrégularités relevées, la mission d'enquête a observé que les sociétés d'informatique avaient usé auprès de l'organisme de pratiques critiquables consistant à faire bénéficier leurs responsables de voyages d'agrément, sous couvert ou à l'occasion de voyages d'études ou de séminaires. Des excès ont eu lieu. Ils constituent à n'en pas douter des manquements au devoir d'incontestabilité auquel tout acheteur public est tenu dans l'exercice de sa mission de service public.

Cas n° 11

Référence : S/31/95

Saisine de la Cour des comptes en date du 22 novembre 1995

Rapport déposé le 24 mars 1997

Communication au parquet : oui

Objet : Le fractionnement de prestations dans le dessein d'é luder les dispositions de l'article 314 bis du code des marchés publics protectrices du principe de libre et égal accès à la commande publique, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission interministérielle a été saisie d'une demande d'enquête relative au projet d'aménagement et de rénovation du centre ville d'une commune comprenant des travaux de voirie pour un montant hors taxe de 7MF.

Le marché de maîtrise d'oeuvre, dont le montant estimé a été fixé à 1 067 400 Fttc, n'a pas fait l'objet de la procédure prescrite par l'article 314 bis du code des marchés publics.

La collectivité a fractionné les prestations de maîtrise d'oeuvre au profit de l'architecte, dans le dessein d'é luder la procédure qui garantit le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.

Ces faits sont susceptibles de constituer à l'encontre du maire de la commune le délit d'octroi d'un avantage injustifié et à l'encontre du maître d'oeuvre, celui de recel de la même infraction, par application des articles 432-14 et 321-1 du code pénal.

Cas n° 12

Référence : a/1/97

Origine de la demande d'avis : parquet du procureur de la République en date du 24 janvier 1997

Avis déposé le 3 avril 1997

Objet : Le marché négocié passé en régularisation de prestations déjà exécutées est contraire aux dispositions de l'article 308 du code des marchés publics*.

De tels faits sont constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal.

Il résulte des éléments soumis à l'appréciation de la Mission interministérielle qu'une commune a ouvert à la concurrence, dans le cadre d'une procédure négociée, un projet de construction d'une fontaine logo par un avis d'information du 3 décembre 1993, inséré dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales.

La date limite de réception des candidatures a été fixée au 22 décembre 1993. En application de l'article 308 du code des marchés publics*, il appartenait au maire de la commune ou à son délégué désigné par lui de procéder à une « mise en compétition par une consultation écrite au moins sommaire » des candidats susceptibles d'exécuter le marché.

Or, le quotidien dans lequel avait été publié l'avis, faisait paraître le 22 décembre 1993, date limite de la réception des candidatures, un article de presse et une photographie qui présentaient aux lecteurs du quotidien l'ouvrage achevé.

L'article 308 du code des marchés publics auquel il a été porté atteinte ayant pour objet de garantir le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, sa violation doit être sanctionnée par l'article 432-14 du code pénal.

Ces faits sont susceptibles de constituer, à l'encontre du maire ou de son représentant qui a diligenté la procédure de marché, le délit d'octroi d'un avantage injustifié.

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993

Cas n° 13

Référence : S/16/93

Saisine ministérielle en date du 20 décembre 1995

Rapport déposé le 4 mars 1997

Communication au parquet : oui

Objet : 1 - Seules les personnes énumérées à l'article 4 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP) sont susceptibles de bénéficier d'une convention d'assistance à maîtrise d'ouvrage prescrite à l'article 3 de ladite loi.

2 - Le fait d'insérer dans le cahier des charges une clause technique sur mesure, en vue de favoriser un candidat au marché est contraire à l'obligation de mise en concurrence prescrite à l'article 250 du code des marchés publics et au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.

Ces faits sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission interministérielle a été saisie d'une demande d'enquête relative aux conditions dans lesquelles un syndicat des eaux a dévolu, en mai 1992, un marché de fournitures.

Le syndicat qui regroupe plusieurs communes, a délégué la gestion du service public de l'eau à une entreprise en la forme d'une régie intéressée, et lui a donné mandat de passer les marchés de fournitures et d'équipements par application de l'article 3 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985, dite loi MOP.

Au bénéfice de cette convention de mandat, d'ailleurs irrégulière, compte tenu du caractère limitatif des personnes énumérées à l'article 4 de ladite loi, l'entreprise a attribué le marché à l'une de ses filiales après avoir inclus à son profit, dans le cahier des charges, une clause technique sur mesure.

Ces faits sont susceptibles de constituer à l'encontre du régisseur du syndicat, directeur de l'entreprise délégataire et administrateur actionnaire de la société bénéficiaire du marché, le délit de prise illégale d'intérêts, prévu et puni par l'article 432-12 du code pénal et celui d'octroi d'un avantage injustifié prévu et puni par l'article 432-14 du code pénal.

Cette même infraction a été relevée à l'encontre du directeur général des services techniques du syndicat qui a approuvé le cahier des charges et a ainsi permis de contrarier le principe de libre et égal accès à la commande publique.

Cas n° 14

Référence : S/32/95

Saisine préfectorale en date du 23 novembre 1995

Rapport déposé le 21 janvier 1997

Communication au parquet : oui

Objet : 1 - L'article 314 bis, alinéa 5, du code des marchés publics exige pour les marchés de maîtrise d'oeuvre dont le montant estimé est supérieur à 450 000 Fttc, une mise en compétition fondée sur l'examen des compétences, références et moyens des candidats préalablement recensés.

2 - Il résulte des dispositions de l'article 299 bis du code des marchés publics que ne peuvent être agréés les candidats qui, en appel d'offres restreint, ne présentent pas les garanties professionnelles et financières exigées.

3 - Selon l'article 38 bis-I-1° du code des marchés publics, le nombre et la consistance des lots fixés dans le règlement de la consultation ne peuvent être modifiés en cours de procédure.

4 - La modification des offres par l'établissement de nouveaux actes d'engagement est contraire à l'article 38 bis-I-2° du code des marchés publics.

L'ensemble de ces faits, contraires au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission interministérielle a été saisie d'une demande d'enquête relative aux conditions dans lesquelles ont été dévolus par une commune les marchés de maîtrise d'oeuvre et de travaux, relatifs à l'extension et à l'aménagement d'un gymnase situé sur cette commune.

1 - Le marché de maîtrise d'oeuvre a été attribué par simple convention en date du 26 janvier 1994, alors que son montant, estimé à 469 656 Fttc, le soumettait à des exigences de publicité et de mise en concurrence par application de l'article 314 bis, alinéa 5, du code des marchés publics.

2 - Le marché de travaux, ouvert à la concurrence en la forme d'un appel d'offres restreint, a été attribué à une entreprise par la commission d'appel d'offres réunie le 18 juillet 1995.

L'enquête a établi que la procédure de dévolution du marché a été émaillée d'atteintes caractérisées aux dispositions applicables à la commande publique, dans le dessein de favoriser l'entreprise attributaire.

L'entreprise a ainsi été agréée pour participer à l'appel d'offres, alors qu'en l'absence des garanties financières et professionnelles exigées par l'article 299 bis du code des marchés publics**, cette entreprise aurait dû être écartée de la mise en concurrence.

3 - Le marché qui selon le règlement de la consultation devait être attribué par lot, l'a été en entreprise générale en violation de l'article 38 bis I du code des marchés publics*.

Ce manquement particulièrement grave qui a consisté à modifier les règles de la compétition après que chacun des candidats ait déposé son offre, a été commis dans le but de favoriser l'entreprise attributaire.

Afin de permettre à l'offre de cette dernière, « d'entrer » dans l'enveloppe budgétaire fixée à 3 234 891 Fht, la commission d'appel d'offres a retiré du marché les lots « revêtement des sols », « mur d'escalade », « espaces verts ».

* Version du code des marchés publics applicable aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

** Version du code des marchés publics applicable aux marchés lancés à partir du 18 décembre 1993.

Ce retrait effectué au détriment de l'intégrité du projet a permis à l'entreprise de ramener son offre de 3 341 385 Fht (3 007 000 + 334 385) à 3 007 000 Fht.

Cette manipulation est d'autant plus condamnable que l'ensemble du projet pouvait être attribué dans sa totalité si la dévolution du marché avait été effectuée conformément au règlement de la consultation.

Outre son caractère irrégulier, cette solution a conduit la collectivité à une perte de 326 765 Fht.

Afin de réduire l'offre de l'entreprise et la rendre le plus acceptable possible, la collectivité a négocié avec cette entreprise « un rabais commercial », alors que l'article 300, alinéa 1er, du code des marchés publics dispose que « la commission ne peut discuter avec les candidats, que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leur offre ».

4 - Les manquements successifs, ont été formalisés par l'établissement de deux actes d'engagements qui sont venus se substituer à celui déposé initialement.

L'un pour tenir compte de l'attribution du marché en entreprise générale, plutôt que par lot, daté du 23 juin 1995, mais qui a été établi postérieurement à la date limite du dépôt des offres fixée au 26 juin 1995, l'autre en date du 21 juillet, et postérieur à l'attribution du marché pour « régulariser » le retrait des lots et le rabais commercial.

L'établissement d'actes d'engagements contenant le montant de l'offre postérieurement à la date limite de réception des offres, fixée par le règlement de la consultation en violation de l'article 38 bis 2° du code des marchés publics** a ainsi permis à l'entreprise de faire varier ses propositions, au gré des modifications qui intervenaient pour la favoriser.

L'ensemble de ces éléments constitue des atteintes graves et réitérées au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, prévu et puni par l'article 432-14 du code pénal.

**Version du code des marchés publics applicable aux marchés lancés à partir du 18 décembre 1993.

Cas n° 15

Référence : S/37/95

Saisine préfectorale en date du 20 décembre 1995

Rapport déposé le 21 janvier 1997

Communication au parquet : non

Objet : 1 - L'utilisation de la procédure négociée après déclaration d'infructuosité dans le cadre d'un appel d'offres, permet à la personne responsable du marché d'engager les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats de son choix.

2 - L'ouverture des enveloppes contenant les offres en violation de l'article 297-I, alinéa 3, du code des marchés publics, n'est pas susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal si un tel manquement n'a pas eu pour objet de contrarier le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.

La Mission interministérielle a été saisie d'une demande d'enquête relative aux conditions dans lesquelles une communauté de communes a dévolu, selon la procédure d'appel d'offres ouvert, le marché relatif à la construction d'un centre technique d'entretien et d'exploitation.

1 - Le lot dont l'attribution est contestée ayant fait l'objet d'une déclaration d'infructuosité dans des conditions régulières, la procédure négociée de l'article 103 du code des marchés publics autorise la personne responsable du marché à engager librement les discussions qui lui paraissent utiles avec les candidats de son choix. Le lot pouvait donc être dévolu à une entreprise qui n'était pas candidate au marché dès son origine.

2 - L'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre d'une entreprise écartée de la consultation, en violation de l'article 297, alinéa 3, du code des marchés publics, est une irrégularité qui a été soulevée à juste titre par le contrôle de légalité mais qui n'apparaît pas en l'espèce avoir contrarié le principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.

Cas n° 16

Référence : S/12/95

Saisine préfectorale en date du 31 mars 1995

Note au préfet du 10 janvier 1997

Communication au parquet : non

Objet : Les membres de la Mission interministérielle ne sont pas compétents pour enquêter sur des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

La Mission a été saisie d'une demande d'enquête portant sur un marché lancé par un syndicat départemental.

Le marché soumis à l'examen de la Mission interministérielle est relatif à un appel d'offres restreint lancé à l'initiative du syndicat départemental pour la réalisation de programmes de travaux d'électrification et d'éclairage public pour les années 1994, 1995 et 1996.

Il s'agit d'un marché fractionné proposé en onze lots sous la forme d'un marché à bons de commande à prix unitaire.

La publication au BOAMP est intervenue régulièrement. La commission d'agrément qui s'est réunie le 20 septembre 1994, a autorisé dix neuf entreprises (seize avec les regroupements) à déposer des offres. L'ouverture à la concurrence ne paraît pas pouvoir donner lieu à contestation. La commission de choix s'est réunie à son tour le 7 novembre 1994.

Pour chaque lot, c'est l'entreprise qui a proposé le meilleur rabais qui a été retenue.

Il n'est donc pas apparu, au vu des éléments en possession de la Mission, que des atteintes au principe de libre et égal accès des candidats à la commande publique ont été commises à l'occasion de cette opération.

En revanche, le rapport du directeur de la Concurrence fait état d'atteintes possibles aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance 86-1243 du 1er décembre 1986. L'article 6 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991 n'autorise toutefois pas la Mission à instruire sur des faits de cette nature.

Cas n° 17

Référence : a/2/97

Origine de la demande d'avis : parquet du procureur de la République en date du 12 mars 1997

Avis déposé le 17 juin 1997

Objet : 1 - Le fait de réduire la compétition lors de l'analyse des offres aux entreprises moins disantes est contraire à l'article 300, alinéa 1er, du code des marchés publics*.

2 - Selon l'article 300, alinéa 4, du code des marchés publics*, la commission ne peut exclure une offre comme étant anormalement basse, sans avoir demandé par écrit des précisions sur sa composition.

3 - Selon la Mission interministérielle, l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics ne permet pas à l'occasion de l'analyse des offres de procéder à des rectifications d'erreur.

La Mission a été saisie d'une demande d'avis sur les conditions d'attribution des lots n° 1, 4 et 5 du marché de construction d'une station d'épuration.

1 - Sur le lot n° 1 : En appel d'offres ouvert, le fait d'avoir limité l'analyse des offres aux cinq entreprises moins-disantes est contraire aux dispositions de l'article 300, alinéa 1er, du code des marchés publics* qui indique que la commission doit effectuer son choix selon les critères spécifiés dans l'avis d'appel d'offres.

2 - Sur le lot n° 4, la Mission a considéré que les dispositions de l'article 300, alinéa 4, du code des marchés publics*, relatives au rejet d'une offre considérée anormalement basse, impose que la commission demande par écrit des précisions sur la composition de l'offre.

Ces irrégularités sont susceptibles de fonder des poursuites du chef d'octroi d'avantage injustifié dans les marchés publics, à l'encontre de l'autorité compétente signataire du marché.

3 - Sur le lot n° 5, la Mission a relevé que le rapport d'analyse des offres avait fait état d'une erreur de l'entreprise attributaire qui avait chiffré certains postes deux fois.

La commission a permis à l'entreprise d'établir un nouvel acte d'engagement et une décomposition du prix global forfaitaire, contrevenant aux dispositions de l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics*.

La Mission est très réservée sur les rectifications d'erreurs, qui conduisent le plus souvent à permettre à un candidat que l'on veut favoriser de réduire une offre pour la rendre mieux disante.

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

Cas n° 18

Référence : a/9/97

Origine de la demande d'avis : préfectorale en date du 25 juin 1997

Avis déposé le 11 septembre 1997

Communication au parquet : non

Objet : 1 - Les entreprises qui n'ont pas déposé les pièces prescrites à l'article 55 du code des marchés publics au plus tard le jour de la date de remise des candidatures, doivent être écartées de la consultation.

Un syndicat de communes qui décide cependant de retenir deux candidats ne peut, lors de la phase d'examen des offres, écarter l'un d'entre eux, au motif qu'il n'a pas complété son dossier.

2 - Une entreprise mieux disante, qui a justifié que ses prix n'étaient pas anormalement bas, ne peut être écartée au profit de l'entreprise précédemment titulaire du marché.

Ces manquements sont susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

La Mission interministérielle a été saisie d'une demande d'avis préalable à la suite de certaines irrégularités rencontrées dans le cadre du contrôle de légalité concernant des marchés passés par un syndicat intercommunal pour le traitement d'ordures ménagères.

Les documents transmis à la Mission qui concernent les deux premières procédures conduisent aux observations suivantes :

1 - Première consultation sur appel d'offres restreint.

1.1 - Phase d'examen des candidatures : l'avis d'appel à la concurrence a été publié dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics. Onze sociétés ont déposé un dossier. Un tableau récapitulatif des candidatures, dressé lors de la première séance de la commission d'appel d'offres, montre que seuls deux candidats ont déposé un dossier complet. C'est pourtant deux autres candidatures, celles des sociétés X et Y, qui ont été agréées alors qu'elles n'avaient pas produit toutes les pièces requises. Ces sociétés ont été admises par la commission à déposer une offre contrairement aux dispositions de l'article 55 du code des marchés publics qui précise dans son dernier alinéa que : « La candidature ou l'offre ne peut être prise en considération qu'à la condition formelle que les certificats, attestations ou déclarations prévus au présent article aient été produits au plus tard le jour de la date de remise des candidatures ou des offres et soient rédigés en langue française ».

1.2 - Phase d'examen des offres : La commission a choisi l'offre de la société Y, au motif que la société X n'avait pas complété son dossier initial alors même que la commission n'avait pas retenu ce motif lors de la phase d'examen des dossiers de candidature.

2 - Seconde consultation sur appel d'offres ouvert.

Le syndicat a fait publier un avis d'appel d'offres ouvert dans le bulletin officiel des annonces des marchés publics. Le marché a été proposé en trois lots : lot n°1 collecte des déchets, lot n°2 exploitation de l'usine de broyage/compostage et lot n°3 collecte et transport du verre. Le règlement de la consultation indiquait que les critères prévus par l'article 297 du code des marchés publics seraient utilisés pour le choix de la société.

2.1 - La commission d'appel d'offres s'est réunie le 17 décembre 1996. Les deux premiers lots ont été attribués à la société Z, aux motifs « *qu'elle est moins-disante* » et que « *ses prix sont correctement estimés* ». Aucune analyse des critères autres que le prix n'apparaît dans le rapport de la commission.

2.2 - Le lot 3 n'a pas été attribué à la société S pourtant moins-disante au motif que ses prix étaient anormalement bas. Sur demande expresse du représentant de la direction départementale de la concurrence et de la consommation, la commission a chargé le maître d'oeuvre d'interroger la société sur le mode d'établissement de ses prix, conformément aux dispositions de l'article 297 bis, du code des marchés publics.

L'ingénieur de la direction départementale de l'agriculture et de la forêt, maître d'oeuvre a demandé à la société S d'expliquer ses prix par une télécopie du 19 décembre 1996 puis par lettre du 24 janvier 1997. Il a demandé en particulier que des réponses soient apportées aux points paraissant avoir été sous-estimés à savoir : - circuit de collecte de 400 kms - participation de la société à la taxe locale professionnelle (ce point pourrait être analysé comme un critère de préférence locale interdit par la réglementation) - entretien des camions - nombre de jours pour la collecte des colonnes et des bacs de 9 m³.

Les pièces communiquées à la Mission montrent que la société a répondu à l'ensemble des points soulevés en apportant les justificatifs nécessaires pour démontrer que ses prix n'étaient pas anormalement bas.

La commission d'appel d'offres a cependant décidé d'attribuer le marché à la société Y déjà en place, au motif que la différence de prix de l'ordre de 35 000 F par an en faveur de la société S ne justifiait pas un changement de service.

La société S s'est estimée lésée par cette décision qui selon elle ne respectait pas les règles de la mise en concurrence. Elle a formé dès le 14 février 1997 un recours pré-contractuel en application de l'article L22 du code des juridictions administratives.

La commission d'appel d'offres est revenue sur sa décision. Elle a décidé de ne pas donner suite à l'appel d'offres pour des motifs d'intérêt général.

En toute hypothèse, les modalités de dévolution des marchés visés sont irrégulières et susceptibles de constituer le délit d'octroi d'avantage injustifié prévu par l'article 432-14 du code pénal.

Cas n° 19

Référence : a/4/97

Origine de la demande d'avis : parquet du procureur de la République en date du 9 avril 1997

Avis déposé le 30 juillet 1997

Communication au parquet : oui

Objet : 1 - En appel d'offres ouvert, le délai de réception des offres ne peut, selon l'article 296 du code des marchés publics, être inférieur à 36 jours à compter de la date d'envoi de l'avis. Sa réduction à 9 jours est contraire au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.

2 - L'attribution des marchés par une commission composée conformément à l'article 279 du code des marchés publics est, en appel d'offres ouvert, une des garanties du principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique.

3 - La modification des offres après l'ouverture des plis, même au motif d'une erreur, est selon la Mission, contraire à l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics.

L'ensemble de ces faits est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal.

L'avis de la Mission a été sollicité sur les conditions de régularité dans lesquelles a été conclu, au premier semestre 1993, un marché de travaux pour la construction d'un centre technique municipal.

1 - Sur le marché en général

1-1 : C'est un marché par appel d'offres ouvert selon les articles 295 et suivants du code des marchés publics*, divisé en 17 lots.

Envoyé à la publication, la date limite de réception des offres a été fixée 9 jours après, alors que l'article 296 du code des marchés publics, dernier alinéa, dispose que ce délai ne peut être inférieur à 36 jours (15 jours en cas d'urgence ne résultant pas du fait de l'autorité compétente).

Le manquement à l'article 296 du code des marchés publics*, commis par le maire, autorité compétente, est susceptible de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

1-2 : La commission d'appel d'offres s'est réunie le 14 juin 1993 pour la séance d'ouverture des plis.

Elle devait se réunir, pour procéder aux choix, le 21 juin 1993. Cette seconde réunion n'a jamais eu lieu.

Les entreprises attributaires des différents lots, ont été retenues dans un rapport d'analyse des offres en date du 14 septembre 1993, établi par le maître d'oeuvre, mais sans décision de la commission, contrairement aux prescriptions de l'article 300, premier alinéa, du code des marchés publics*.

L'attribution des marchés par une commission composée conformément à l'article 279 du code des marchés publics est une des garanties du principe de libre et égal accès à la commande publique.

Un tel manquement est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. Ce délit est imputable au maire, qui a signé le marché sans avoir préalablement réuni la commission.

2 - Sur l'attribution des lots n°3 (charpente métallique) et n°4 (couverture/bardage)

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

La commission d'appel d'offres s'est réunie le 14 juin 1993, sous la présidence de l'un des adjoints au maire, en présence de trois membres et du représentant du comptable.

L'entreprise X a présenté une proposition sur deux lots :

- lot n°3 : charpente métallique : 246 000,000 Fht
- lot n°4 : couverture/bardage : 365 643,000 Fht

Pour le lot n°3, elle est apparue la moins disante, par contre elle ne figure qu'en seconde position pour le lot n°4, où l'entreprise Y est moins disante avec : 353 309 Fht.

Aucune entreprise n'a été déclarée attributaire le jour même, le maître d'oeuvre devant vérifier la conformité technique des offres avec le cahier des charges.

Le maître d'oeuvre a rendu son rapport d'analyse des offres ultérieurement. Il y mentionne : « lot n°4, sur ce lot, l'entreprise la moins disante est l'entreprise Y. Cependant, l'entreprise X propose de ramener son prix à 350000 Fht, dans la mesure où elle serait retenue pour les deux lots : charpente (lot n° 3) + couverture/bardage (lot n° 4) ».

Cette pratique qui consiste en appel d'offres à autoriser l'un des candidats à modifier son offre est irrégulière au regard de l'article 300, alinéa 3, du code des marchés publics*, la commission ne pouvant discuter avec les candidats que pour leur faire préciser ou compléter la teneur de leurs offres.

Par ailleurs, l'acte d'engagement pour le lot n°4 est daté du 8 mai 1993, et comporte non pas le prix proposé par X lors de la séance d'ouverture des prix du 14 juin 1993, mais le prix rectifié à la baisse en cas d'attribution des deux lots, n°3 et 4, à l'entreprise concernée. Il pourrait donc s'agir d'un faux, la date d'établissement de l'acte ne correspondant pas à la réalité (art. 441-1 et suivants du code pénal).

La réunion de choix prévue pour le 21 juin 1993, en présence du maire, pour l'attribution des lots, n'a jamais eu lieu, comme il a été dit précédemment.

Ces faits constitutifs du délit de l'article 432-14 du code pénal sont imputables au maire, signataire de l'acte irrégulier, le cas échéant au maître d'oeuvre, qui apparaît avoir participé à l'acte irrégulier. L'entreprise X pourrait être recherchée du chef de recel du délit de l'article 432-14 du code pénal.

3 - Sur l'attribution du lot n°11, électricité

Lors de la réunion de la commission d'appel d'offres, en séance d'ouverture des plis du 14 juin 1993, l'entreprise attributaire du lot a été classée en quatrième position, sur cinq entreprises soumissionnaires, avec un prix de 145 440,00 Fht.

Après vérification de son offre, le maître d'oeuvre a considéré que les calculs en éclairage et en métrage de câbles étaient surdimensionnés. Le maître d'oeuvre a effectué lui-même la rectification permettant à l'entreprise initialement quatrième d'être moins disante avec un montant de 119 565,00 Fht.

En sens inverse, l'offre de l'entreprise initialement moins disante a été rectifiée, passant de 120 552,00 Fht à 121 334,00 Fht.

La Mission interministérielle est très réservée sur de telles pratiques de rectification systématique des calculs des entreprises candidates qui conduisent à permettre au maître d'oeuvre de « refaire » les offres des candidats et de changer l'ordre des offres.

* Dispositions applicables aux marchés lancés jusqu'au 17 décembre 1993.

VOLUME 2

Bilan d'activité

I - Les enquêtes

1 - Le nombre des saisines

En 1997, la Mission a été saisie de 11 demandes d'enquêtes.

Ce poste a diminué par rapport à l'année 1996 (- 7). Cela résulte d'une amélioration sensible des conditions de passation des marchés compte tenu des risques encourus en cas de manquement à la réglementation. Par ailleurs la limitation des autorités compétentes pour saisir la Mission ainsi que l'éloignement de la période de crise que les marchés publics ont connue, expliquent largement cette évolution.

Le tableau qui suit retrace l'évolution du nombre des saisines depuis la création de la Mission.

Années	Saisines	Rapports déposés	Solde	Chiffre moyen annuel de rapports déposés (calculée sur 6 ***)	Moyenne théorique****
1992	7	1	- 6 (86 %)	0,16	1,16
1993	16	5	- 11 (68 %)	0,83	2,66
1994	32	18	- 14 (43 %)	3	5,33
1995	38	18 *	- 20 (52 %)	3	6,33
1996	18	23	+ 5	3,83	3
1997	11	27	+ 16	4,50	1,83
TOTAL	122	92	- 30**	2,55	3,38

* dont une jonction

** reste à traiter au 1er janvier 1998

*** correspond au nombre d'emplois permanents de la Mission

**** selon le nombre de saisines annuelles

2 - L'origine des autorités de saisine

Le tableau qui suit indique les autorités à l'origine des saisines

Autorités de saisine	1992	1993	1994	1995	1996	1997	Total
Premier ministre	1						1
ministre chargé de l'économie	5	12	5 **	2 **			24 (-3)
ministre de la justice		1 *					1
ministre du logement			(1)	(1)			2
ministre de la santé				1			1
ministre du travail et des affaires sociales					1		1
ministre de l'équipement						1	1
cour des comptes				4	5	2	11
préfets	1	4	27	31	12	8	83
Total	7	16	32	38	18	11	122

* 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 est comptée une fois)

3 - L'origine territoriale des procédures contrôlées

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
Hauts de Seine
Haute Garonne
Savoie
Essonne
Guyane
Guyane
1993
Haute Savoie
Var
Essonne
Bouches du Rhône
Val d'Oise
Marchés d'Etat
Marché d'Etat
Hautes Alpes
Loiret
Maine et Loire
Martinique
Finistère
Gard
Var
Somme
Seine Saint Denis
1994
Région Picardie et Nord Pas de Calais
Morbihan
Vaucluse
Alpes Maritimes
Guadeloupe
Essonne
Seine et Marne
Loire
Finistère
Alpes de Haute Provence
Réunion
Finistère
Savoie
Nord
Morbihan
Cher
Loire
Var
1994 (suite)
Seine et Marne

Seine et Marne
Isère
Val d'Oise
Finistère
Yvelines
Morbihan
Sarthe
Allier
Indre et Loire
Pyrénées Orientales
Lot
Charente
Savoie
1995
Haute Garonne
Ille et Vilaine
Marchés d'Etat
Marne
Bas-Rhin
Doubs
Région Rhône-Alpes
Seine et Marne
Rhône
Ardèche
Ain
Hautes Pyrénées
Alpes Maritimes
Bas Rhin
Côtes d'Armor
Pas de Calais
Calvados
Seine et Marne
Morbihan
Vienne
Dordogne
Loir et Cher
Pyrénées Orientales
Gironde
Etablissement public à caractère industriel et commercial
Seine Saint Denis
Côtes d'Armor
Hérault
Ain
Alpes Maritimes
Morbihan
Val d'Oise
Seine Saint Denis

1995 (suite)
Puy de Dôme
Savoie
Pyrénées Orientales
Yvelines
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

Le tableau qui suit indique les saisines reçues par la Mission, réparties par département.

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

44	Loire Atlantique	
45	Loiret	1
46	Lot	1
47	Lot et Garonne	
48	Lozère	
49	Maine et Loire	1
50	Manche	
51	Marne	2
52	Marne (Haute)	
53	Mayenne	
54	Meurthe et Moselle	
55	Meuse	
56	Morbihan	5
57	Moselle	
58	Nièvre	
59	Nord	1
60	Oise	
61	Orne	
62	Pas de Calais	1
63	Puy de Dôme	1
64	Pyrénées Atlantiques	
65	Pyrénées (Hautes)	1
66	Pyrénées Orientales	4
67	Rhin (Bas)	2
68	Rhin (Haut)	
69	Rhône	
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	5
78	Yvelines	3
79	Sèvres (Deux)	1
80	Somme	1
81	Tarn	
82	Tarn et Garonne	
83	Var	3
84	Vaucluse	1
85	Vendée	
86	Vienne	1
87	Vienne (Haute)	
88	Vosges	
89	Yonne	
90	Territoire de Belfort	

91	Essonne	3
92	Hauts de Seine	1
93	Seine Saint Denis	4
94	Val de Marne	1
95	Val d'Oise	5
DOM		
971	Guadeloupe	1
972	Martinique	1
973	Guyane	3
974	Réunion (La)	1

Autres		Saisines
Marchés d'Etat		5
Etablissement public à caractère industriel et commercial		1

4 - Le tableau qui suit récapitule aux pages 52 et 53 l'ensemble des données sur les enquêtes terminées en 1997.

N°	Origine de la saisine	Date d'enregistrement de la saisine	Date de dépôt du rapport	Cas résumé sous le n° (1)	Transmission au procureur de la République (2)
16/93	ministre de l'économie	22.12.93	04.03.97	13	27.03.97
2/94	préfectorale	19.01.94	14.11.97		-
24/94	préfectorale	03.11.94	10.04.97		-
3/95	ministre de l'économie	11.01.95	25.03.97	10	11.04.97
9/95	préfectorale	06.03.95	09.04.97		-
10/95	préfectorale	06.03.95	22.01.97		-
12/95	préfectorale	03.04.95	10.01.97	16	incompétence de la Mission
14/95	cour des comptes	10.04.96	12.05.97		-
19/95	préfectorale	13.06.95	09.06.97	8	04.07.97
22/95	préfectorale	21.07.95	25.09.97	4	14.10.98
23/95	préfectorale	30.08.95	31.07.97		-
24/95	préfectorale	14.08.95	09.06.97		-
29/95	préfectorale	07.11.95	29.10.97	2	-
30/95	ministre de la santé	08.11.96	14.10.97	3	14.11.97
31/95	cour des comptes	23.11.95	24.03.97	11	07.04.97
32/95	préfectorale	11.12.95	21.01.97	14	14.02.97
33/95	préfectorale	15.12.95	06.11.97	1	30.12.97
34/95	préfectorale	11.12.95	20.06.97		-
36/95	préfectorale	28.12.95	*		
37/95	préfectorale	29.12.95	21.01.97	15	-
38/95	préfectorale	29.12.95	22.09.97	5	-
4/96	préfectorale	20.03.96	13.05.97	9	-
6/96	préfectorale	12.04.96	18.12.97		20.01.98
7/96	préfectorale	02.07.96	09.12.97		06.01.98
9/96	ministre du travail et des affaires sociales	22.08.96	08.04.97		21.04.97
11/96	préfectorale	11.09.96	25.11.97		15.11.97
1/97	ministre de l'équipement	07.02.97	13.06.97		incompétence de la Mission

(1) nombre moyen de rapports déposés par enquêteur pour l'année 1997: 4,50 (moyenne théorique 1,83)

(2) 44 % des rapports ont été transmis au parquet (47 % en 1996)

* information judiciaire ayant rendu sans objet la saisine de la Mission

4 - (suite)

N°	Durée de traitement en mois (3)	Nombre de marchés et avenants vérifiés (4)	Nombre de personnes entendues (5)	Transport journée/enquêteur (6)	Montant marché en MF (7)
16/93	38	1	14	8	24,2
2/94	46	16	11	14	21,7
24/94	29	9	3	8	17,73
3/95	26	170	35	140	390
9/95	25	3	4	6	19,77
10/95	22	-	-	-	-
12/95	21				
14/95	25	1	1	2	2
19/95	24	2	5	3	5,67
22/95	26	1	1	1	2,2
23/95	17	2	3	2	3,2
24/95	22	expertise			
29/95	23	8	1	1	2,65
30/95	23	2	3	2	10,9
31/95	16	2	2	2	8
32/95	23	2	6	3	3,5
33/95	23	20	6	4	25,3
34/95	18	1	-	-	1,3
36/95					
37/95	13	2	3	6	3
38/95	21	1	5	5	1,3
4/96	14	4	2	1	4,08
6/96	20	1	3	2	0,7
7/96	17	8	5	3	48,04
9/96	8	2	20	20	10
11/96	14	4	2	1	4,08
1/97	4				

(3) durée moyenne de traitement d'une affaire : 21 mois

(4) total du nombre de marchés et avenants vérifiés : 262

(5) total du nombre de personnes entendues : 135

(6) total du nombre de transports par journée enquêteur : 234

(7) total du montant des marchés vérifiés: 609 MF

II - Les avis

1 - La Mission a reçu en 1997, 14 demandes d'avis outre les signalements, transmissions d'indices ou d'informations (20 en 1996). Le tableau qui suit récapitule le nombre et l'origine de ces demandes pour les années 1995, 1996 et 1997.

<i>Origine des demandes d'avis ou communication d'indices</i>	1995	1996	1997
DGCCRF	13	-	-
Parquets	4	7	8
Collectivités	-	2	-
Préfets	8	3	3
Divers	10	8	3
Total	35	20	14

La Mission fait régulièrement l'objet de demandes de consultations. Bien qu'en dehors de ses compétences strictes, il est répondu à ces demandes sous la forme d'avis techniques, lorsqu'elles émanent des autorités administratives ou judiciaires.

La Mission est ainsi appelée à donner des avis qui ne préjugent en rien des décisions éventuelles de l'autorité judiciaire et qui ne sauraient interférer de manière quelconque sur les autres procédures de contrôle des marchés publics mises en oeuvre par d'autres organismes ou administrations.

La Mission reçoit aussi régulièrement des dénonciations émanant de particuliers, d'élus ou d'organismes divers, auxquels elle ne peut donner suite, ne disposant pas du pouvoir de s'autosaisir.

2 - Le tableau qui suit récapitule les traitements des demandes d'avis ou signalements réglés en 1997

N°	Date de la demande d'avis ou du signalement	Date de l'enregistrement de la demande d'avis	Cas résumé sous le n°	Date de l'avis	Durée de traitement d'une affaire
12/97	09.10.97	09.10.97		18.11.97	5 semaines
11/97	02.09.97	04.09.97	6	05.09.97	1 jour
10/97	01.07.97	04.07.97		15.07.97	11 jours
9/97	25.06.97	30.06.97	18	avis rendu pour saisine de la Mission le 11.09.97	2 mois 11 jours
7/97	09.06.97	09.06.97		18.06.97	12 jours
5/97	16.04.97	15.05.97		06.10.97	4 mois 3 semaines
4/97	09.04.97	14.04.97	19	30.07.97	3 mois 2 semaines
3/97	12.03.97	27.03.97	7	05.08.97	4 mois 9 jours
2/97	12.03.97	27.03.97	17	17.06.97	2 mois 3 semaines
1/97	24.01.97	24.02.97	12	03.04.97	1 mois 10 jours
20/96	06.11.96	19.11.96		06.01.97	1 mois 2 semaines
17/96	22.08.96	06.09.96		10.01.97	4 mois 4 jours
13/96	14.05.96	21.05.96		13.01.97	7 mois 3 semaines
36/95	28.09.95	10.10.95		09.06.97	20 mois

Durée moyenne de traitement d'une demande d'avis = 1,8 mois

III - Décisions de justice rendues à la suite d'une enquête ou d'un avis de la Mission

<i>Tribunal de grande instance et date du jugement</i>	<i>Référence Mission</i>	<i>Fondement des poursuites du délit de favoritisme</i>	<i>Décision</i>
Bonneville 15.12.95	S/1/93	- Urgence faussement déclarée - Modification des offres et jonction de deux lots pour favoriser un candidat	Relaxe
Brest* 20.05.97	S/12/94	Utilisation de « l'erreur » pour rendre l'offre de l'entreprise que l'on veut favoriser mieux disante au cours de l'analyse des offres	Relaxe
Châlons en Champagne 25.03.98	S/4/95	Avenant qui modifie l'objet du marché	100 000 F d'amende 5 ans d'inéligibilité
Charleville Mézières* 14.02.96	a/8/94	Information privilégiée	- 1 mois sursis - 1 000 F d'amende
Grenoble ⁽¹⁾ 05.11.96	S/21/94	Non respect de la procédure de tirage au sort	- 6 mois sursis - 10 000 F d'amende - 5 ans d'inéligibilité - (Favoritisme, escroquerie)
Nice ⁽⁴⁾ 14.06.96	S/10/94	Modification des offres	- 10 mois sursis - 100 000 F d'amende - Interdiction des droits civiques 2 ans
Orléans* 14.05.97	S/9/93	- Modification des offres - Non respect des critères de choix	10 000 F d'amende
Orléans* 05.06.96	a/12/93	- Modification des offres après ouverture des plis au prétexte d'erreurs	- 10 mois sursis - 100 000 F d'amende
Quimper ⁽²⁾ 25.07.95	a/34/94 S/9/94	- Information privilégiée - Déclaration d'infructuosité - Offre anormalement basse	10 000 F d'amende dont 4 000 F avec sursis
Saint-Etienne 13.11.97	S/17/94	Atteinte au principe de mise en concurrence	50 000 F d'amende
Saint-Etienne 13.11.97	S/8/94	- Fractionnement de marché - Mise en concurrence fictive	- 6 mois sursis - 20 000 F d'amende (favoritisme, faux)
Saverne ⁽⁵⁾ 27.03.97	S/5/95	- Absence de publicité au BOAMP alors que le montant estimé du marché est supérieur à 900 000 F TTC, modification de l'objet du marché, avenant qui bouleverse l'économie du marché	- 4 mois sursis - 10 000 F d'amende
Strasbourg* 19.01.96	a/31/94	Modification de l'objet du marché	- 10 000 F d'amende - 5 000 F d'amende
Tours ⁽³⁾ 28.04.97	S/28/94	Modification des offres	Dispense de peine
Vannes 04.12.97	S/15/94	Recours irrégulier à la procédure d'urgence pour réduire le délai de dépôt des candidatures	- 10 000 F d'amende - sursis
<i>Cour d'appel date des arrêts</i>	<i>Référence Mission</i>	<i>Décision</i>	
⁽¹⁾ Grenoble** 27.08.97	S/21/94	6 mois sursis, 10 000 F d'amende, 5 ans d'inéligibilité	
⁽²⁾ Rennes 21.11.96	a/34/94 S/9/94	- 3 mois sursis - 5 000 F d'amende	
⁽³⁾ Orléans** 02.03.98	S/28/94	10 000 F d'amende	
⁽⁴⁾ Aix en Provence 08.10.98	S/10/94	10 mois sursis - 50 000 F d'amende	
⁽⁵⁾ Colmar 14.11.97	S/5/95	4 mois sursis - 10 000 F d'amende	
<i>Cour de Cassation Date des arrêts</i>	<i>Référence Mission</i>	<i>Objet</i>	<i>Décision</i>
Chambre criminelle 08.10.96	S/2/94	Sur le droit de communication des membres de la Mission	Casse un arrêt de la cour d'appel de Rennes
Chambre commerciale, financière et économique 08.07.97	S/13/95	Sur le droit de visite domiciliaire des membres de la Mission	Rejette un pourvoi en nullité d'une visite domiciliaire

* jugement définitif

** arrêt faisant l'objet d'un pourvoi en cassation

(NC) non communiqué à la date du dépôt du rapport.

IV - Bibliographie relative au délit de favoritisme

- M. Guibal : Favoritisme, concurrence et contrats publics - La semaine juridique, cahier du droit de l'entreprise n° 27, 4 juillet 1991.
- A. Laguerre : Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics - La revue des marchés publics n° 271, janvier-février 1993.
- J.P. Gohon : Le délit de favoritisme - L'actualité juridique droit administratif (AJDA), juillet-août 1994.
- M. Barbari : Délit de favoritisme : trop de flou pour les praticiens - Le Moniteur du 25 novembre 1994.
- 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.
- M. Dobkine et B. Marchal : Le délit d'octroi d'avantage injustifié dans les marchés publics et les délégations de service public - La revue française de la décentralisation n° 1, septembre 1995.
- J. Molinié : Le délit de favoritisme dans les commandes hors marché - Le Bulletin d'information de l'ASCIA n° 25, janvier 1996.
- 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
- Direction des affaires criminelles et des grâces, sous-direction des affaires économiques et financières, « Premier bilan d'application du délit dit de favoritisme dans les marchés publics et les délégations de service public » - juillet 1998.

VOLUME 3

Poursuites relatives au délit de favoritisme

La Mission interministérielle a adressé aux parquets de métropole et des départements d'outre-mer, dans le courant du premier semestre de l'année 1998, un questionnaire sur l'état des procédures diligentées sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal.

Il résulte de l'étude qu'à la fin du premier semestre 1998, 150 affaires étaient poursuivies du chef de favoritisme devant les juridictions de première instance, d'appel, ou se trouvaient pendantes devant la Cour de cassation*.

En l'état des données recueillies, 50 % de ces affaires (74), ont trouvé leur origine dans une enquête diligentée par la Mission ou ont fait l'objet d'un avis sollicité auprès d'elle.

L'élément constitutif principal du délit de favoritisme étant la violation par un acheteur public « d'une disposition législative ou réglementaire ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés et les délégations de service public », c'est-à-dire pour l'essentiel la violation de certaines dispositions du code des marchés publics ou de la loi Sapin, l'objet de cette étude a été principalement de rechercher les manquements commis par les acheteurs publics dans l'application des textes qui s'imposent à eux en la matière.

L'examen des 150 affaires en cours a permis de relever 156 manquements à la réglementation des marchés susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

1 - Leur classement est présenté par ordre décroissant selon la fréquence des irrégularités commises.

1° Choix irrégulier des procédures de dévolution des marchés publics permettant à l'acheteur public de désigner librement le titulaire du marché.

manquements relevés : 31, soit 20 %, se décomposant comme suit :

- fractionnement de l'opération 9,70 %, dont achat sur simples factures 3,20 %,

- procédures négociées hors fractionnement 10,25 %, dont 4 % à la suite d'une déclaration d'infructuosité non justifiée.

2° Modification des offres pour rendre le candidat favorisé mieux disant

manquements relevés : 24, soit 15,38 %.

3° Non respect de l'obligation de mise en concurrence

manquements relevés : 14, soit 9 %.

4° Avenant irrégulier

manquements relevés : 13, soit 8,33 %.

5° Non respect des critères de choix

manquements relevés : 9, soit 5,70 %.

6° Octroi d'une information privilégiée

manquements relevés : 8, soit 5 %.

7° Défaut de publicité (au BOAMP)

manquements relevés : 7, soit 4,50 %.

* Il s'agit d'un chiffre minimum, tous les parquets n'ayant pas répondu au sondage

8° Modification de l'objet du marché

manquements relevés : 7, soit 4,50 %.

9° Agrément irrégulièrement accordé

manquements relevés : 6, soit 3,80 %.

10° Utilisation abusive de l'urgence pour réduire les délais de dépôt des offres

manquements relevés : 5, soit 3,20 %.

11° Insertion au cahier des charges d'une clause technique sur mesure

manquements relevés : 4, soit 2,50 %.

12° Prorogation irrégulière de la date limite de réception des offres

manquements relevés : 3, soit 2 %.

13° Comportements frauduleux à l'occasion d'une convention de sous traitance 1, de l'ouverture des plis 1 ou par la modification des procès-verbaux 1.

2 - 84 % des irrégularités commises l'ont été à l'occasion de la phase de passation du marché. Dans la phase de préparation, le pourcentage a été de 7,50 % et de 8,50 % dans celle d'exécution.

Deux atteintes au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique dominant dans l'étude réalisée par la Mission. Elles concernent le choix de la procédure de dévolution (2.1) et la modification des offres des candidats aux marchés (2.2).

2.1 - Avec 20 % des manquements à l'origine des instances judiciaires en cours, le choix irrégulier des procédures de dévolution des marchés constitue l'atteinte la plus fréquente à la réglementation.

La recherche d'une certaine aisance procédurale est une disposition naturelle vers laquelle tendent ceux qui sont soumis à des prescriptions contraignantes.

L'acheteur public, enserré en appel d'offres dans un carcan constitué par l'intangibilité des offres et le respect des critères de choix, aura parfois tendance à rechercher des procédures consensuelles - marchés négociés, achats sur simples factures - grâce auxquelles il déterminera librement l'attributaire du marché, un peu comme un particulier en droit privé. Ces pratiques irrégulières sont obtenues par le fractionnement de l'opération ou l'utilisation irrégulière des procédures négociées.

Un tel comportement de l'acheteur public est d'abord une atteinte au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats à la commande publique, qui impose que toute entreprise puisse accéder librement à la manne des marchés publics et soit traitée également.

C'est ensuite un défaut de garantie de l'efficacité de la dépense publique. L'absence de mise en concurrence ne permet pas à l'acheteur public de connaître l'état du marché quant au prix et quant à la qualité des prestations.

C'est enfin avec le favoritisme qui en résulte un risque évident de corruption qui n'aura pour seule protection que l'intégrité de l'acheteur public.

Le code des marchés publics a toujours recherché un équilibre entre les procédures de dévolution consensuelles et celles d'appel d'offres, selon l'importance de la prestation proposée.

Cet équilibre est actuellement satisfaisant. Il doit, selon la Mission, être préservé ou conforté.

2.2 - Avec plus de 15 % des manquements à l'origine des instances judiciaires en cours, la modification des offres, en vue de rendre un candidat mieux disant, est la deuxième irrégularité le plus souvent commise.

Dans cette situation, le choix de la procédure n'est pas en cause.

L'acheteur public va se trouver en présence d'offres plus intéressantes que celle du candidat à qui il souhaiterait attribuer le marché. L'irrégularité va consister à lui permettre de modifier son offre pour la rendre mieux disante. Au délit de favoritisme qui en résultera, viendra s'ajouter un faux en écriture pour « rectifier » l'acte d'engagement, après l'avoir antidaté, afin de dissimuler le manquement.

En réalité, cette modification des offres se fait de façon plus subtile, à l'occasion de l'analyse des offres qui va être confiée à un agent ou à un représentant de la collectivité (services techniques, architectes, bureau d'études...).

La personne chargée de l'analyse s'octroie souvent des pouvoirs considérables pour modifier les offres en présence, en diminuer certaines, en augmenter d'autres au prétexte d'erreurs réelles, supposées ou volontaires, et qui seront ou non « découvertes » en tant que de besoin. Après avoir ainsi modifié le prix, voire la prestation proposée, la personne chargée de l'analyse va donner son avis sur la valeur des offres.

Ces initiatives sont essentielles dans l'attribution du marché. C'est certainement à cet instant que se joue la dévolution du marché. Les commissions et assemblées consultatives ou délibératives, le responsable de la collectivité ou de l'organisme qui passe le marché, vont presque toujours se contenter d'entériner les « rectifications » et « avis d'experts » donnés par le « spécialiste » qui seront d'autant plus difficiles à contester que la technicité des projets est de plus en plus grande.

Le pouvoir de fait dans l'attribution des marchés, d'agents de la collectivité ou de l'organisme concerné, subordonnés hiérarchiquement au responsable du marché, ou de personnes privées que celui-ci a le plus souvent lui-même désignées pour le représenter, pose problème.

L'intervention de ces intermédiaires qui vont en réalité décider de l'attribution du marché n'est pas réglementée. Leur rôle est ambigu, leurs conclusions souvent arbitraires sont déterminantes.

VOLUME 4

Annexes

Annexe 1

La Mission interministérielle d'enquête

I - La Mission interministérielle d'enquête (Extraits du rapport d'activité pour l'année 1994)

I - La Mission, organisme distinct des instances administratives et financières d'enquête et de contrôle

1 - La Mission et les instances administratives et financières

La Mission interministérielle d'enquête se distingue des instances de droit commun, financières ou administratives, qui interviennent à des stades différents de la procédure de passation des marchés, pour en apprécier, à un titre ou à un autre, la régularité.

Leurs pouvoirs se limitent le plus souvent à des contrôles, c'est à dire à un examen des pièces qui leurs sont communiquées, ou à des enquêtes, mais avec des moyens d'investigation limités.

1.1 - A l'occasion de leurs missions définies par la loi 94-1040 du 2 décembre 1994, la Cour et les Chambres régionales des comptes connaissent de la régularité des procédures de marchés passées par les collectivités et établissements qu'elles sont appelées à contrôler.

Elles disposent à cet égard d'un droit de communication général et du pouvoir de procéder à des auditions.

La difficulté réside en ce que les magistrats financiers n'interviennent qu'une fois l'ensemble des comptes officiellement arrêtés, ce qui, pour les marchés publics, conduit en pratique à reporter les opérations de contrôle à près de trois ans après la signature du marché.

La révélation des manquements qui pourraient être effectués à cette occasion risque alors de mettre leurs auteurs à l'abri de toute sanction, à raison notamment de la prescription de l'action publique.

Pour écarter cet inconvénient et compte tenu de la spécialisation de la Mission interministérielle d'enquête et de ses moyens d'investigation, la loi du 8 février 1995 a accordé à la Cour des comptes le pouvoir de la saisir, au même titre que les autorités énumérées à l'article 2 de la loi du 3 janvier 1991 : « *Les enquêtes sont également diligentées à la demande de la Cour des comptes* ».

La loi n'a pas limité ce droit aux affaires qui ressortent de son autorité. Elle dispose donc comme le premier ministre et le ministre chargé de l'économie et des finances d'un pouvoir général de saisine. Elle peut ainsi demander une enquête à la suite d'affaires qui lui ont été communiquées par les chambres régionales des comptes, mais rien ne lui interdit de solliciter la Mission à partir d'éléments qui sont portés à sa connaissance, en dehors de toute procédure instruite par les juridictions financières.

1.2 - Les commissions spécialisées des marchés assurent un contrôle a priori de la régularité des marchés de l'Etat.

Leurs contrôles se situent au stade des projets de marchés présentés par les départements ministériels dès lors que les achats envisagés s'élèvent à certains seuils fixés réglementairement.

A l'intérieur de ces seuils, les dossiers sont sélectionnés par les présidents des commissions qui ne retiennent que ceux qu'il leur paraît opportun de soumettre à la commission.

L'avis des commissions est donné à partir des dossiers transmis par l'administration, sur la base d'un rapport établi sur les seuls éléments qu'ils contiennent, auxquels viennent parfois s'ajouter un contact informel avec les responsables du service concerné.

Le délai de 30 jours entre le dépôt du dossier et l'avis de la commission, suffisamment bref pour ne pas compromettre les activités de l'acheteur public, ne permet pas toujours de déceler les irrégularités dans la passation du marché. (...).

1.3 - Le contrôle de légalité est exercé dans les départements par les préfets représentants de l'Etat. Le contrôle de légalité des marchés et des conventions concerne 10 à 12 % de l'ensemble des actes transmis aux préfets, évalué annuellement à environ cinq millions et demi. Il se classe en troisième position par ordre d'importance après les actes de la fonction publique territoriale, environ 50 %, et ceux qui concernent l'urbanisme, environ 20 %.

Ces chiffres montrent l'immensité de la tâche des services du contrôle de légalité qui en présence d'une matière complexe doivent pouvoir apprécier la suite à donner à un manquement : déféré devant la juridiction administrative, saisine de la Mission interministérielle d'enquête et le cas échéant transmission du dossier au procureur de la République sur le fondement de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale.

Afin d'éviter lorsque c'est possible l'exercice de ces procédures lourdes et susceptibles de contrarier parfois inutilement les relations avec les responsables des collectivités, une disposition législative en date du 4 janvier 1992, modifiée par la loi du 29 janvier 1993, permet au représentant de l'Etat de saisir le président du tribunal administratif statuant en premier et dernier ressort en la forme des référés, avant même la conclusion du contrat, lorsqu'il y a eu atteinte aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Dans cette hypothèse il peut être ordonné à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations (article L.22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel).

L'autorité préfectorale va de même, préalablement à tout recours, exercer lorsque c'est possible une mission de concertation pour inciter à la remise en ordre des procédures irrégulières.

Souvent, le préfet va être confronté à des difficultés.

La transmission des actes d'engagement faite par l'autorité compétente n'est pas toujours accompagnée des pièces nécessaires à l'exercice du contrôle. De plus, la complexité de la matière applicable aux marchés et aux conventions de délégation de service public ainsi que la faiblesse des moyens dont il dispose rendent souvent toute appréciation difficile.

Si cette pratique précontentieuse est assurément à encourager lorsqu'il s'agit de l'envisager au plan de la conformité des actes au droit administratif, on doit s'interroger sur son bien fondé lorsque les irrégularités sont susceptibles de conduire leurs auteurs à des poursuites pénales, notamment sur le fondement de l'article 432-14. (...).

1.4 - Par application de l'article 5 de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, le contrôleur financier doit refuser son visa pour les conventions passées en infraction aux dispositions applicables aux marchés publics et plus particulièrement si le principe du libre et égal accès à la commande publique n'a pas été respecté.

Ce contrôle est effectué sur pièces sans véritables moyens d'investigations, sauf la possibilité d'entretiens informels avec les responsables du service. (...).

1.5 - Le comptable public, par application de l'article 37 du décret du 29 décembre 1962, suspendra le paiement du marché si des irrégularités sont constatées.

Le contrôle est formel et en l'espèce limité à la comparaison des différentes pièces produites : factures, attestations du service fait, actes d'engagement pour l'essentiel.

Si dans la plupart des cas le comptable public fait preuve d'intransigeance lorsqu'il relève des irrégularités, il est apparu que dans d'autres son contrôle était cantonné à la seule cohérence des documents communiqués. (...)

C'est lui qui centralise les pièces justificatives des paiements des diverses opérations. Il dispose d'une vue d'ensemble qui lui permet de déceler les principales irrégularités que sont le fractionnement des marchés, ou l'exécution du marché sans support juridique, révélateurs d'une absence de mise en concurrence.

La transmission du marché, par les collectivités locales, au représentant de l'Etat exclut notamment l'agrément des sous traitants, les ordres de service et de commencement des travaux, les travaux sur mémoires ou factures, tous éléments pourtant extrêmement précieux pour déceler les irrégularités. (...).

1.6 - Les corps de contrôle et d'inspection de l'administration centrale interviennent sur un champ d'application extrêmement vaste qui ne leur donne pas toujours la possibilité d'agir dans le domaine particulier des marchés publics.

De plus, les statuts qui les régissent ne leur permettent pas de diligenter des enquêtes approfondies sur la régularité des procédures mises en oeuvre par le département dont ils relèvent.

Ils peuvent cependant avoir un rôle d'assistance et de conseil qui ne peut manquer d'être apprécié dans des services, où par la force de l'habitude, on a vu parfois se développer des pratiques dont les responsables, semble-t-il de bonne foi, ne percevaient plus le caractère irrégulier voire frauduleux.

Depuis qu'elle a été créée, la Mission interministérielle comprend en son sein des membres non permanents, issus pour la plupart de ces corps de contrôle, qui approfondissent la matière des marchés publics et les méthodes de vérification (annexe IV).

Si les effets ne sont pas actuellement perceptibles, cette action va dans le sens de la recherche du rôle pédagogique que veut également s'assigner la Mission.

2 - La Mission, instance originale d'enquête et de contrôle

La Mission interministérielle est une instance administrative indépendante (2.1) dont la compétence et le rôle sont déterminés par la loi (2.2).

2.1 - Une instance indépendante

2.1.1 - Au plan fonctionnel

Le chef de la Mission « *organise et dirige les travaux de la Mission* ». Il harmonise les diligences, particulièrement dans les affaires qui requièrent l'intervention d'un grand nombre d'enquêteurs.

Lorsqu'il n'est pas lui-même enquêteur, le chef de la Mission est tenu informé de l'instruction des affaires. Il veille à ce que les enquêtes se déroulent dans le cadre strict des dispositions législatives et réglementaires. Il s'assure que leurs clôtures interviennent dans des délais raisonnables.

Dans l'exécution des missions qui lui ont été confiées, le chef de la Mission ou les enquêteurs ne peuvent recevoir d'instructions ou de recommandations sur le déroulement de l'enquête, y compris de la part de l'autorité de saisine.

Aucune autorité administrative ou judiciaire n'est susceptible d'intervenir dans la mise en état des affaires.

Les enquêteurs spécialement désignés procèdent en toute indépendance à toutes investigations utiles.

Après avoir été saisi par une des autorités compétentes, le chef de la Mission ne pourrait se voir retirer l'affaire pour quelque cause que ce soit. Il a en toute circonstance l'obligation de déposer le rapport dans les conditions prévues par les textes, sans pouvoir prendre de décision de classement ou de refus d'informer.

Les enquêtes sont conclues après avoir été délibérées par les membres de la Mission qui l'ont diligemment et le chef de la Mission, qui en connaît par sa désignation originelle.

Les problèmes de principe posés par les affaires sont discutés en assemblée générale.

Pour autant, les rapports sont signés par le ou les enquêteurs qui sont libres de leurs conclusions.

Le chef de la Mission fait part de son point de vue lors de la transmission du rapport qui intervient par ses soins.

C'est lui qui apprécie l'opportunité de la communication du dossier au procureur de la République, sur le fondement de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale auquel fait référence l'article 38-6 du code des marchés publics.

2.1.2 - Par sa nature interministérielle.

Les membres de la Mission sont désignés par arrêté conjoint du Premier ministre, du ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et du ministre dont l'intéressé relève statutairement.

Actuellement six d'entre eux sont permanents et constituent l'ossature de la Mission. Ils sont recrutés dans des administrations différentes parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les officiers.

La Mission comprend actuellement trois magistrats de l'ordre judiciaire, dont le chef de la Mission, un magistrat des juridictions financières, un administrateur civil, un inspecteur principal de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et un attaché principal d'administration.

Aux membres permanents s'ajoutent des membres non permanents issus des corps d'inspection et de contrôle de l'administration centrale : IGA, IGAS, affaires culturelles, éducation nationale, agriculture, contrôle des armées, ponts et chaussées.

Cette interdisciplinarité correspond à la matière traitée. Elle prend en compte les différents aspects, administratifs, financiers et judiciaires. Elle enrichit la réflexion par la confrontation de plusieurs cultures. Elle constitue pour la Mission un gage d'indépendance.

2.1.3 - Par la diversité des autorités de saisine

La saisine de la Mission s'exerce directement par les autorités ministérielles et préfectorales selon les textes en vigueur au 31 décembre 1994. La Mission ne dépend donc pas d'une autorité particulière.

Seul le Premier ministre a communication de tous les rapports quelle que soit l'autorité de saisine (art. 38-6, alinéa 2, du code des marchés publics).

Le Premier ministre et le ministre chargé de l'économie et des finances ont une compétence générale. Les autres ministres peuvent saisir la Mission pour les marchés et conventions de leurs départements ministériels.

Les préfets sont compétents pour les actes de leur ressort territorial.

Le chef de la Mission peut étendre la saisine initiale lorsque l'enquête fait présumer des irrégularités sur d'autres marchés.

Cette disposition a été utilisée une fois en 1994. Elle permet d'éviter de retarder l'instruction de manquements qui apparaîtraient en cours d'enquêtes et d'empêcher que les saisines soient limitées à certains aspects d'une affaire.

Le chef de la Mission ne dispose pas du pouvoir de s'autosaisir. Cette prérogative accordée à d'autres autorités administratives comme le conseil de la concurrence ou la CNIL doit cependant plus s'analyser en terme de pouvoir que d'indépendance.

L'absence d'autosaisine a pour conséquence de limiter l'action de la Mission aux enquêtes qui lui sont confiées. Son bilan sera celui des affaires dont elle aura été saisie.

Elle n'a donc pas de vocation de régulation dans le domaine des marchés publics. Elle n'est pas « *le gendarme des marchés* » et apparaît plus au plan administratif comme un cabinet d'audit ou d'expertise à la disposition des autorités compétentes pour la saisir, que comme un organe exerçant une surveillance générale sur les marchés. Son existence lui donne toutefois un rôle dissuasif qui est loin d'être négligeable.

La pratique permet cependant à la Mission interministérielle, par les avis qu'elle donne aux autorités susceptibles de la saisir, de provoquer de leur part des demandes d'enquêtes sur des faits portés à sa connaissance par des organismes comme la Commission centrale des marchés ou la Direction générale de la

concurrence. Les avis proposés par la Mission pour sa saisine ont toujours été suivis d'effet. En 1994, deux d'entre eux, donnés au ministre de l'économie et des finances, se sont traduits par des demandes d'enquête.

Il convient enfin de noter que deux circulaires, l'une du ministre de la justice en date du 28 octobre 1992, l'autre du ministre de l'économie et des finances en date du 4 juin 1992, ont recommandé aux parquets pour la première, aux directeurs de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes pour la seconde, d'informer la Mission des affaires du délit d'octroi d'avantage injustifié dont ils pourraient connaître.

Si la première circulaire est suivie par les parquets selon leur diversité, la seconde l'a été activement par la DGCCRF.

La centralisation des informations relevant du d'octroi d'avantage injustifié dans les marchés publics est pour la Mission une source précieuse pour l'étude du phénomène et l'amélioration à apporter tant pour son traitement par des moyens adaptés, que pour permettre une évolution de la réglementation des marchés publics.

Il convient de souligner que le Ministère de la justice a mis en place en juillet 1994 au sein de la Direction des affaires criminelles et des grâces, une sous direction des affaires économiques et financières qui assure le suivi des affaires du délit d'octroi d'avantage injustifié communiquées par la Mission au parquet et qui permet désormais d'apporter aux juridictions le soutien nécessaire à leur action.

2.1.4 - La Mission interministérielle n'a pas de gestion administrative et budgétaire autonome. Elle ne dispose pas comme la COB ou le conseil de la concurrence d'un budget propre, bien qu'elle ait récemment obtenu la création d'une ligne budgétaire pour assurer le financement des déplacements des personnes qu'elle convoque.

Pour sa gestion, elle est rattachée au ministère de l'économie et des finances et son secrétariat est assuré par le secrétariat général de la commission centrale des marchés dont elle est autonome, mais avec lequel elle entretient des relations « *naturellement privilégiées* ».

On peut considérer que cette situation que connaît également la CNIL, placée auprès du ministre de la justice, ou la CADA auprès du Premier ministre, n'altère en rien son autorité.

2.2 - Une instance dont la compétence et le rôle sont déterminés par la loi

2.2.1 - Une compétence d'attribution

La Mission est compétente à l'égard des marchés et des conventions de délégations de service public 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.

La Mission est également compétente pour connaître des travaux ou achats sur factures dont le montant est inférieur à 300 000 F ttc, lorsque cette procédure est utilisée comme un moyen pour fractionner des marchés et éviter les dispositions contraignantes du code des marchés publics.

Il doit être observé que la Mission n'a pas eu à connaître d'affaires relatives à des manquements sur les conditions de passation des conventions de délégation de service public prescrites par la loi du 29 janvier 1993.

Cela s'explique certainement par la mise en oeuvre encore trop récente de cette loi.

2.2.2 - Un rôle défini largement

Le rôle de la Mission est prescrit par l'article 1er de la loi du 3 janvier 1991 qui dispose qu'elle est chargée de procéder à des enquêtes « *portant sur les conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public (...)* ».

La formule est très large et comprend la recherche de toutes les irrégularités, quelle que soit leur nature, qui ont pu être commises à l'occasion de la préparation de la passation ou de l'exécution d'une convention et sans préjudice des sanctions que ces irrégularités peuvent entraîner.

Cela peut conduire à la nullité de l'acte. La Mission est consultée par les services du contrôle de légalité sur des atteintes au code des marchés publics mettant en cause le principe de libre et égal accès à la commande publique, en vue de déférer un marché devant le juge administratif.

Cela peut conduire aussi à la sanction de l'auteur du manquement quelle que soit l'irrégularité commise à l'occasion de la passation d'un marché : atteinte au statut de la fonction publique, infraction à la loi pénale, aux dispositions de la loi du 25 septembre 1948 portant création d'une cour de discipline budgétaire et financière, au code des communes, au code de l'urbanisme, voire au code de la santé publique (art. 365-1 CSP, cas n° 11).

La Mission d'enquête doit aussi relever, par application de l'article 1er de la loi, toutes les pratiques irrégulières qui peuvent concerner le fonctionnement précaire d'un service, d'une administration ou d'une collectivité chargée des procédures de marché.

Il en sera de même si les irrégularités résultent de défaillances imputables aux organes ou aux agents chargés du contrôle des marchés.

2.2.3 - Les limites de l'enquête

- Si les faits relatifs à l'irrégularité du marché se trouvent être en même temps constitutifs d'une infraction pénale autre que le délit d'octroi d'avantage injustifié, l'enquête pourra se poursuivre mais devra se limiter aux seules conditions de régularité et d'impartialité de la convention, faute de quoi les actes effectués seraient frappés de nullité.

Le partage n'est pas toujours très simple à effectuer. Un marché attribué à une personne investie d'un mandat électif public qui avait la charge d'en assurer la surveillance ou l'administration, est dévolu irrégulièrement. La Mission sera compétente pour enquêter sur les conditions de sa passation alors que les faits sont susceptibles de constituer le délit de prise illégale d'intérêts.

De même la Mission d'enquête pourra instruire sur des manquements relatifs à la publicité et à la mise en concurrence, même si les atteintes enregistrées l'ont été à la suite d'une contrepartie en argent qui laisse présumer le délit de corruption.

En revanche, si les enquêteurs relevaient un abus de confiance sans aucun lien avec les conditions de régularité et d'impartialité de passation du marché, ils n'auraient aucune compétence pour procéder à des actes d'enquêtes tels que demandes de pièces, auditions, même s'ils sont effectués accessoirement. Ils ne pourraient qu'en donner avis au parquet sur le fondement de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale.

- Le principe de l'indépendance des procédures qui interdit à une autorité ou à une administration d'effectuer des actes de contrôle ou d'enquête, dans des domaines pour lesquels elle n'est pas habilitée, ne permet pas à la Mission interministérielle d'intervenir sur des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

La Mission interministérielle d'enquête ne dispose d'aucun pouvoir pour instruire ou même rassembler des faits relatifs à l'ordonnance de 1986.

Si elle le faisait, de tels actes seraient nuls.

L'article 6 de la loi du 3 janvier 1991 est une application de ce principe général.

Il prescrit que le président du conseil de la concurrence doit être informé, sans délai, des investigations « mentionnées à l'article 5 ».

Dans le cadre de ces dispositions, la Mission interministérielle a eu l'occasion de donner avis au président du conseil de la concurrence de deux affaires dans lesquelles cette autorité apparaissait compétente (S/8/94 et S/6/93).

- Les autres procédures administratives qui pourraient suivre la commission de manquements en relation avec des atteintes aux conditions de régularité et d'impartialité de passation des marchés, peuvent être mises en oeuvre par le Premier ministre destinataire des rapports de la Mission ou par l'une des autorités qui a demandé l'enquête.

Une affaire instruite par la Mission est actuellement pendante devant la cour de discipline budgétaire et financière.

Dans d'autres affaires, des mesures ont été prises à l'encontre de fonctionnaires par leurs instances, à la suite du rapport de la Mission d'enquête.

II - La Mission, organisme distinct des instances judiciaires d'enquête

Le législateur a accordé à la Mission des pouvoirs d'enquêtes (1), assortis de prescriptions qui garantissent les libertés individuelles (2).

1 - Les pouvoirs d'enquête de la Mission

1.1 - Des pouvoirs importants

La Mission interministérielle dispose de moyens importants pour lui permettre de rassembler les informations nécessaires à la conduite de son enquête.

Le législateur a entendu doter les enquêteurs de moyens d'actions comparables à ceux qui existent depuis déjà longtemps en matière fiscale, financière, douanière et de concurrence.

- 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) et les entreprises (article 4 de la loi), sans que puisse leur être opposé le secret professionnel.

Cette disposition doit permettre la communication de tout document et renseignement utiles à l'enquête.

Il est apparu parfois que les autorités judiciaires marquaient quelques réticences pour assurer aux membres de la Mission l'exercice de ce droit pour les documents dont elles étaient détentrices.

En ce qui concerne le droit de communication auprès des entreprises, il permet aux membres de la Mission d'accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel pour obtenir les éléments nécessaires à l'exercice de son contrôle ou de l'enquête qu'elle effectue.

Ce droit a été contesté par une juridiction, saisie dans le cadre d'une procédure d'opposition à fonction exercée à l'encontre d'un responsable d'entreprise, qui avait refusé d'accéder aux demandes de communication de pièces et renseignements de la Mission.

Le tribunal a relaxé le prévenu au motif que la demande de communication sollicitée par les enquêteurs, conformément à l'article 4 de la loi, ne permettait à la Mission que d'accéder aux seules pièces et renseignements détenus par les administrations et non à celles des entreprises.

Cette décision qui a fait l'objet d'un appel du parquet devrait demeurer isolée.

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 dénuée de toute ambiguïté.

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

A l'occasion des travaux parlementaires, le rapporteur de la commission a indiqué en ce qui concerne les dispositions de 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).

- Exercé pour la seule recherche de l'infraction prévue à l'article 432-14 du code pénal, le droit de visite domiciliaire et de saisie des pièces, exercé sous le contrôle de l'autorité judiciaire, accroît considérablement les moyens des enquêteurs de la Mission interministérielle, en leur donnant de véritables pouvoirs de police judiciaire.

1.2 - Des pouvoirs contestés

Ces prérogatives dévolues à la Mission interministérielle ne l'ont toutefois pas été sans certaines hésitations de la part du législateur.

La procédure pénale est une matière qui touche aux garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. Le législateur s'est toujours montré naturellement réticent dans un domaine dans lequel il considère que seule l'autorité judiciaire est susceptible d'en assurer la protection.

L'attribution de pouvoirs d'enquête aux membres de la Mission interministérielle n'a pas échappé à ce débat et des observations en ce sens ont été faites par des parlementaires, tant lors de la discussion de la loi du 3 janvier 1991 que lors de celle du 8 février 1995.

Au cours de la séance de l'assemblée nationale du lundi 26 novembre 1990, Mme Jacquaint s'est exprimée en ces termes à propos de la création de la Mission interministérielle : « *Nous voyons là une suspicion, que nous ne comprenons pas, à l'encontre du droit commun du pouvoir judiciaire, comme si seul un organisme doté de pouvoirs élargis et pratiquement sans contrôle juridictionnel était à même de traquer les délinquants. C'est là une dérive dangereuse pour la démocratie. Les juges devraient avoir la maîtrise de l'enquête sur les marchés publics frauduleux, quitte à délivrer des commissions rogatoires à des OPJ, non à une équipe de super flics financiers dont la dépendance à l'égard du pouvoir politique n'est pas une garantie quant au choix des marchés sur lesquels ils enquêteront. En outre, si le pouvoir politique peut déclencher une enquête, il pourra aussi l'arrêter (...). Pour le groupe communiste, la compétence judiciaire ne devrait souffrir aucune exception. Des magistrats indépendants, saisis par le parquet, devraient instruire les dossiers de fraude sur marchés publics. C'est la meilleure garantie avec le respect du droit commun de la procédure pénale, pour les droits de la défense* » (Assemblée nationale, compte rendu analytique officiel, séance du lundi 26 novembre 1990, page 11).

Quatre années plus tard, M. Xavier de Roux, rapporteur de la commission des lois pour les propositions relatives aux marchés et délégation de services public, manifestait sa « réserve » à l'encontre de la Mission pour des motifs de même nature : « *Je me suis enfin montré réservé à l'égard des dispositions relatives à la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public, créée par la loi du 3 janvier 1991. Cette Mission n'a fait que compliquer la recherche, la constatation et la poursuite des infractions pénales en matière de marchés publics : cette dernière doit rester le monopole du parquet et je ne crois pas bon de multiplier les organes de nature ... indéfinie. Quoi qu'il en soit, le bilan du travail de la Mission ne milite pas pour l'extension de sa saisine et il semble de loin préférable de rester autant que faire se peut dans le droit commun* » (Assemblée nationale, compte rendu analytique officiel, séance du lundi 12 décembre 1994, page 10).

On peut s'interroger sur l'utilité ou la nécessité d'organismes autonomes disposant de pouvoirs de police judiciaire, alors que ces fonctions sont habituellement exercées par l'autorité judiciaire ou sous son contrôle dans des conditions qui répondent aux principes fondamentaux de notre droit.

Ces organismes ont été créés dans un souci d'efficacité compte tenu de la complexité et de la technicité de la matière concernée. Leurs membres sont spécialisés et procèdent à un investissement permanent dans le domaine de leur compétence, ce qui est plus difficile à réaliser pour des instances de droit commun titulaires d'une compétence générale.

Paradoxalement, l'enquête réalisée par les membres d'une autorité administrative peut par certains aspects ne pas apparaître moins protectrice que celles réalisées dans le cadre du droit commun.

Si en tant qu'organisme administratif, la Mission dispose de moyens d'investigations importants, ils sont sans commune mesure avec ceux des autorités judiciaires.

Ils se limitent à un droit de communication de pièces et à des auditions très strictement réglementés.

La Mission peut, mais seulement pour la recherche du délit de l'article 432-14, procéder à des visites domiciliaires et des saisies après autorisation et sous contrôle de l'autorité judiciaire, ce qui limite considérablement ce type d'intervention.

L'enquête qui bénéficie du principe du contradictoire permet à la personne mise en cause de s'expliquer devant une instance spécialisée, de faire valoir ses moyens et arguments et de produire les pièces qui lui paraissent utiles à sa défense.

Lorsque les charges sont insuffisantes, l'enquête diligentée par la Mission permet d'éviter que ne soient engagées inutilement des procédures judiciaires.

La procédure est enfin diligentée dans le respect de l'obligation de secret auxquels sont tenus les membres de la Mission.

L'action de la Mission s'apparente ainsi plus à une mission d'expertise qu'à une enquête policière.

Vis à vis de l'autorité judiciaire, la Mission tend à apparaître comme une auxiliaire spécialisée susceptible de l'éclairer sur une matière technique, à travers les rapports qu'elle lui adresse.

C'est d'ailleurs ainsi que son rôle a été perçu par la commission Rozes mise en place à la fin de l'année 1994 par le Premier ministre Edouard Balladur : « *La commission considère comme essentiel qu'en cette matière le parquet puisse, compte tenu de la spécificité des investigations à mener, bénéficier de la compétence et de l'expérience de la Mission. La commission recommande que l'autorité judiciaire puisse saisir directement un service qui a fait la preuve de sa compétence et de son efficacité et dont l'action doit être développée, tout en informant les autorités publiques compétentes* » (propositions pour mieux lutter contre la corruption, propositions n° 20, novembre 1994).

1.3 - Des pouvoirs exclusifs

Si le législateur a accordé aux membres de la Mission interministérielle, sous certaines conditions strictes de procédure, le pouvoir de constater le délit d'octroi d'un avantage injustifié, il s'est en revanche opposé à ce qu'une autre autorité administrative, le conseil de la concurrence, puisse enquêter sur ce même délit même lorsque les investigations des enquêteurs de la Mission font apparaître les éléments constitutifs d'une atteinte ou d'un abus de position dominante au sens des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence.

M. Bérégovoy, ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, a justifié cette position lors de la séance du 26 novembre 1990 : « *Le principe de l'indépendance des procédures qui veut que les agents habilités, par exemple, à rechercher les éléments d'un délit fiscal ne mettent pas à profit leur intervention pour rassembler les éléments d'un délit financier ou d'une infraction en matière de prix, ce qui serait en effet une sérieuse atteinte aux droits de la défense (...)* » (Pierre Bérégovoy, Assemblée nationale, compte rendu analytique officiel, séance du lundi 26 novembre 1990, page 6).

Cette rigueur du législateur résulte du principe constitutionnel de liberté individuelle dont la protection doit être assurée par l'autorité judiciaire.

Le droit pénal ne peut souffrir de chevauchements de compétence comme en connaissent parfois les administrations ou leurs services.

Les membres de la Mission interministérielle sont de par la loi les seuls agents de l'administration qui ont compétence pour « constater » le délit de l'article 432-14 du code pénal, c'est à dire rassembler et rechercher les éléments de fait qui le constituent. L'article 7 de la loi du 3 janvier 1991 dispose : « *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 et les conventions de délégation de service public* ».

En pratique, les enquêteurs vont réunir les pièces utiles à l'enquête, en solliciter communication de la part de ceux qui les détiennent, recueillir les renseignements nécessaires aux éléments de l'infraction.

Ces notions sont apparues clairement au cours des travaux parlementaires précités : « *rassembler les éléments de fait* », « *rechercher le délit* ».

« *Dans l'exercice de toutes ses fonctions, la Mission ne disposera d'aucun pouvoir de décision, il lui appartiendra seulement de rassembler les éléments de fait* ».

De même : « *Ce délit pourra être recherché par tout agent ou officier de police judiciaire, mais aussi par les membres de la Mission (...)* ».

Si les membres de la Mission sont seuls habilités avec les officiers et agents de police judiciaire pour constater le délit d'octroi d'avantage injustifié, on doit s'interroger sur l'attitude que doivent adopter des agents ou des organes administratifs qui peuvent être appelés à connaître à l'occasion de leur activité des manquements susceptibles de constituer le délit de l'article 432-14 du code pénal.

Tous les fonctionnaires qui interviennent à un titre ou à un autre sur les marchés peuvent être amenés à observer de tels manquements.

Les membres des commissions spécialisées des marchés, les contrôleurs financiers, les comptables publics, les agents de la concurrence, de la DDE, de la DDASS, de la DAF, etc...

L'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale leur demande d'en donner avis au procureur de la République et de lui transmettre tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs.

Cette disposition s'analyse juridiquement en une obligation d'informer (1.3.1) dont l'exercice, à l'égard du délit d'octroi d'avantage injustifié, présente des difficultés (1.3.2).

1.3.1 - L'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale qui prescrit que : « *Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès verbaux et actes qui y sont relatifs* », est une disposition de portée générale dont l'objet est d'assurer l'information du procureur de la République.

Ce texte qui n'a aucun caractère d'ordre public ne peut conduire ceux qui ne s'y conformeraient pas à des sanctions.

Il paraît toutefois dans l'ordre des choses qu'un fonctionnaire, mais même qu'un simple citoyen, qui aurait connaissance d'une infraction, la dénonce à l'autorité publique.

La loi n'a pas pour autant voulu accorder par ce biais aux agents de l'administration une habilitation générale d'enquête qui permettrait à tout un chacun d'instruire des affaires en matière fiscale, douanière, de délit d'initié, de concurrence, du délit d'octroi d'avantage injustifié...

De même, des agents du fisc, des douanes, de la COB, de la concurrence et de la Mission interministérielle d'enquête ne pourraient, sous couvert de l'article 40 du code de procédure pénale, instruire des affaires dans des domaines autres que ceux que la loi leur a réservé.

Ce point a été abordé à l'occasion des travaux parlementaires qui ont précédé l'adoption de la loi du 3 janvier 1991 (Assemblée nationale, compte rendu analytique, séance du lundi 26 novembre 1990, pages 2 et 6).

Sauf alors à s'interroger sur l'utilité des différentes lois intervenues dans ces matières, les administrations devront se montrer particulièrement prudentes pour éviter tout empiètement qui irait bien au delà du devoir d'information du procureur de la République.

1.3.2 - Pour donner avis d'une infraction au procureur de la République, il faut que l'agent soit en mesure de la déceler.

Le délit d'octroi d'un avantage injustifié n'est pas une infraction simple à déterminer, elle n'apparaît pas toujours à l'évidence au vu des seuls éléments dont dispose l'agent.

Une irrégularité aux dispositions applicables aux marchés ne sera susceptible d'être constitutive du délit que s'il s'agit d'une violation d'une disposition qui garantit le principe de libre et égal accès à la commande publique.

Il faudra aussi être en mesure d'apprécier que le texte violé a procuré à autrui un avantage injustifié, et ce en l'absence de toute jurisprudence en la matière.

L'agent ne va pas toujours avoir les moyens de fait ou de droit qui lui permettront de satisfaire à la mise en oeuvre de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale.

Il devra se montrer d'autant plus circonspect, que de par sa qualité de fonctionnaire, d'autorité constituée ou d'officier public, l'information adressée au procureur de la République aura un relief plus important que celle qui émanera d'un simple particulier.

La saisine du parquet par un contrôleur financier ou le directeur départemental de l'équipement en matière de marché public, le plus souvent exercée à l'encontre d'un responsable élu ou d'un fonctionnaire, ne pourra pas être effectuée à tort et à travers.

De plus, et tout particulièrement au niveau des collectivités locales, compte tenu de la diversité des agents susceptibles d'être en situation de connaître des irrégularités, il convient qu'une certaine unité puisse avoir lieu dans la communication au parquet des délits de l'article 432-14 du code pénal.

On ne pourrait imaginer qu'au sein d'un département plusieurs interprétations du délit d'octroi d'avantage injustifié et plusieurs politiques des marchés publics soient susceptibles de coexister celle du préfet, du directeur de la concurrence, du comptable, etc...

Une circulaire du 3 avril 1995 du ministre de l'intérieur, qui fait un opportun rappel des lois de décentralisation, a indiqué les principes qui fondent la responsabilité du préfet dans ce domaine.

Ces principes ne sont pas susceptibles de souffrir d'exception. Quelle que soit l'origine de la découverte de l'irrégularité, tout marché relève du contrôle de légalité du préfet.

Le préfet, représentant de l'Etat, titulaire du contrôle de légalité, compétent pour saisir la Mission interministérielle d'enquête, apparaît dans le département comme le mieux placé pour intervenir auprès du procureur de la République en cas de délit d'octroi d'un avantage injustifié.

Cette position se trouve confortée par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 octobre 1992 (Bull. crim., pourvoi 91.82.456) qui dans ce domaine relatif à l'information du procureur de la République, en l'espèce la non dénonciation de crime réprimée par l'article 434-1 du code pénal (ancien article 62), a considéré qu'un médecin inspecteur de la DDASS placé sous l'autorité du préfet ne pouvait être poursuivi de ce chef dès lors qu'il avait informé l'autorité administrative du crime dont il avait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions.

Ce qui est admis en matière de crime doit l'être à fortiori en matière de délit d'autant que la chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle régulièrement que les prescriptions de l'article 40 du code de procédure pénale ne sont assorties d'aucune sanction.

Les fonctionnaires seront délivrés de « l'obligation naturelle » de l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale en transmettant les faits dont ils auraient acquis la connaissance, au préfet dont ils dépendent.

De même, le préfet qui saisit la Mission en cas de présomption de délit d'octroi d'un avantage injustifié se voit à son tour délivré de l'obligation contenue à l'article 40 au profit de cette dernière, la Mission se trouvant elle-même dans l'obligation d'informer le parquet sur le même fondement.

Ici encore on peut observer le rôle d'intermédiaire que joue la Mission, entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire, et qui est conforme à la volonté du législateur.

Notons enfin que rien ne s'oppose à ce que le parquet et la Mission interministérielle soient saisis de la même affaire.

2 - Des pouvoirs garants des libertés individuelles

La procédure pénale fait partie du domaine de la loi.

Si le principe de l'existence d'autorités administratives dotées de pouvoirs judiciaires, en vue de la recherche et du constat d'infractions déterminées, est constitutionnellement admis, il appartient au législateur par application de l'article 34 de la constitution d'en fixer les règles en indiquant notamment les personnes compétentes pour en connaître et les modalités suivant lesquelles elles exécuteront leur mission.

Aux termes de l'article 1er du code de procédure pénale, l'exercice de l'action publique est réservé aux magistrats, et aux fonctionnaires que la loi détermine.

Les fonctionnaires chargés de constater les infractions sont, par application des articles 14, 15 et 16 du code de procédure pénale, les fonctionnaires de police habilités personnellement en vertu d'une décision du procureur général, les agents de police judiciaire en vertu de la loi 78-788 du 28 juillet 1978 et les fonctionnaires et agents auxquels sont attribués par la loi certaines fonctions de police judiciaire.

Les membres de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public font partie de cette dernière catégorie, par application de l'article 7 de la loi 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée par celle n° 93-122 du 29 janvier 1993.

Le conseil constitutionnel rappelle régulièrement au pouvoir législatif ses exigences à leur égard dans un domaine qui concerne la garantie des libertés individuelles et celle des droits de la défense.

- A l'occasion de l'examen de la loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, le conseil constitutionnel a indiqué que l'habilitation d'une autorité administrative, en l'espèce le service central de la prévention de la corruption, pour constater certaines infractions, ne pouvait résulter que de dispositions expresses (décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993).

- En ce qui concerne les modalités d'exécution des pouvoirs attribués par la loi à ces autorités, le législateur doit se montrer d'autant plus exigeant dans les prescriptions qui les accompagnent que les prérogatives accordées sont susceptibles d'être attentatoires aux libertés.

Ainsi l'autorité administrative ne pourra effectuer de perquisitions ni pratiquer de saisies que dans des conditions très rigoureusement définies, notamment après autorisation et sous contrôle de l'autorité judiciaire. De plus, le juge doit être mis en mesure de vérifier le bien fondé de la demande (décision du conseil constitutionnel n° 90 du 29 décembre 1983).

- Bien que le droit de communication de pièces et celui de procéder à des auditions, attribué aux agents habilités à constater certains délits, soit moins restrictif de liberté et n'exige pas la présence de l'autorité judiciaire, il doit être exercé dans le cadre de règles strictes.

Le conseil constitutionnel demande à la loi d'assortir le droit de communication d'une obligation de motivation et de fixer les limites de son exercice (décision n° 92-316 du 20 janvier 1993).

Une autre décision du conseil constitutionnel, relative au droit de communication accordé aux agents des télécommunications, a déclaré cette disposition non conforme à la constitution aux motifs que ce droit n'était assorti d'aucune exigence procédurale autre que l'obligation de transmettre les procès verbaux de communication dans les cinq jours « alors que ces pouvoirs sont attribués dans le but de rechercher des

infractions qui pour la plupart constituent des délits passibles de peines d'emprisonnement » (décision n° 90-281, DC du 27 décembre 1990).

- Dans le même esprit, le droit de convocation dont bénéficient les autorités administratives chargées de constater certaines infractions, doit prévoir un délai suffisant au bénéfice de la personne convoquée afin qu'elle puisse y déférer. Le conseil constitutionnel demande à la loi d'assurer ici aussi le principe du respect des droits de la défense, et notamment que la personne convoquée puisse être accompagnée d'un avocat si elle le souhaite et que des procès verbaux soient établis et dressés contradictoirement (décision n° 92-316, DC du 20 janvier 1993).

C'est en conformité avec ces principes constitutionnels que le législateur de 1991 a soumis les membres de la Mission interministérielle à des règles statutaires (2.1) et procédurales (2.2) strictes dont le non respect est susceptible de conduire à la nullité des procédures irrégulièrement diligentées (2.3).

2.1 - L'encadrement statutaire des membres de la Mission

- Pour pouvoir procéder aux enquêtes définies à l'article 1er de la loi du 3 janvier 1991 et constater l'infraction prévue et punie par l'article 432-14 du code pénal, le chef de la Mission et les membres de celle-ci devront avoir été préalablement nommés par arrêté conjoint du Premier ministre, du garde des sceaux ministre de la justice, du ministre chargé de l'économie et des finances et, le cas échéant, du ministre dont l'intéressé relève statutairement.

Cette nomination a un effet juridique important, c'est elle qui habilite les membres de la Mission à constater l'infraction de l'article 432-14.

- La Mission ne peut agir sans qu'au préalable le chef de la Mission ait été saisi par une autorité compétente, limitativement énumérée par la loi du 3 janvier 1991 : Premier ministre ou ministre chargé de l'économie et des finances, chaque ministre pour son département, et les préfets pour les marchés des collectivités territoriales (la loi du 8 février 1995 a ajouté la Cour des comptes). Le chef de la Mission peut étendre lui-même ses investigations lorsqu'au cours d'une enquête il apparaît que des irrégularités sont susceptibles d'avoir entaché les procédures d'autres marchés que ceux ayant motivé la saisine initiale.

- Enfin, les membres de la Mission ne pourront exercer les prérogatives que leur confèrent les dispositions contenues dans la loi du 3 janvier 1991 modifiée, qu'après avoir été désignés à cet effet par le chef de la Mission, par application de l'article 38-4 du code des marchés publics.

- La protection des personnes concernées par les enquêtes est encore assurée par l'alinéa 3 de l'article 1er de la loi, qui astreint au secret professionnel les membres de la Mission « *pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions, dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal* ».

L'ensemble de ces règles constitue un véritable statut des membres de la Mission par lequel le législateur a entendu limiter les personnes susceptibles de procéder à des enquêtes de marché, conformément aux exigences du conseil constitutionnel.

2.2 - L'encadrement procédural des actes d'enquête

Dans le même esprit, un certain nombre de règles de procédures encadrent les actes effectués par les membres de la Mission.

2.2.1 - Ces derniers peuvent, pour les nécessités de l'enquête, par application des articles 3 et 4 de la loi, solliciter tout document ou élément d'information, tant auprès des administrations que des particuliers.

Les pièces communiquées ou les renseignements recueillis font l'objet d'inventaires ou de compte rendus d'audition dressés contradictoirement selon des formes strictement définies par la loi du 3 janvier 1991 et par le décret d'application du 6 décembre 1991 inséré au livre 1er, chapitre VI, du code des marchés publics.

Le compte rendu doit répondre à des conditions de forme énumérées à l'article 38-5 du code des marchés publics. Il doit énoncer la nature, la date et le lieu des constatations ou contrôles effectués. Il doit être signé de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. Il est précisé qu'en cas de refus de signer de cette dernière, mention en est faite au compte rendu d'audition.

La loi ajoute qu'un double des comptes rendus d'audition est laissé aux parties entendues.

Ce formalisme constitue pour les personnes susceptibles d'être mises en cause une garantie procédurale, qui se justifie par les conséquences pénales que ces actes sont susceptibles d'engendrer.

2.2.2 - Les membres de la Mission disposent avec l'article 5 de la loi du 3 janvier 1991 d'un droit de perquisition et de saisie de documents qui s'exerce sous l'autorité du président du tribunal de grande instance selon des règles strictes.

Le président doit vérifier que la demande d'autorisation est fondée et qu'elle comporte tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

L'ordonnance qui doit être motivée et comporter notamment mention de l'adresse et des lieux à visiter doit être notifiée à l'occupant des lieux qui en reçoit copie. Elle est susceptible de pourvoi en cassation.

La visite s'effectue sous l'autorité et le contrôle du juge, il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement.

Les membres de la Mission dressent un procès verbal qui est également signé par les officiers de police judiciaire. Les originaux sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Un double du procès verbal est laissé aux parties intéressées.

Il apparaît ainsi que le dosage de la protection judiciaire croît selon l'étendue de l'atteinte éventuelle à la liberté.

2.2.3 - Lorsque les membres de la Mission interministérielle ont rassemblé les documents et renseignements nécessaires, ils doivent établir un rapport qui conformément au principe du respect des droits de la défense doit être contradictoire.

Le rapport est la relation objective faite par les enquêteurs des éléments recueillis ou rassemblés dans le cadre d'une affaire. Les membres de la Mission font connaître leur analyse qui les conduira à conclure à la régularité ou non des opérations soumises à leur examen et le cas échéant à constater le délit de l'article 432-14 du code pénal en indiquant les faits constitutifs de l'infraction reprochée.

Le rapport élaboré par les membres de la Mission est donc une pièce importante du dossier qui peut constituer pour le mis en cause une charge lourde compte tenu de la qualité de ses auteurs.

Ce rapport est notifié à la personne mise en cause, qui doit pouvoir le contredire par le dépôt d'un mémoire et de documents.

L'article 2, dernier alinéa, de la loi de 1991 dispose en effet : « *Les conclusions de ces rapports sont portées, pour ce qui les concerne, à la connaissance des personnes mises en cause* ».

Dans la pratique, la Mission communique à l'intéressé l'entier rapport à l'exception des parties qui lui sont étrangères.

Le décret d'application du 6 décembre 1991 (art. 38-6 du code des marchés publics) ajoute : « *Le représentant légal de la collectivité territoriale, de l'établissement public ou de la société d'économie mixte locale concerné par l'enquête dispose d'un délai de quinze jours à compter de la notification du rapport établi par la Mission interministérielle pour faire connaître ses observations éventuelles* ».

Il s'agit là d'une règle issue des droits de la défense qui intéresse la liberté individuelle.

Le principe de la contradiction existe à tous les niveaux de l'administration, tout rapport disciplinaire, évaluation, appréciation ou autres, même en l'absence de toute coercition, doit être soumis aux intéressés appelés à faire connaître leurs observations.

On considère, quelles que soient les suites qui sont susceptibles d'être données à une affaire, qu'une personne mise en cause doit toujours être placée en situation de pouvoir apporter la contradiction à son auteur et plus encore, lorsque comme en l'espèce, cette mise en cause est susceptible de la conduire à des poursuites pénales par l'effet de la transmission de l'affaire au procureur de la République compétent.

La personne mise en cause à qui est communiqué le rapport peut, si elle l'estime opportun, déposer un mémoire accompagné s'il y a lieu de pièces.

Rien ne s'oppose à ce qu'elle y fasse procéder par un avocat ou un conseil.

Elle peut solliciter d'être à nouveau entendue.

Si des éléments pertinents sont apportés aux enquêteurs, ceux-ci peuvent procéder à de nouvelles investigations.

Si les enquêteurs modifient leurs conclusions à la suite de la réponse de la personne mise en cause, la Mission procède à la notification du rapport dans son dernier état.

En 1994, trois rapports ont ainsi vu leurs conclusions initiales modifiées en faveur des personnes mises en cause.

2.3 - Les sanctions aux manquements à ces principes

Le principe contenu à l'article 66 de la constitution du 4 octobre 1958 a été consacré dès 1789. Il s'exprime en ces termes : « *l'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi* ».

Il fonde la jurisprudence du conseil constitutionnel en la matière.

L'administration mise en présence d'une infraction doit en informer l'autorité judiciaire.

En revanche, à défaut de dispositions légales expresses, elle ne peut faire rechercher des infractions et en réunir les éléments constitutifs en vue de confondre leurs auteurs.

Les sanctions prévues, nullité de la procédure, voire même parfois dans les cas les plus graves, sanctions pénales, sont conformes aux principes qui pourraient être atteints et qui nous conduisent un peu, avec l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme, dans le domaine du sacré auquel l'administration ne saurait se laisser aller à porter atteinte.

En créant la Mission interministérielle, le législateur a voulu instituer un organe d'enquête qui soit la synthèse administrative et judiciaire de cet ensemble, apte à connaître des conventions de l'Etat et des collectivités locales, susceptible d'intervenir à tous les stades de la procédure, avec pour fonction première de rechercher toutes les irrégularités commises lors de la passation de l'acte par ceux qui en étaient chargés ou qui devaient en assurer le contrôle.

Elle dispose à cette fin de moyens importants, s'agissant d'une autorité administrative, mais très réglementés. L'enquête coercitive, perquisitions, saisies, est rarement utilisée. Elle est soumise au contrôle de la Cour de cassation, qui fait en ce domaine une application très stricte des textes qui la réglementent.

La vocation de la Mission apparaît plus dissuasive que répressive, le délit dit d'octroi d'avantage injustifié qu'elle est chargée de constater étant lui même une infraction de prévention contre la corruption, et c'est en ce sens que l'on a pu dire qu'il avait été créé pour lutter contre elle.

Le rôle de la Mission est de convaincre et le cas échéant de contraindre les acheteurs publics au respect des textes qui régissent la commande publique : (...) « elle doit avoir avant tout un rôle préventif : saisie par l'une des autorités compétentes, elle doit s'efforcer de redresser rapidement une procédure ou un ensemble de procédures mal engagées, et, le cas échéant, proposer une réorganisation en profondeur des procédures d'achat dans un service de l'Etat, à l'échelon central ou déconcentré, dans une collectivité locale ou dans une entreprise publique. C'est donc une fonction d'audit et de conseil, qui devra s'exercer dans des conditions strictes de rapidité et d'efficacité » (...) (M. Bérégovoy, ministre de l'économie et des finances, A.N, compte rendu analytique officiel, séance du 26 novembre 1990, page 5).

Cette action est conforme à sa taille, elle est composée de sept membres permanents, y compris le chef de la Mission. Elle participe à une action générale à son niveau, avec ses moyens, dans le cadre de sa compétence.

***II - Arrêt du 3 avril 1997 sur renvoi de cassation
délit d'opposition aux fonctions
des membres de la Mission interministérielle d'enquête***

Annexe 2

Le délit d'octroi d'un avantage injustifié

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

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

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

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

La loi 95-127 du 8 février 1995 (4), issue du groupe de travail réuni à l'initiative du Président de l'assemblée nationale et de la commission mise en place par le Premier ministre, a rétabli l'article 432-14 du nouveau code pénal dans son intégrité législative. Il est désormais rédigé comme suit : "Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées, de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".

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

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

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

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

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

(*) Publié à la Gazette du Palais 12 et 14 mars 1995 et à la Revue Marchés Publics n° 2 année 1996

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

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

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

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

I - Les éléments constitutifs du délit d'avantage injustifié

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

1 - La qualité de l'auteur

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

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

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

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

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

Le directeur de la concurrence qui est membre des commissions d'appel d'offres avec voix consultative est par ce fait membre de l'organe décisionnel (11). Même si son rôle est purement consultatif et se limite à des observations orales ou écrites, il implique des effets juridiques. Il peut donc être concerné par l'incrimination s'il s'avère que dans ce cadre il a, par des actes positifs, tenté de favoriser l'un des candidats aux marchés. Cette hypothèse ne peut cependant que demeurer théorique, l'agent de la concurrence n'intervenant que pour rappeler les textes et les principes et relever les irrégularités commises.

Le comptable qui assiste aux réunions de la commission avec voix consultative peut formuler des avis (12). Il n'intervient pas dans la procédure de marché. Son rôle, délimité par le décret du 29 décembre 1962, est strictement budgétaire en l'état actuel des textes (13). Il en va différemment pour le contrôle de la validité de la créance prévu par les articles 12 et 13 du décret et aux termes desquels le comptable doit s'assurer notamment de la justification du service fait et de la production des pièces justificatives. Par application de l'article 37 du

décret ci-dessus, le comptable suspendra le paiement du marché si des irrégularités sont constatées. Si ainsi, au vu des pièces justificatives du service fait et des factures produites, il apparaît que le marché dont le paiement est sollicité a été exécuté avant même toute procédure de mise en concurrence, ou s'il ne peut être vérifié, compte tenu des pièces produites, que le service fait correspond aux prestations facturées, le comptable ne pourra accéder à la demande de paiement. Le comptable qui paierait un marché, dont il résulte de la comparaison des différentes pièces qu'il est frauduleux, ne pourrait toutefois pas être poursuivi dans les conditions de la complicité du délit d'avantage injustifié, son acte bien que positif étant postérieur au délit.

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

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

2 - L'avantage injustifié

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

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

3 - Un acte irrégulier constitutif d'une faute

a) L'acte irrégulier

Il faut que l'avantage injustifié ait été procuré "par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés et les conventions de délégation de service public".

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

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

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

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

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

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

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

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

- L'octroi d'informations privilégiées accordées à un candidat au marché : La collectivité qui veut favoriser un candidat, lui donne une information privilégiée sur l'estimation de l'opération ou sur sa réalisation

en lui communiquant son devis estimatif ou son étude préalable (articles 43 bis et 253 bis du code des marchés publics).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- L'utilisation de la sous-traitance pour octroyer à une entreprise déterminée une part du marché, sans qu'elle apparaisse dans la consultation (article 2 du code des marchés publics).

- La modification du prix du marché ou de son objet pour favoriser l'entreprise attributaire, ou ne pas exiger l'exécution de certaines prestations (articles 75, 78, 272, 275, 112, 318 du code des marchés publics).

b) Le caractère intentionnel de la faute

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

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

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

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

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

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

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

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

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

c) La nature de la faute

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

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

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

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

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

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

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

Quatre difficultés apparaissent dans la répression de l'infraction.

1 - La sanction d'un acte de gestion

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

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

Les auteurs de la codification du nouveau code pénal se sont heurtés à cette difficulté en insérant l'article 432-14 sous le paragraphe 4 "Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les

marchés publics" et dans la section III du titre III intitulée "Des manquements au devoir de probité", alors que cette notion morale n'est aucunement exigée pour la constitution de l'infraction.

2 - La sanction d'un acte de partialité

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

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

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

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

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

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

Enfin, il est sûr que les fraudes les plus importantes se commettront avec des procédures en la forme parfaitement régulières.

Sauf alors à considérer qu'en matière de marché les notions de partialité ou d'impartialité se confondent avec le respect de la réglementation applicable, le juge pénal aura du mal à demeurer insensible aux éléments subjectifs de l'attribution d'un marché.

3 - La sanction d'une irrégularité

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

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

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

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

4 - La sanction d'un acte personnel

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

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

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

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

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

Il conviendra peut être de s'interroger sur l'adaptation de la seule répression pénale à la matière qui nous occupe, alors que se dessine un mouvement général de dépenalisation, voire de déjudiciarisation, et alors

que l'efficacité et la rapidité des sanctions administratives par la condamnation à des amendes et la publicité des sanctions, ont fait leur preuve dans des domaines voisins (25) (26) (27) (28).

(1) JO du 5 janvier 1991

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

(3) JO du 30 janvier 1993

(4) JO du

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

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

- Loi 3 janvier 1991 (précitée)

- Loi 29 janvier 1993 (précitée)

(6) Evaluation 1992

(7) - L'article L 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (loi 92-10 du 4 janvier 1992 modifiée par la loi 93-122 du 29 janvier 1993) prescrit : *"Le président du tribunal administratif ou son délégué peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public.*

Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(10) La loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées (JO du 14 août 1922 et codes et loi) dispose dans son article 5 : *"Tous autres décrets, arrêtés, contrats, mesures ou décisions émanant d'un ministre ou d'un fonctionnaire de l'administration centrale et ayant pour effet d'engager une dépense sont soumis au visa préalable du contrôleur des dépenses engagées. Le contrôleur les examine au point de vue de l'imputation de la dépense, de la disponibilité des crédits, de l'exactitude de l'évaluation, de l'application des dispositions d'ordre financier des lois et règlements, de l'exécution du budget en conformité du vote des Chambres et des conséquences que les mesures proposées peuvent entraîner pour les finances publiques. A cet effet, il reçoit communication de toutes les pièces justificatives des engagements de dépenses. Si les mesures proposées lui paraissent entachées d'irrégularité, le contrôleur refuse son visa. En cas de désaccord persistant, il en réfère au ministre de l'économie et des finances"*

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

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

(12) art. 279 du code des marchés publics

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

- (14) P. BEREGOVOY, ministre de l'Economie et des Finances, JO Débats assemblée nationale, 26 novembre 1990, page 6012
- (15) M. SUCHOD, rapporteur première session ordinaire 1990-1991, rapport page 37
- (16) Article 121-3 : Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui.
- (17) Crim. 12 juillet 1994, Bull. Crim. 1994 n° 280, page 692, La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal.
- (18) L'article 6 de la loi 48-1484 du 25 septembre 1948 tendant à sanctionner les fautes de gestion commises à l'égard de l'Etat et de diverses collectivités et portant création d'une cour de discipline budgétaire dispose : *"Toute personne visée à l'article 1er ci-dessus qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage, sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 500 F et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction."*
- (19) Georges VEDEL : "La responsabilité des ordonnateurs devant la cour de discipline budgétaire et financière, RSLF 1949, page 115
- (20) Les condamnations pour corruption connaissent depuis 1991 une progression significative : 54 en 1991, 83 en 1992, 115 en 1993 (casier judiciaire national, ministère de la justice SDESD)
- (21) Les critères de l'article 299 ter du code des marchés public sont : le prix des prestations, le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution
- (22) M. GUIBAL : "Favoritisme, concurrence et contrats publics" - La semaine juridique, cahier du droit de l'entreprise n° 27, 4 juillet 1991
- (23) Le code des marchés public qui fonde pour l'essentiel le délit de favoritisme est composé de textes réglementaires parfois difficiles à mettre en oeuvre. La commission supérieure de codification procède à une réécriture et à un regroupement des dispositions relatives à l'achat public.
- "La complexité des règles de droit" est une préoccupation constante des élus locaux qui demandent "de simplifier, de codifier et de moins modifier le droit existant" (poursuivre la décentralisation, réflexion sur le bilan et les perspectives de la décentralisation, commission du livre blanc présidée par J. CHABAN-DELMAS et R. MONORY, page 92).
- D'une façon plus générale, le rapport 1991 du Conseil d'Etat met aussi en garde contre les difficultés d'un droit qui s'éloignerait du citoyen "(...) rien n'est plus contraire au principe d'égalité entre les citoyens que de laisser proliférer un droit si complexe qu'il n'est accessible qu'à une poignée de spécialistes". Sans reprendre un jugement aussi sévère qui ne peut concerner le droit des marchés, dont les principes généraux ne peuvent être ignorés, il y a là une mise en garde qui doit accroître encore dans les travaux en cours le souci de simplification et de clarification.
- (24) Après deux années effectives de fonctionnement, la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés dont les membres sont habilités à constater le délit de favoritisme a été saisie de 144 affaires (58 saisines et 86 indices). 84 enquêtes ont été achevées, 25 dossiers contenant des faits susceptibles de constituer le délit de favoritisme ont été transmis aux parquets compétents.
- (25) La notion d'avantage injustifié n'est pas nouvelle pour fonder une répression. Les articles 9.1 et 9.2 de l'ordonnance de 1967 sur la commission des opérations de bourse (cf loi du 2 août 1989) autorisent celle-ci à infliger des sanctions pécuniaires très élevées (jusqu'à dix millions de francs) aux auteurs de pratiques contraires à ses règlements lorsqu'elles ont pour effet notamment de fausser le fonctionnement du marché ou de procurer aux intéressés "un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché".
- (26) L'ordonnance du 1er décembre 1986 a limité les sanctions pénales aux cas les plus graves d'entrave à la concurrence dont la matière a été pour l'essentiel dépénalisée.
- (27) C. BABUSIAUX : "La nature des sanctions infligées par le Conseil de la Concurrence" LPA 17 janvier 1991, n° 8, page 64.
- (28) A. LAGUERRE : "Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics". Revue Marchés Publics n° 271 janvier février 1993, page 26.

III - Jurisprudence

Jugement du 16 janvier 1996 du Tribunal de grande instance de Strasbourg

Annexe 3

Dispositions législatives et réglementaires qui régissent la Mission

Annexe 4

*Liste des membres de la Mission interministérielle
d'enquête sur les marchés
novembre 1998*

Membres de la Mission novembre 1998

-:-

- M. Gérard Pancrazi, magistrat, chef de la Mission
- M. Jean-Michel Adrien, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel (*)
- M. Michel Bernard, attaché principal du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (*)
- Melle Anne-Sophie Canihac, attachée d'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (04.06.98)
- Mme Anne de Bressy de Guast Cazala, premier conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel (04.06.98)
- M. Henri Chauvel, ingénieur général des ponts et chaussées (04.06.98)
- M. André Ferragne, contrôleur du contrôle général des armées (02.05.95)
- M. Lucien Fresnel, administrateur civil du ministère de l'économie des finances et de l'industrie (*)
- Mme Mireille Gaüzère, inspecteur de l'inspection générale des affaires sociales (29.12.96)
- M. Pascal Penaud, inspecteur général des affaires sociales (01.10.98)
- M. Manuel Perez, magistrat (*)
- M. Thierry Perrin, contrôleur du contrôle général des armées (04.06.98)
- M. Michel Picandet, magistrat (*)
- M. Franck Sudon, contrôleur du contrôle général des armées (02.05.95)
- M. Arnaud Teyssier, inspecteur de l'inspection générale de l'administration (02.05.95)
- M. Pierre Trouillet, inspecteur de l'inspection générale des affaires sociales (04.06.98)
- M. Daniel Worms, receveur-percepteur du Trésor public (*)

() membre permanent*

Index alphabétique

Intitulés	Numéros des cas
acte d'engagement	cas n° 7, 14
analyse des offres	cas n° 17
appel d'offres (avec concours)	cas n° 7
appel d'offres infructueux	cas n° 4, 8, 15
assistance à maîtrise d'ouvrage	cas n° 2, 13
candidatures (agrément)	cas n° 7
choix (de l'attributaire)	cas n° 17
commission d'appel d'offres	cas n° 19
certificats de qualification	cas n° 7
clause technique sur mesure	cas n° 13
critères de choix	cas n° 17
délai de réception des offres	cas n° 19
erreur	cas n° 17, 19
estimation du marché (sincère et raisonnable)	cas n° 9
faux en écriture	cas n° 8
fractionnement de marchés	cas n° 11
garanties professionnelles et financières	cas n° 14
infructuosité (déclaration)	cas n° 8, 15
intangibilité des offres	cas n° 1, 3, 17
lot (modification)	cas n° 14
maîtrise d'oeuvre	cas n° 14, 11
marchés négociés	cas n° 10
marché (régularisation)	cas n° 12
marché négocié 104-I-4°, 2°	cas n° 4, 8, 15, 10
mieux disant	cas n° 18, 17
moins disant	cas n° 12
mise en concurrence (obligation)	cas n° 5, 13
mission interministérielle (compétence)	cas n° 16
obligations fiscales et sociales (justification)	cas n° 18
offre (modification après la date de remise des offres)	cas n° 14, 19

Intitulés**Numéros des cas**

offre anormalement basse

cas n° 2, 17, 18

principe d'incontestabilité

cas n° 10

prise illégale d'intérêts

cas n° 6

prix (majoration)

cas n° 19

publicité

cas n° 1, 9

recel du délit de l'article 432-14 du code pénal

cas n° 4, 5

société d'économie mixte

cas n° 2

sous traitance

cas n° 7