

LE CONTENTIEUX DES MARCHES PUBLICS

Le risque contentieux en matière de marchés publics existe pour les établissements scolaires comme pour les autres opérateurs publics. Il peut surgir tout au long de la vie du contrat (du marché) et même après. Cet article se propose de faire le point sur les différents risques auxquels chaque gestionnaire ou ordonnateur peut être confronté dans sa pratique quotidienne de la commande publique. Il effectuera un large et rapide tour d'horizon des différents recours existants en matière de contentieux administratifs, des sanctions par le juge financier et de risque pénal. Bien entendu il ne reprendra pas l'ensemble des règles détaillées dans la réglementation établit par l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et le décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics.

En matière de commande publique le risque zéro n'existe pas, même pour les marchés à procédure adaptée d'un petit montant. Mais il ne faut pas pour autant le surestimer et dramatiser ; compte tenu de la quantité de marchés passés par les établissements scolaires on constate que ce n'est qu'exceptionnellement que des recours ou des plaintes sont faits contre des EPLE. On peut cependant craindre que la dématérialisation et la mise en service des « open data » obligatoires en termes de marché public augmentent la transparence et donc les risques pour non-respect de la réglementation liée à l'achat public.

● Rappel des bases des marchés publics

Déjà faible, le risque de contentieux peut être encore réduit pratiquement à néant si l'acheteur public respecte les trois principes généraux de la commande publique :

- **principe de liberté d'accès à la commande publique,**
- **principe d'égalité de traitement des candidats,**
- **principe de transparence des procédures.**

Il convient également de respecter les règles posées par les textes sur les marchés publics qui s'imposent à tout acheteur, notamment : définition des besoins, évaluation des besoins, rédaction d'un document de consultation pour tout marché supérieur à 25 000 € HT.

Les principes de liberté d'accès aux marchés, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures sont applicables quel que soit le montant des marchés.

Lors de l'étude des différents types de contentieux ci-après, on aura l'occasion d'énumérer un certain nombre de manquements qui ont justifié des sanctions.

● Les contrôles des instances financières

● - Audit sur place

Les EPLE sont susceptibles de recevoir la visite de plusieurs auditeurs, notamment de la part des Chambres régionales des comptes (CRC) qui réalisent des enquêtes sur le fonctionnement des établissements publics. Ces audits ne se limitent pas à la comptabilité mais peuvent englober la gestion au sens large, notamment la politique d'achat public suivie par l'EPLE, et porter un jugement sur le respect des règles en la matière. En cas d'anomalie constatée l'audit peut déboucher sur un rapport et dans les cas les plus graves faire l'objet d'un signalement mais les CRC cherchent d'abord à aider et inciter à se conformer au droit, afin de prévenir toute sanction.

A titre d'exemple de ce type de contrôle on peut citer le cas d'un rapport d'observations sur la gestion de la commune d'Echirolles au cours des exercices 2010 à 2016. La CRC d'Auvergne-Rhône-Alpes a émis plusieurs critiques et constaté que la commande publique était perfectible dans bien des domaines dans cette ville.

Elle a relevé tout d'abord un pourcentage important d'achats hors marchés de l'ordre de 60% en méconnaissance des règles puisqu'une partie d'entre eux a été conclue sans publicité ni mise en concurrence pour des montants parfois supérieurs au seuil des 90 000 € HT. S'agissant de la gestion des procédures, la CRC note aussi que le principe de l'allotissement par défaut n'est pas respecté. Le rapport considère ensuite que la municipalité ne met pas systématiquement en œuvre les mesures de publicité les plus larges possibles ou les mieux adaptées à l'objet du marché. La CRC estime ainsi qu'une publicité dans la presse régionale n'est pas toujours suffisante pour certains marchés et que le recours au BOAMP peut s'avérer judicieux. Elle note également que le délai de publicité devrait être plus important pour permettre à la concurrence de jouer et aux entreprises intéressées de répondre. Elle relève également des manquements dans la rédaction ou le traitement des consultations qui conduisent parfois à favoriser un fournisseur habituel, voir à « reconduire des prestataires historiques sur de longues durées ».

- - **Cour de discipline budgétaire**

La Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) a pour mission de juger principalement les ordonnateurs ; mais sont justiciables de la Cour les fonctionnaires et les personnes liées à un organisme soumis au contrôle de la Cour des comptes, dès lors qu'ils ont participé à des actes de gestion et commis des fautes lourdes ou des irrégularités dans la gestion des finances publiques. Elle est composée de manière mixte de magistrats de la Cour des comptes et de membres du Conseil d'État. Sa présidence appartient au Premier président de la Cour des comptes.

La majorité des saisines provient de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Le nombre de saisines demeure limité et une part importante d'entre elles ne donne pas lieu à une décision juridictionnelle. La CDBF rend moins de 10 arrêts par an.

Des amendes peuvent être prononcées contre les coupables, assorties éventuellement d'une publication au Journal officiel. Par ailleurs, les poursuites devant la Cour ne font pas obstacle à l'exercice de l'action pénale et de l'action disciplinaire.

Un arrêt de la CDBF du 26 juin 2017 « Ecole nationale Louis Lumière » donne une idée du type de décision prise par cette cour. En l'espèce, le directeur de l'Ecole nationale supérieure Louis Lumière a été condamné à une amende de 400 € pour des irrégularités commises dans la passation des marchés publics :

- choix inapproprié de la procédure choisie pour la passation d'un marché public : dialogue compétitif au lieu de marché alloti pour du mobilier et du matériel audio visuels,
- absence de publication au BOAMP alors que le montant du marché l'exigeait,
- absence des documents obligatoires,
- achat d'ordinateurs en dehors de tout marché écrit et absence de mise en concurrence pour des montants qui rendaient nécessaire ces procédures,
- choix des candidats retenus en fonction des marques de produits qu'ils proposaient. Or la réglementation de la commande publique veut que les spécifications techniques demandées par l'acheteur ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type lorsqu'une telle mention ou référence est susceptible de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits.

Dans un autre arrêt du 21 mars 2013 « Secrétariat d'Etat chargé des sports », la Cour de discipline budgétaire sanctionne, outre des manquements aux règles financières de

recrutement, le non-respect des grands principes de la commande publique ainsi que le fait d'avoir procuré à autrui un avantage injustifié. Il s'agissait notamment de marchés d'études juridiques passés sans publicité ni mise en concurrence (40 000 € et 60 000 € HT). Le directeur de cabinet et un chargé de mission ont été condamnés à des amendes de pure forme (600 € et 300 €) mais l'intérêt de cet arrêt réside dans le fait qu'il se réfère à l'article L.313-4 du code des juridictions financières pour sanctionner un manquement au code des marchés, et surtout qu'il examine les responsabilités des différents intervenants dans le cadre des commandes publiques. Ce n'est pas le pouvoir adjudicateur qui est condamné mais des exécutants ; et sur ce point la lecture de l'arrêt est riche d'enseignement sur le positionnement hiérarchique et la responsabilité. On notera notamment ce passage : *« Considérant que les personnes renvoyées devant la Cour ne produisent pas un ordre écrit (...) donné personnellement par le ministre compétent (...) dûment informé sur l'affaire, de nature à les exonérer de leur responsabilité dans les conditions prévues à l'article L. 313-9 du code des juridictions financières »*.

- **- Juge des comptes**

Le comptable n'a en aucune façon à s'assurer du respect des procédures de passation des marchés ni de l'imputation correcte des dépenses dans les lignes de la nomenclature marchés publics adoptés par l'établissement qui relèvent de la seule responsabilité de l'ordonnateur.

Outre ses contrôles habituels (exacte imputation budgétaire et comptable de la dépense, disponibilité des crédits, ...) son contrôle au niveau des marchés publics concerne aussi la présence nécessaire des pièces comptables listées par la nomenclature des pièces justificatives du décret de 2016 qui prévoit, selon les seuils, communication au comptable de divers documents indispensables. *Voir les rubriques 41 et suivantes de l'annexe du décret n°2016-33 du 20 janvier 2016.*

- **Les contentieux administratifs**

Il convient de se rappeler que les marchés publics sont des contrats administratifs ; c'est pourquoi les procédures de passation des contrats de la commande publique peuvent être contestées devant le juge administratif. Ce juge veille au respect des principes constitutionnels de la commande publique, en particulier à l'égalité d'accès à celle-ci et à la transparence des procédures.

Plusieurs recours peuvent être intentés par les tiers intéressés : chacun est soumis à un régime spécifique. Ils peuvent être formés avant ou après la conclusion du contrat (document établissant le marché), devant le juge de l'urgence ou le juge du contrat. Ce risque de contentieux doit être pris en compte par les acheteurs publics, dont l'action est soumise au contrôle du juge, tout au long de la passation du contrat et après sa signature.

Le juge est doté de pouvoirs importants et diversifiés : il peut arrêter une procédure de passation à tous les stades, annuler un marché, moduler son effet dans le temps, et depuis 2009, infliger à l'acheteur négligent une amende financière. Rappelons, par ailleurs, que violer les dispositions législatives ou réglementaires relatives à la publicité et à la mise en concurrence peut constituer un délit pénalement sanctionné (voir ci-après le délit de favoritisme).

- **- Référé pré-contractuel**

Le référé précontractuel est possible jusqu'à la signature du marché.

Il a pour but d'empêcher la passation d'un contrat qui méconnaîtrait les règles de publicité et de mise en concurrence applicables. Il permet aux candidats qui constatent un manquement

à ces règles, d'obtenir du juge du référé qu'il prononce les mesures nécessaires pour y remédier, avant la signature du marché.

Les personnes habilitées à engager ce référé sont « celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement » ; ce sont les concurrents non retenus (arrêt CE, SMIRGEOMES, 3 octobre 2008). Cette action est également possible pour le préfet dans le cadre de son contrôle de légalité. Une autre catégorie de personne peut également intenté ce référé mais dans une moindre mesure, les « concurrents potentiels » (candidats dissuadés de déposer une candidature en raison de la violation des obligations de publicité et de mise en concurrence).

Le recours doit être déposé avant la signature du marché, ce qui interdit alors la signature. Il faut également notifier la requête à l'acheteur public. Si la demande intervient après la signature, le recours est irrecevable et le requérant devra se tourner vers une autre procédure contentieuse.

Le requérant ne peut invoquer que des moyens tirés des manquements de l'acheteur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, lors de la procédure de passation du marché. Ces manquements peuvent porter sur la définition du marché et des prestations attendues, sur les obligations de publicité, l'information fournie aux candidats, le respect des documents de la consultation, l'analyse des offres au regard des critères annoncés et les motifs de rejet. Encore faut-il que ces manquements, « eu égard à leur portée et au stade de la procédure auxquels ils se rapportent, aient été susceptibles d'avoir lésé ou risquent de léser l'entreprise, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ». Le requérant doit apporter des éléments d'explication en ce sens.

Le recours aboutit rapidement : le juge statue entre le 16^{ème} jour après envoi de la décision de rejet aux candidats (le 11^{ème} pour un envoi par voie électronique ou en MAPA) et le 20^{ème} jour suivant le dépôt de la requête. Il s'agit de l'application du délai de standstill qui sera développé plus loin.

En matière de référé précontractuel les pouvoirs du juge sont importants ; il peut annuler totalement ou partiellement la procédure, supprimer des clauses, ..., en tenant compte, notamment au regard de l'intérêt public, de conséquences excessives de ces mesures.

L'existence du référé précontractuel n'interdit pas au demandeur d'exercer d'autres voies de recours, notamment de présenter un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat en l'assortissant d'une demande de référé suspension.

- **- Référé contractuel**

Le référé contractuel intervient après la signature du marché.

Il permet de sanctionner les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence, après la signature du contrat.

Le juge du référé contractuel peut être saisi par les mêmes personnes que pour le référé précontractuel.

Par ailleurs, si l'acheteur a respecté la suspension de signature que lui impose un référé précontractuel, ou s'est conformé à la décision du juge du référé précontractuel, aucun référé contractuel ne peut être exercé. De plus, la jurisprudence estime qu'une entreprise qui avait la possibilité de saisir le juge du référé précontractuel mais ne l'a pas fait n'a plus le droit de recourir au référé contractuel.

On peut de manière exceptionnelle exercer successivement les deux référés :

- lorsque l'Administration ne s'est pas conformée à la décision du juge du référé précontractuel ;
- lorsque l'Administration, bien qu'informée de l'exercice d'un référé précontractuel, a quand même signé le contrat durant la procédure ;

- lorsque l'Administration a donné des informations erronées ou incomplètes ou n'a donné aucune information au concurrent évincé l'empêchant ainsi de mettre en œuvre le référé précontractuel ;

Le référé contractuel peut être exercé dans un délai de :

- 31 jours, à compter de la publication d'un avis d'attribution du contrat au Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE) ou, pour les marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique, à compter de la notification de la conclusion du contrat ;

- 6 mois, à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat, si aucun avis d'attribution n'a été publié ou si aucune notification de la conclusion du contrat n'a été effectuée. L'acheteur a donc intérêt à publier un avis d'attribution, le plus rapidement possible après la notification du contrat.

Le référé contractuel est destiné à sanctionner les irrégularités les plus graves : les moyens invocables sont moins nombreux que pour le référé précontractuel et il appartient au juge de vérifier que les manquements invoqués par le candidat évincé ont « affecté ses chances d'obtenir le contrat ».

Seuls peuvent être invoqués :

- l'absence totale de publicité,

- l'absence de publication au JOUE si celle-ci est obligatoire,

- la violation du délai de standstill,

- la violation de la suspension de la signature du contrat liée à la saisine du référé précontractuel,

- la méconnaissance des modalités de remise en concurrence pour les contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Lorsque le référé contractuel apparaît fondé, le juge a la faculté de prononcer la mesure la plus adéquate : soit l'annulation du contrat ou une mesure de substitution (résiliation, réduction de la durée du contrat, pénalité financière...). Toutes ces sanctions sont applicables aux marchés passés selon une procédure adaptée.

● - Délai de standstill

Le standstill est un délai suspensif entre la communication de la décision de rejet d'une offre de marché et la signature de ce dernier afin de permettre aux candidats non retenus d'engager, le cas échéant, une procédure de recours. Ce délai de standstill permet à un candidat évincé de contester en temps utile la méconnaissance par un pouvoir adjudicateur, de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d'envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l'article 99 du décret du 25 mars 2016 et la date de signature du marché public par l'acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n'a pas été transmise par voie électronique.

En procédure adaptée, seule la notification de rejet au soumissionnaire concerné est obligatoire (article 99 du décret n° 2016-630 du 25 mars 2016 et article 101). Mais, même s'il n'y a pas réglementairement de délai de standstill à respecter par l'acheteur public, il est vivement conseillé de le faire.

En effet on a vu que si le candidat évincé a été informé du rejet de son offre et qu'il n'a pas fait de référé-précontractuel, il se ferme la possibilité de faire un recours contractuel. Or, tant qu'un marché n'est pas signé il n'ouvre aucun droit pour le candidat retenu. Donc si un référé précontractuel survient durant les 16 jours qui séparent la notification du rejet de leur offre aux candidats non retenus et la signature du marché, le seul risque que court l'EPL est de prendre du retard dans la procédure et le cas échéant de ne pas pouvoir signer le marché et être obligé de recommencer la procédure. Mais sans indemnisation des fournisseurs retenus ou non ; ce qui ne serait pas le cas si une décision était défavorable lors d'un référé contractuel qui pourrait conduire à une condamnation à indemniser certains fournisseurs.

En respectant même pour les MAPA ce délai de standstill on limite donc considérablement les risques financiers liés à une procédure de consultation mal maîtrisée.

- **- Recours sur la validité du contrat**

La jurisprudence du Conseil d'Etat « Tarn-et-Garonne » du 4 avril 2014 étend le recours en contestation de la validité du contrat, dit recours « Tropic », à l'ensemble des tiers justifiant d'un intérêt suffisant.

L'ouverture de ce recours au bénéfice de tous les tiers s'applique à tous les contrats publics, et notamment aux MAPA.

On peut par exemple estimer qu'un membre de la communauté éducative pourra se plaindre des conditions d'attribution d'un marché public conclu par son établissement. Le Conseil d'Etat va encore plus loin s'agissant des membres de l'organe délibérant de la collectivité, dont les prérogatives sont rapprochées du rôle du préfet dans l'exercice du contrôle de la légalité. Ainsi peut-on envisager qu'un membre du conseil d'administration de l'EPL puisse contester la validité d'un contrat passé par l'établissement en invoquant tout moyen à l'appui de son recours alors que les autres tiers (non membres du CA) ne pourront invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

- **- Recours pour excès de pouvoir**

En matière de marchés publics, le champ d'application du recours pour excès de pouvoir est assez limité ; il n'a pas pour objet la contestation du contrat lui-même. Auparavant ouvert aux actes détachables et antérieurs à la signature du contrat, la jurisprudence "Tarn et Garonne" de 2014 est venue limiter ce champ d'application. Un recours pour excès de pouvoir ne peut dorénavant être utilisé que pour contester :

- la décision de l'acheteur d'abandonner la procédure de marché en la déclarant infructueuse ou sans suite,
- les clauses réglementaires du contrat.

Le régime contentieux obéit aux règles classiques de recevabilité des recours pour excès de pouvoir. Le délai de recours est notamment de deux mois à compter de la notification ou de la publication de la décision attaquée. Le juge ne dispose que de pouvoirs limités : il peut rejeter la requête ou annuler l'acte.

- **Les délits (pénaux)**

Il convient de garder à l'esprit que les marchés publics ne sont pas anodins : il y a de réels risques à ne pas les prendre au sérieux.

- **- Délit de favoritisme**

L'article 432-14 du Nouveau code pénal prévoit qu'« est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros 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 ».

La loi définit les éléments nécessaires pour constituer un délit de favoritisme, dénomination courante du délit d'octroi d'un avantage injustifié. Ces éléments sont relatifs à l'auteur de la procédure, à l'avantage injustifié donné à autrui et à la présence d'un acte contraire aux règles de la commande publique.

Les personnes susceptibles de commettre un délit de favoritisme.

L'article 432-14 du code pénalise trois catégories de personnes : les agents publics, les personnes chargées d'un mandat électif public et les personnes publiques ou privées, agissant pour le compte d'une personne publique dans le cadre d'un marché public. Cette liste n'est pas exhaustive et permet d'inclure toute personne qui intervient à n'importe quel moment de la procédure sous n'importe quelle forme que ce soit et qui exerce une influence sur le choix de l'attributaire du marché.

Ainsi, sont notamment concernés par ce délit, 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'œuvre.

A titre d'exemple, peuvent être condamnés pour délit de favoritisme le coordonnateur d'un groupement de commandes (Cour de cassation, 7 avril 2004, n°03-84191) ou « *le secrétaire général d'une commune, agissant en qualité de représentant ou agent d'une collectivité territoriale, qui a le pouvoir d'intervenir dans une procédure d'attribution de marchés, en vue de préparer ou de proposer les décisions prises par d'autres* » (Cour de cassation, 20 avril 2005, n°04-83017). Il est donc évident que le chef d'établissement d'un EPLE et le gestionnaire sont directement concernés par ce délit de favoritisme.

La présence d'un avantage injustifié.

L'avantage injustifié peut prendre la forme d'un acte matériel, administratif ou juridique (information privilégiée, publicité réduite du marché, clause technique « sur mesure »..) constitutif d'une rupture du principe d'égalité devant la commande publique. Cet avantage injustifié doit être procuré par un acte irrégulier qui peut être un acte volontaire. Il existe dans ce cas une intention frauduleuse. 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.

La présence d'un acte contraire aux règles de la commande publique.

L'article 432-14 du code pénal vise les pratiques discriminatoires caractérisées 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 ; même pour les marchés à procédure adaptée. La volonté délibérée d'attribuer systématiquement à une même entreprise une commande même de faible montant, sans publicité ni mise en concurrence, peut être regardée comme étant de nature à procurer un avantage injustifié à l'entreprise concernée. Dans une réponse ministérielle de décembre 2006, il a été ainsi précisé : « *Le juge pénal, s'il a à apprécier l'existence d'un délit de favoritisme dans le cadre d'un marché passé selon une procédure adaptée, vérifiera, non pas la violation d'obligations formelles, puisque le code des marchés publics n'en fixe pas pour cette catégorie de marchés, à l'exception de l'obligation de publicité formalisée imposée à partir de 90 000 € hors taxes, mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public aura au cas par cas mises en œuvre. Celles-ci devront en effet avoir réellement permis aux prestataires potentiels d'être informés et avoir abouti à une diversité d'offres suffisante garantissant une mise en concurrence effective* ».

Diverses discriminations sont susceptibles d'entrer dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal, à tous les stades de la procédure d'attribution du marché :

- Mauvaise définition des besoins. Notamment le fait d'établir un cahier des charges « sur mesure » pour favoriser une entreprise, définir des prestations de telle manière que seul un candidat peut les réaliser (programme strict de voyage scolaire par exemple),
- Reprise in extenso de devis d'un fournisseur dans un cahier des charges,

- Communication d'éléments privilégiés à certains candidats (points importants, sous critères, souhaits précis de l'acheteur, éléments financiers, techniques particuliers, etc....
- Fractionnement artificiel du marché pour éviter certains seuils de publicité. C'est un risque important pour les EPLE qui confondent souvent besoin ponctuel et bon de commande sans définition des besoins sur la durée nécessaire (annuelle, voir pluriannuelle),
- Non allotissement non justifié,
- Non-respect de délai suffisant de procédure,
- Déclaration sans suite pour éviter de retenir un candidat non désiré,
- Acceptation d'une offre inacceptable,
- Manipulation des critères pour favoriser une entreprise,
- Choix du fournisseur basé sur des considérations extérieures : liens avec le fournisseur, un tiers, relations privilégiées, souhait de garder un même fournisseur, etc...
- Non remise en concurrence (marchés à tacite reconduction d'une durée anormale...),
- Avenants ultérieurs bouleversant l'économie du marché
- Etc...

L'élément intentionnel « Nul n'est censé ignorer la loi ».

C'est un point important car on pense souvent que délit de favoritisme veut dire obligatoirement malversation, acte volontaire, corruption ; or il n'en est rien. En ce qui concerne l'élément intentionnel du délit de favoritisme, la Cour de cassation estime que « *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 L.121-3 du code pénal* » (Cour de cassation 15 septembre 1999, 98-87588 ; 24 octobre 2001, 01-81039 ; 14 janvier 2004, n°03-83396). L'intention se déduit du manquement que l'auteur n'a pu ignorer et qui permet de constater qu'il a agi en pleine connaissance de cause.

Le juge estime qu'il est des fonctions où l'ignorance n'est pas admissible : un maire ne peut se réfugier derrière la méconnaissance de la procédure d'appel d'offres (Cour de cassation, 15 septembre 1999, 98-87588 ; 24 octobre 2001, 01-81089 ; 8 mars 2006, n°05-85276). Là encore il est évident que ce qui est vrai pour un maire, l'est tout autant pour un chef d'établissement ou un gestionnaire d'EPL : le juge ne retiendra jamais l'excuse de l'ignorance des règles de l'achat public qui sont un des fondamentaux de nos fonctions.

• - La prise illégale d'intérêt

Le nouveau Code pénal (article 432-12 du code pénal) prévoit que : « *le fait pour une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende* ».

Un même fait peut être constitutif à la fois d'un délit de favoritisme et d'un autre délit, notamment lorsque la personne responsable du marché bénéficie d'un avantage pouvant relever de la prise illégale d'intérêt (article 432-12 du code pénal) ou de la corruption (article 433-1 du code pénal). Dans un arrêt du 29 juin 2011 la chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet confirmé la condamnation pour délit de favoritisme et prise illégale d'intérêts d'un maire qui avait signé un avenant à un marché public de dragage d'un port en vue de réaliser des travaux supplémentaires, à la demande d'un autre élu, pour permettre au bateau d'un membre de la famille de ce dernier d'accéder au port.

• - Jurisprudences

Pour terminer cet article trois jurisprudences facilement transposables à des établissements scolaires pour prouver, s'il en était besoin, que même faible le risque de contentieux en matière de marchés publics est une réalité à laquelle nous pouvons tous être confrontés un jour.

1- Cour de cassation, 14 février 2007, n° 06-81924.

La cour a confirmé les condamnations prononcées par une cour d'appel à la suite de l'attribution d'un marché de 5 850 euros. La méconnaissance des principes qui s'appliquent à tous les marchés publics quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal, qui sanctionne les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Extrait des attendus de l'arrêt de la C.Cass. "...les dispositions figurant à l'article 1er-I du code des marchés publics, alors applicables, qui édictent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, concernent tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme ; que les juges ajoutent qu'Elisabeth X... a reconnu avoir pris sa décision d'attribuer le marché à la société AC Consultants Sud-Ouest non pas en fonction de critères objectifs de choix découlant des propositions faites par les candidats mais pour "faire plaisir" à un tiers avec lequel elle entretenait des relations d'amitié et qu'en procédant ainsi, elle a porté atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats et procuré un avantage injustifié à la société AC Consultants Sud-Ouest".

http://www.intendance03.fr/Favo_MAPA_juris.pdf

2- Cour de Cassation, 22 janvier 2014, n° 13-80759.

Confirmation d'une condamnation à 2 000 € d'amende pour délit de favoritisme à l'égard d'un maire qui avait privilégié une entreprise locale pour l'attribution d'un marché public. Dans les faits il s'agissait d'un marché public pour l'impression en noir et blanc du bulletin communal. Le seul critère pour l'attribution de ce marché était celui du prix de la prestation sollicitée. Une entreprise locale dont l'offre était la moins onéreuse pour l'impression en noir et blanc a été retenue ; mais une fois le marché attribué, le pouvoir adjudicateur a décidé de recourir à une impression en couleur. Or pour ce type d'impression une autre entreprise était moins-disante pour cette option ; l'entreprise locale avait donc bénéficié d'un avantage injustifié.

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT00028513203&fastReqId=1745828293&fastPos=1>

3- TC de Montbéliard, 7 janvier 2016, « commune de Béthoncourt ».

Le non-respect du code des marchés, le délit de favoritisme ? « Même pas peur » répondent quantité de chefs d'établissement et de gestionnaires. C'est vrai que contrairement aux collectivités locales où les règlements de comptes politiques entre ancienne et nouvelle équipe communale sont fréquents, il est exceptionnel de voir des fonctionnaires de l'Education nationale poursuivis à ce titre.

Mais le jugement suivant illustre bien les risques tant les faits reprochés peuvent facilement se retrouver dans un EPLE en termes d'inobservations des règles de bases de la commande publique.

Le tribunal correctionnel de Montbéliard, dans un jugement du 7 janvier 2016, « commune de Béthoncourt » a condamné l'ancien maire de Béthoncourt (ville de 6 000 habitants) et l'ex-directrice générale des services à une amende de 5000 euros, dont la moitié avec sursis, pour atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité de traitement dans le cadre de la commande publique.

Le juge du tribunal correctionnel relève que la pose d'un portail pour 12 000 € s'inscrivait en réalité dans une opération plus vaste d'une valeur de 65 000 € (« saucissonnage » d'un marché pour éviter l'effet de seuil et donc les contraintes liées aux procédures) ; et qu'aucune « mise en concurrence n'a été effectuée alors que d'autres entreprises auraient pu être

contactée afin de proposer une offre moins couteuse et répondant au besoin de la commune ». Cette pose avait par ailleurs été au final facturée 13 000 € sans qu'un avenant ne vienne modifier le montant du marché. Des travaux de voirie pour 42 000 € n'avaient fait l'objet que d'un bon de commande établi « *postérieurement à la facture, pour pallier la carence d'écrit et permettre le paiement de cette facture* ». Enfin un marché de travaux d'un montant supérieur à 90 000 €, n'avait pas fait l'objet d'un avis de publicité au BOAMP ou dans un JAL.

Les « excuses » de l'absence de service communal dédié aux marchés publics, de la petite taille de la commune, du manque de personnel, de l'absence d'enrichissement ou de la volonté de favoriser une entreprise, de l'absence de contestation des entreprises non retenues, de l'urgence, d'une publicité sur le site internet de la ville... n'ont pas été retenues par le juge sauf pour appliquer une condamnation modérée par rapport à ce que prévoit le code pénal pour le délit de favoritisme.

Le juge précise que le maire (*le chef d'établissement ?*) était responsable de ses services et que la directrice générale (*le gestionnaire?*) ne pouvait, de par ses fonctions, ignorer les règles de la commande publique.

A noter qu'il y a eu aussi un renvoi sur intérêts civils, et qu'en 2017 les deux personnes ont été condamnées en plus, au civil, et solidairement, à verser 6 000 € à la ville, ainsi que 3 000 € au titre des frais de justice.