

Paris, le 22 février 2005
Circulaire
Date d'application : immédiate

Le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice

à

- POUR ATTRIBUTION -

- Mesdames et Messieurs les PROCUREURS GÉNÉRAUX
près les cours d'appel

- Monsieur le REPRESENTANT NATIONAL auprès D'EUROJUST

- Mesdames et Messieurs les PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE
près les tribunaux de grande instance

- POUR INFORMATION -

- Mesdames et Messieurs les PREMIERS PRÉSIDENTS
des cours d'appel

- Mesdames et Messieurs les PRÉSIDENTS
des tribunaux de grande instance

-Monsieur le DIRECTEUR
de l'Ecole Nationale de la Magistrature

N° NOR : NOR JUR D05-30037C

N° Circulaire : CRIM.05-3/G3-22.02.2005

Références : 03-D-89

Mots clés : Code des marchés publics - Favoritisme - Eléments jurisprudentiels récent

Titre détaillé : Circulaire relative au décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics

Textes cités : Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF-Décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 - Arrêté du 27 mai 2004

Publiée : Bulletin Officiel du ministre de la justice. Intranet DACG et Web justice

Modalités de diffusion

Diffusion directe aux PROCUREURS GÉNÉRAUX, et, par l'intermédiaire de ces derniers,
aux PROCUREURS DE LA REPUBLIQUE

Diffusion directe aux PREMIERS PRÉSIDENTS, et par l'intermédiaire de ces derniers,
aux MAGISTRATS DU SIÈGE

Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, publié au journal officiel du 8 janvier 2004, et modifié par le décret n° 2004-1298 du 26 novembre 2004 constitue le nouveau code des marchés publics. Ce dernier est le fruit d'une large concertation menée depuis novembre 2003 avec l'ensemble des acteurs de la commande publique.

Les dispositions du nouveau code des marchés publics sont entrées en vigueur le 10 janvier 2004 à l'exception de l'article 133, relatif à la mise en place des commissions spécialisées des marchés, entré en vigueur le 1er juin 2004.

L'ensemble de ces dispositions a fait d'une circulaire datée du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics publiée au journal officiel du 8 janvier 2004, et a récemment été actualisée par une nouvelle circulaire du 16 décembre 2004 publiée au journal officiel du 1^{er} janvier 2005.

La précédente réforme de la commande publique en date du 7 mars 2001 n'avait pas permis d'atteindre les objectifs souhaités de simplification, de souplesse et d'efficacité de l'achat public.

Le nouveau code des marchés publics vise à remédier aux limites et imperfections du code de 2001, et révèle un véritable changement d'esprit du droit de la commande publique, qui se manifeste autour de trois principes directeurs : la simplification administrative, la libéralisation de l'achat public et la progression de la liberté contractuelle, et enfin la responsabilisation de l'acheteur public.

- La simplification administrative

En effet, cette réforme est avant tout une réforme de simplification administrative. Ainsi, pour certains marchés de services, ou pour certains marchés liés à la sécurité ou à l'intérêt de l'Etat, le parti retenu consiste à s'en tenir au seul degré de contrainte exigé par le droit communautaire.

Cette simplification concerne également les seuils des procédures formalisées qui sont relevés de manière significative (art. 28 du décret, cf. Infra I.3) ; de même, la référence obligatoire à la très controversée "nomenclature", visée à l'article 27 du code de 2001, comme seul moyen de vérifier le caractère homogène des fournitures et des services, est supprimée.

Enfin, certaines exigences administratives qui s'imposaient aux fournisseurs des acheteurs publics ont été assouplies : allègement du dossier des candidatures, assouplissement du régime et augmentation des avances.

- La libéralisation de l'achat public et la progression de la liberté contractuelle

Alors que le Conseil d'Etat avait qualifié le droit de la commande publique " d'armature passablement lourde et paralysante "(rapport public du Conseil d'Etat 2002), le code de 2004 donne la priorité au dialogue et à la négociation afin de mieux adapter les prestations aux besoins des acheteurs publics et ainsi de concourir à l'efficacité des dépenses publiques.

En effet, le nouveau code des marchés publics a libéralisé de manière considérable l'achat public, notamment par l'élévation des seuils et la faculté de mettre en oeuvre en deçà de ceux-ci "une procédure adaptée ", autorisant par là même le recours à la négociation.

De même, pour les marchés les plus complexes, la procédure du dialogue compétitif permet d'introduire une phase de négociation.

- La responsabilisation de l'acheteur public

La plus grande liberté de choix offerte aux acheteurs publics pour procéder à leurs achats a pour nécessaire contrepartie leur responsabilisation.

En effet, en deçà des seuils, les personnes publiques pourront recourir, comme précédemment indiqué, à une procédure adaptée. Mais, en l'absence de définition précise, si ce n'est les éléments contenus dans le manuel d'application du code, il appartiendra aux collectivités publiques de déterminer elles-mêmes le contenu des procédures de passation à mettre en oeuvre en s'appuyant sur les principes fondamentaux de la commande publique induisant un strict respect des principes de transparence et de mise en concurrence.

La définition et les peines encourues du chef de favoritisme n'ont pas été modifiées par la réforme. Ce délit reste défini, par l'article 432-14 du code pénal, comme le fait de "*procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics*".

Dès lors, et en l'absence même de toute modification de l'incrimination, toute réforme du code des marchés publics, *a fortiori* dans la mesure où celle-ci procède notamment à un relèvement significatif des seuils de passation des marchés publics, est susceptible d'affecter le champ d'application de cette incrimination.

C'est la raison pour laquelle il est apparu nécessaire d'appeler votre attention sur les principales dispositions de la réforme du code des marchés publics (I) et de préciser les incidences que cette réforme est susceptible d'avoir sur la poursuite et la caractérisation du délit de favoritisme (II). La présente circulaire rappelle également les éléments jurisprudentiels les plus récents relatifs à la poursuite du délit de favoritisme (III).

Vous trouverez également en annexe une fiche constituant une typologie des principales procédures de passation des marchés publics.

I. LES PRINCIPALES DISPOSITIONS DE LA REFORME DU CODE DES MARCHES PUBLICS

Le nouveau code des marchés publics réaffirme, de manière plus explicite, les principes fondamentaux gouvernant la commande publique introduits par le code de 2001 (1), tout en renforçant le principe de transparence des procédures (2). Par ailleurs, le nouveau code procède à

un relèvement significatif des seuils de passation des marchés publics (3) et modifie la composition de certaines commissions d'appel d'offres (4).

1- La réaffirmation des principes fondamentaux gouvernant la commande publique

L'article 1^{er}-I du nouveau code des marchés publics réaffirme, dans la continuité du dispositif antérieur et sous réserve de quelques modifications rédactionnelles, les principes fondamentaux gouvernant la commande publique qui se sont vus reconnaître depuis lors le statut de principes généraux (CE avis, 29 juillet 2002, Sté MAJ Blanchisserie de Pantin) et de principes constitutionnels (Cons. Const. 26 juillet 2003, n°2003-473 DC, loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit), sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire (CJCE, 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH).

Il s'agit de la liberté d'accès aux marchés, de l'égalité de traitement des candidats et de la transparence des procédures.

L'article 1^{er} précise, et il s'agit là d'une nouveauté, que les principes susmentionnés sont applicables " *quel que soit le montant des marchés* ". D'ores et déjà, il convient de noter que cette précision permet d'énoncer clairement que même les marchés qui échappent aux procédures formalisées prévues par le code en raison de leur montant doivent respecter les principes fondamentaux gouvernant la commande publique.

Par ailleurs, l'article 1^{er} décline désormais lesdits principes de la manière suivante: "*Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code*".

2- Le principe de transparence des procédures

Certaines dispositions du nouveau code viennent renforcer la transparence qui doit être assurée tout au long de la procédure afin de garantir le jeu d'une concurrence loyale et équitable.

En effet, il résulte de l'article 40-I que " *tout marché doit être précédé d'une publicité suffisante permettant une mise en concurrence effective* " à l'exception:

- des marchés de services visés à l'article 30,
- des marchés négociés expressément dispensés de publicité par les articles 35-II et 35-III,
- des marchés au montant inférieur à 4.000 euros HT visés par l'article 28-I¹ du code.

L'acheteur public devra ainsi se soumettre à l'obligation de publicité dès 4.000 euros HT, celle-ci devant être faite par voie de publication dès le seuil de 90.000 euros HT (article 40-III du décret).

¹Décret n°2004-1298 du 26 novembre 2004, JO n°278 du 30 novembre 2004, p.20310.

Par ailleurs, le code innove en prévoyant que les acheteurs sont tenus de publier au cours du premier trimestre de chaque année la liste des marchés conclus l'année précédente ainsi que le nom des attributaires (article 138). Cet avis devrait présenter un intérêt non négligeable, par exemple pour les organes de contrôle des marchés publics, ou pour les entreprises, notamment soumissionnaires.

Les modalités d'application de l'article 138 ont été définies par un arrêté du 27 mai 2004 du ministre chargé de l'Economie². Il n'y est pas précisé quel doit être le support de la publication. La note d'orientation du ministère de l'Economie avance que, "dans un souci d'économie, la publication sur les sites internet des collectivités doit être privilégiée".

En ce qui concerne le contenu de la liste, l'article 1er de l'arrêté du 27 mai 2004 dispose tout d'abord que les marchés seront classiquement distingués entre marchés de travaux, de fournitures et de services.

Dans un second temps, l'article 2 de l'arrêté prévoit divers modes de regroupement des marchés par tranche, en fonction de leur montant et de l'année de passation, de manière à assurer une montée en charge progressive. Ainsi, pour les marchés passés en 2004, seuls ceux supérieurs à 90.000 euros HT devront apparaître sur la liste. Le seuil est abaissé à 50.000 euros HT pour les marchés qui seront conclus en 2005, puis à 3.000 euros HT pour les marchés conclus à partir de 2007. Les marchés passés selon une procédure adaptée, dès lors qu'ils correspondent aux montants visés par cet article, n'échappent donc pas à l'obligation de publication.

Aux termes de l'article 3 de l'arrêté, l'objet et la date du marché ainsi que le nom de l'attributaire et son code postal doivent également figurer dans la liste.

Enfin, mais il ne s'agit pas là d'innovations, les dispositions relatives à l'information des candidats évincés ainsi que celles relatives à la publication de l'avis d'attribution du marché public, applicables aux seuls marchés formalisés, ont été reprises par le code de 2004 (articles 76 et 80). Il convient de préciser cependant, comme le fait le manuel d'application précité, qu'il est recommandé de prévoir également, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, ainsi que le mentionne la jurisprudence communautaire, un délai raisonnable entre l'information des candidats évincés du rejet de leur offre et la signature du marché. Néanmoins, ce délai est déterminé par l'acheteur en fonctions des caractéristiques du marché, au premier rang desquelles figure le montant.

3- Le relèvement des seuils de passation des marchés publics

Le nouveau code des marchés publics procède à un relèvement considérable des seuils des procédures de passation des marchés publics. Le seuil des procédures formalisées, qui était de 90 000 euros HT avant la réforme, est ainsi relevé :

² JO n°132 du 9 juin 2004, consultable, ainsi que la note d'orientation afférente, sur le site internet du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

- s'agissant des marchés de fournitures et de services, à 150 000 euros HT pour l'Etat et à 230 000 euros HT pour les collectivités locales ;
- s'agissant des marchés de travaux (de l'Etat ou des collectivités locales), à 230 000 euros HT.

Les marchés en dessous des seuils sont définis par le code comme étant des marchés conclus selon une procédure adaptée (article 28-I du décret). Ils constituent les “ marchés sans formalités préalables ” mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, dite loi MURCEF. Compte tenu de leur qualification de marchés sans formalités préalables par référence explicite à la loi précitée, ces marchés ne sont donc pas soumis à l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité.

Vous trouverez ci-dessous un tableau comparatif du relèvement des seuils de passation des marchés publics permettant de déterminer quelles sont désormais les procédures de passation applicables.

Procédure applicable	Ancien code des marchés publics (décret du 7 mars 2001)	Nouveau code des marchés publics (décret du 7 janvier 2004)
<p>Marchés sans formalités préalables (par référence aux articles 9, 10, 11 de la loi du 11 décembre 2001 dite loi MURCEF) “ passés selon la procédure adaptée ”(article 28-I)</p>	<p>- 90 000 euros HT</p> <p>- s'agissant des denrées alimentaires, 130 000 euros pour l'Etat et 200 000 euros pour les collectivités locales</p>	<p>a) pour les fournitures et les services : jusqu'à 150 000 euros HT pour l'Etat et 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales.</p> <p>b) pour les travaux : jusqu'à 230.000 euros HT</p> <p>* introduction au sein de la catégorie des marchés dits “des marchés passés selon une procédure adaptée »</p> <p>- d'un seuil de 90 000 euros HT à partir duquel la publicité préalable dans la presse écrite est obligatoire (article 40-III et IV) ; pour les marchés d'au moins 4 000 euros HT et de moins de 90 000 euros HT, les modalités de publicité doivent être adaptées au montant et à l'objet du marché afin de permettre une mise en concurrence effective (article 40 -II),</p> <p>- d'un seuil de 4.000 euros HT en deçà duquel les marchés de travaux, de fournitures et de services peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (article 28-I).</p>
<p>Procédure de mise en concurrence simplifiée</p>	<p>- pour l'Etat, entre 90 000 euros HT et 130 000 euros</p> <p>- pour les collectivités locales, entre 90 000 euros HT et 200 000 euros</p>	<p>abrogée</p>
<p>Libre choix entre la procédure d'appel d'offres, celle du marché négocié avec mise en concurrence et publicité et celle du dialogue compétitif</p>	<p>Procédure inexistante</p>	<p>pour les travaux : entre 230 000 euros et 5,9 millions d'euros.</p>
<p>Procédure d'appel d'offres</p>	<p>- pour l'Etat, au-delà de 130 000 euros HT</p> <p>- pour les collectivités locales, au-delà de 200 000 euros HT</p>	<p>a) pour les fournitures et les services : au-delà de 150 000 euros HT pour l'Etat et au-delà de 230 000 euros HT pour les collectivités locales</p> <p>b) pour les travaux : au-delà de 5,9 millions d'euros HT</p>

4- La modification de la composition des commissions d'appel d'offres des collectivités territoriales, des établissements publics locaux et des jurys de concours

Dans sa version antérieure, le code des marchés publics prévoyait la convocation obligatoire du représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) et du comptable public aux commissions d'appels d'offres de l'Etat et de ses établissements publics, des collectivités territoriales et des établissements publics locaux, ainsi qu'aux jurys de concours.

Les articles 22 et 25 du nouveau code modifient notablement la composition de la plupart de ces organes délibérants puisque la convocation des membres précités à ces commissions et jurys de concours sera désormais facultative et laissée à la libre appréciation du président de la commission d'appel d'offres, qui, seul, dispose du pouvoir de les y inviter.

Seule la composition des commissions d'appel d'offres de l'Etat et de ses établissements publics demeure inchangée (article 21 du décret) ; *“ un représentant de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes est membre de la commission avec voix consultative ”*.

En toute hypothèse, quel que soit leur mode de convocation, obligatoire ou facultatif, les agents de la DGCCRF exercent au sein de ces commissions, les mêmes pouvoirs consultatifs que dans le passé.

II. INCIDENCES DE LA REFORME SUR LA POURSUITE ET LA CARACTÉRISATION DU DÉLIT DE FAVORITISME

Avant d'analyser les incidences de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme (2), il convient de préciser que l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics ne devrait avoir aucune incidence sur la poursuite du délit de favoritisme (1).

1) L'absence d'incidence de l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics sur les poursuites du chef de favoritisme

A titre liminaire, il convient de préciser que le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 janvier 2004 précité est de nature à supprimer toute difficulté d'application dans le temps du code des marchés publics et a pour vocation d'éviter un changement brutal des règles sur les marchés en cours de passation (a).

Par ailleurs, l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics ne devrait avoir aucune incidence sur les poursuites en cours (ou susceptibles d'être engagées) du chef de favoritisme alors même que les faits susceptibles de revêtir cette qualification, commis antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code des marchés publics et caractérisés par la violation d'une disposition de l'ancien code des marchés publics, ne le seraient plus sous l'empire

du nouveau code (b).

a- Le dispositif de droit transitoire inséré dans le décret du 7 janvier 2004

Comme indiqué précédemment, le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 est entré en vigueur le 10 janvier 2004, à l'exception de son article 133 relatif à la mise en place des commissions spécialisées des marchés.

La modification significative des règles de passation des marchés publics par suite, notamment, de l'élévation des seuils, a rendu nécessaire, à l'instar du dispositif inséré dans le décret du 7 mars 2001, la mise en place d'un régime transitoire de maintien en vigueur des dispositions de l'ancien code des marchés publics au-delà du 10 janvier 2004.

Ce régime de droit transitoire permet aux acheteurs publics de ne pas avoir à subir les conséquences d'un changement brutal de règles sur les marchés en cours de passation et de déterminer facilement le droit applicable à tel marché public tant pour sa procédure de passation que pour son exécution.

Ainsi, selon l'article 4-I du décret, les marchés notifiés antérieurement au 10 janvier 2004 demeurent régis, pour leur exécution, par les dispositions du code des marchés publics dans leur rédaction antérieure.

De même, aux termes du II de ce même article, les marchés publics pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel public à la concurrence envoyé à la publication antérieurement au 10 janvier 2004 demeurent régis pour leur passation par les dispositions de l'ancien code des marchés publics.

Le manuel d'application du code des marchés publics précité expose dans un avertissement ces dispositions en distinguant trois hypothèses déterminant précisément le droit applicable tant pour la passation que l'exécution des marchés publics.

Il vous appartiendra de vous reporter à ce dispositif afin de déterminer quel était le droit applicable à tel marché.

b- L'absence d'incidence de la réforme sur les poursuites du chef de favoritisme

En l'absence de toute jurisprudence de la Cour de cassation, le problème juridique de l'incidence de l'entrée en vigueur du code des marchés publics de 2001 sur les poursuites en cours du chef de favoritisme était un moyen couramment soulevé par les parties. Il était parfois accueilli par des juridictions du fond qui, sur le fondement du principe de rétroactivité *in mitius* de la loi pénale, prononçaient des relaxes de ce chef, notamment dans l'hypothèse où les formalités protectrices de l'égalité des candidats exigées par l'ancien code des marchés publics ne l'étaient plus sous l'empire du nouveau.

J'appelle donc spécialement votre attention sur un arrêt de la Cour de cassation en date du 28 janvier 2004 (n° de pourvoi 02-86597, Bull. crim. 2004 n°23 p.103), dans lequel cette dernière a jugé que l'entrée en vigueur du code de 2001 n'avait aucune incidence sur les poursuites en cours du chef de favoritisme.

Il s'agissait en l'espèce d'un fractionnement illicite de commandes pour un montant supérieur à 300 000 francs TTC (ancien seuil de l'appel d'offres) mais inférieur à 90 000 euros hors taxes (nouveau seuil fixé par le code de 2001) commis antérieurement à l'entrée en vigueur du code de 2001. La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel qui avait écarté l'application de l'article 28 du décret du 7 mars 2001 ayant relevé le seuil au-delà duquel la procédure d'appel d'offres est obligatoire, dès lors " d'une part, que les faits ont été commis antérieurement à l'entrée en vigueur de ce texte, et d'autre part, que les dispositions législatives, support légal de l'incrimination, n'ont pas été modifiées ".

Cette solution a été fermement confirmée par deux arrêts du 7 avril 2004 (n° de pourvoi 03-85698 et 03-84191, Bull. crim. 2004 n°93 p.354) sous le visa des articles 112-1 et 432-14 du code pénal.

Il va de soi que la motivation de la Cour de cassation est transposable, au-delà du cas d'espèce, à toute situation de favoritisme.

Ainsi, et en l'absence de modification de la définition du délit de favoritisme, la réforme de 2004 ne devrait pas avoir d'incidence, au plan strictement juridique, sur les poursuites en cours ou susceptibles d'être engagées pour des faits commis antérieurement à son entrée en vigueur. De ce fait, elle ne fait naître aucune discontinuité dans l'application de la norme pénale dans le temps. Des décisions de classement sans suite ou des réquisitions de non-lieu ne sauraient donc être motivées par une application erronée du principe de rétroactivité *in mitius*.

2- L'incidence de la réforme sur la caractérisation du délit de favoritisme

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

Dès lors, et comme cela était indiqué dans la circulaire précitée du 4 mars 2002, le recours injustifié à la procédure du marché passé selon une procédure adaptée par le fractionnement illicite d'une même opération en plusieurs pourras, comme par le passé, être poursuivi pénalement (Cass. crim. 30 juin 1999, Bull. crim. n°4460). Il en ira de même de la violation des règles relatives à la publicité des procédures de mises en concurrence.

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

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

- l'article 28-I du décret du 7 janvier 2004 énonce que lorsque les marchés sont passés selon la "procédure adaptée", la personne responsable du marché détermine les modalités de publicité et de mise en concurrence en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques ;

- l'article 28-I alinéa 3 issu du décret du 26 novembre 2004 dispense de publicité et de mise en concurrence les marchés de moins de 4.000 euros HT ;

- l'article 40-II du décret modifié par le décret du 26 novembre 2004 dispose que "*la personne publique choisit librement les modalités de publicité adaptées au montant des travaux, des fournitures ou des services en cause*" pour les marchés d'un montant d'au moins 4.000 euros HT et inférieur à 90.000 euros HT.

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

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

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

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

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

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

- la publicité ne signifie pas systématiquement publication: pour les marchés d'un faible montant d'au moins 4.000 euros HT, l'on doit considérer que la concurrence de plusieurs prestataires ou fournisseurs constitue en elle-même un élément de publicité suffisant ;

- en dehors de l'hypothèse précédente, l'acheteur public devra mettre en oeuvre des mesures de publicité adaptées et suffisantes. Parmi les supports écrits préconisés figurent la presse écrite, l'affichage. L'internet (site de l'acheteur ou tout autre site ou portail) ou tout moyen audiovisuel sont aussi évoqués dès lors que l'information diffusée est suffisamment complète et de nature à atteindre les candidats potentiels aux marchés ;

- l'acheteur "veillera à laisser un délai suffisant pour permettre à la concurrence de jouer". Par conséquent, une publicité adaptée mais qui fixerait un délai de réception des offres trop court pourrait être regardée comme contraire aux principes de transparence et de mise en concurrence effective et annulée par la juridiction administrative ;

- l'acheteur public devra conserver l'historique des différentes étapes suivies pour procéder aux choix de l'attributaire.

Ainsi, et toujours sous réserve de l'interprétation souveraine de la jurisprudence, il pourrait par exemple être admis que la passation d'un marché passé selon la procédure adaptée aura respecté les principes généraux gouvernant la commande publique dès lors que les moyens de publicité utilisés auront, d'une part, réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et, d'autre part, abouti à la diversité d'une offre suffisante garantissant une mise en concurrence effective.

Enfin, en l'absence de jurisprudence sur ce point, la violation par l'acheteur public des règles qu'il se serait fixé ne saurait en elle-même être constitutive de favoritisme, l'article 432-14 du code pénal ne visant que la violation de dispositions législatives ou réglementaires. Toutefois, cette violation constituera un indice de nature à asseoir d'éventuelles poursuites, préalablement au contrôle de l'adaptation de la procédure à l'objet et aux caractéristiques du marché.

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

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

En premier lieu, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt en date du 14 janvier 2004 (n° de pourvoi 03-83396, Bull. crim. n° 11 p. 37), défini très clairement l'élément intentionnel du délit comme étant caractérisé " par l'accomplissement en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".

En second lieu, la Cour de cassation³ admet la recevabilité d'une constitution de partie civile d'un syndicat intercommunal du chef de favoritisme (l'infraction de favoritisme reprochée aux dirigeants d'une société d'économie mixte, délégataire du syndicat, étant de nature à entraîner un surcoût des frais engagés par ce syndicat et pouvant de ce fait lui causer un préjudice direct).

³ Cass. crim 8 juin 1999, Bull. Crim n° 98.

En revanche, en ce qui concerne les candidats évincés, il était majoritairement admis en doctrine qu'ils ne pouvaient se constituer partie civile, leur préjudice apparaissant hypothétique.

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

*
* *

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

Par ailleurs, dans la limite de vos compétences, vous vous assurerez que les juridictions spécialisées en matière économique et financière, et le cas échéant les juridictions inter-régionales, depuis le 1^{er} octobre 2004⁴, soient saisies le plus en amont possible des dossiers relatifs à des faits de favoritisme d'une grande ou d'une très grande complexité, conformément aux articles 21, 22 et 24 de la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (articles 704, 705-1, 705-2, 706 et 706-1 du code de procédure pénale).

Vous voudrez bien veiller à assurer un suivi régulier des principales prescriptions de cette circulaire en faisant ressortir les conditions de sa mise en oeuvre et les difficultés éventuellement rencontrées.

Pour le Garde des Sceaux,
ministre de la Justice

Le Directeur des Affaires Criminelles
et des Grâces
Jean-Marie HUET

⁴ Décret n°2004-984 du 19 septembre 2004 fixant la liste et au ressort des tribunaux spécialisés et des juridictions inter-régionales spécialisées; dépêche du 22 septembre 2004; circulaires du 2 septembre 2004 JUS D04-30 177C et JUS D04-30 175C relatives à la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 (consultables sur le site intranet de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces).

ANNEXE

Principales procédures de passation de marchés et modifications apportées par le nouveau code des marchés publics

1- La procédure adaptée (article 28)

Les marchés passés selon une procédure adaptée sont, aux termes du nouveau code, des marchés passés selon les modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. Ils constituent les “marchés sans formalités préalables” mentionnés dans la loi dite MURCEF du 11 décembre 2001.

Ces marchés sont de fait les successeurs des marchés sans formalités préalables prévus par le code de 2001. Ils sont dispensés de l'obligation de transmission au préfet pour contrôle de légalité.

La procédure adaptée est applicable aux marchés de fournitures et de services inférieurs B 150 000 euros HT pour l'Etat et B 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales, et pour les marchés de travaux inférieurs B230 000 euros HT.

A - Le code fixe des modalités particulières de publicité pour les marchés d'un montant supérieur B90 000 euros HT, ne laissant B l'appréciation de la personne publique que celles qui seraient utiles pour atteindre les objectifs mentionnés B l'article 1^{er} (article 40-III et IV).

B - Les marchés d'une valeur d'au moins 4000 euros HT et inférieure B90 000 euros HT doivent être passés selon une procédure de publicité et de mise en concurrence adaptée (article 40-I), c'est-à-dire une publicité adaptée au montant et B la nature des prestations en cause. Il appartient donc B la personne publique de choisir entre les différents modes de publicité possibles, sur l'utilisation desquels il convient de rappeler que le manuel d'application du code fournit des indications précises (publication dans la presse, internet, affichage, consultation directe des candidats potentiels).

S'agissant de la mise en concurrence, le code est beaucoup moins précis si ce n'est qu'il attend des acheteurs qu'ils en déterminent eux-mêmes les modalités en fonction de l'objet et des caractéristiques du marché. Ces modalités pourront ainsi varier d'une personne publique B une autre et d'une commande B une autre.

C - Les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur B 4000 euros HT peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables.

2 - L'appel d'offres (article 26, 57 B64)

Cette procédure a vocation à s'appliquer :

- pour les marchés de fournitures ou de services dont le montant est supérieur à 150 000 euros HT pour l'Etat, et au-delà de 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales ;
- pour les travaux de manœuvre facultative, la personne publique ayant le choix avec la procédure négociée ou encore la procédure de dialogue compétitif, entre de 230 000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT ;
- pour les marchés de travaux dont le montant est supérieur à 5,9 millions d'euros HT.

S'agissant de la procédure de droit commun, il peut également y être recouru en dessous des seuils (article 26).

Comme par le passé, l'appel d'offres peut être ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre, ou restreint lorsque seuls peuvent remettre une offre les candidats qui y ont été autorisés après sélection.

Elle demeure caractérisée par le principe d'intangibilité des offres et la prohibition de toute négociation avec les candidats.

Les dispositions du nouveau code relatives au déroulement de cette procédure ne revêtent qu'une portée limitée. Elles se bornent à réduire le délai minimal de réception des offres et des candidatures (art.57-II, 60-II et 62-II).

3 - La procédure de marchés négociés (articles 34, 35, 65 et 66)

La procédure négociée ouvre la possibilité à la personne publique de négocier directement avec les candidats afin de rechercher l'offre économiquement la plus intéressante.

À la différence de la procédure d'appel d'offres, la personne publique dispose d'une marge de manœuvre importante.

En effet, elle peut, de plein droit dans le respect des principes d'égalité et de transparence, négocier avec les candidats, cette négociation ayant pour objet et pouvant légitimement les conduire à adapter leurs offres.

Il convient toutefois de noter que les négociations ne peuvent conduire à modifier les conditions du marché telles qu'elles ont été indiquées dans le cahier des charges, sous peine de porter atteinte aux conditions de la mise en concurrence.

Il s'agit d'une procédure dérogatoire qui n'est utilisable que dans les cas limitativement énumérés pour l'essentiel à l'article 35 du décret.

Il existe trois catégories de marchés négociés :

- les marchés négociés passés après publicité préalable et mise en concurrence (article 35-I) ;
- les marchés négociés passés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence (article 35-II) ;
- les marchés négociés sans publicité et sans mise en concurrence (article 35-III).

La modification principale apportée par le nouveau code est relative au lancement de la procédure négociée pour les marchés des collectivités territoriales, puisque l'ancienne disposition V de l'article 35, en vertu de laquelle la procédure négociée ne pouvait être engagée qu'après avis favorable et motivé de la commission d'appel d'offres, a été supprimée. L'intervention de la commission d'appel d'offres a en effet été déplacée au stade de l'attribution du marché, comme le prévoit l'article 66 du code.

4 - La procédure "allégée" de passation applicable aux marchés de services visés B l'article 30 du décret

Les services visés B l'article 30 du décret correspondent B ceux de la directive communautaire services n°92/50 mais sont définis, B la différence du décret de 2001, de manière négative, c'est-à-dire que ces services recouvrent, conformément B la méthode utilisée par le droit communautaire, ceux qui ne sont pas visés B l'article 29 du nouveau code qui énumère précisément les marchés de services soumis aux procédures formalisées.

Ces services visés par l'ancien code recouvrent pour l'essentiel les services juridiques, les services sociaux et sanitaires, les services récréatifs, culturels et sportifs et les services d'éducation, de qualification et d'insertion professionnelle.

Pour ces marchés, le code n'impose que deux obligations :

- la définition des prestations par référence B des normes homologuées lorsqu'elles existent ;
- l'envoi d'un avis d'attribution pour les marchés d'un montant supérieur B 230 000 euros HT.

Si les marchés de l'article 30 sont déclarés soumis aux seules règles prévues par le titre I du code et donc aux principes fondamentaux de l'article 1^{er}, il semble qu'ils ne relèvent véritablement d'aucune procédure prévue par le code, y compris la procédure adaptée.

5 - La procédure de dialogue compétitif (article 24, 36 et 67)

La procédure de dialogue compétitif se substitue à celle de l'appel d'offres sur performance.

Aux termes de l'article 36 du décret, la personne publique peut recourir au dialogue compétitif dans deux cas distincts :

- lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ;
- ou lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

Cette situation peut notamment se présenter pour la réalisation d'importantes infrastructures de transports intégrées ou la réalisation d'importants projets ou réseaux informatiques.

Par ailleurs et s'agissant des marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 euros HT et 5,9 millions d'euros HT (seuil de l'appel d'offres), la personne publique pourra librement recourir au dialogue compétitif sans avoir à justifier de l'un des deux cas de recours de droit commun.

D'une manière générale, le dialogue compétitif est une solution adaptée à la conclusion de marchés complexes et constitue une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre les opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques de négocier avec chaque candidat tous les aspects du marché.

Cette procédure débute par un avis d'appel public à la concurrence. Dès la sélection des candidatures, le dialogue s'ouvre à partir d'un programme fonctionnel ou d'un projet partiellement défini par l'acheteur.

Ce dialogue peut se dérouler en autant de phases successives que nécessaire à l'acheteur pour définir son besoin. À l'issue de chaque phase, l'acheteur public peut écarter des propositions des candidats qui se révèlent inadaptées à son besoin.

Tout au long de la phase de dialogue, la personne responsable du marché ne peut élaborer le cahier des charges en combinant les différents éléments proposés par différents candidats, sans le communiquer à l'ensemble des candidats afin de leur permettre de modifier les propositions successives issues du dialogue.

Le cahier des charges est arrêté après la phase de dialogue. Les offres sont alors déposées et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse s'effectue selon les modalités classiques de la procédure d'appel d'offres.

