



# Le risque pénal de la commande publique au regard du nouveau Code des marchés publics

ACTES DE LA JOURNÉE D'ÉTUDE DE L'OBSERVATOIRE DES RISQUES JURIDIQUES DE LA SMACL

18 décembre 2003 - FIAP Jean-Monnet, Paris

# table des matières

**Avant-propos** de Bernard Bellec ..... P. 5  
*président de la SMACL, maire honoraire de la ville de Niort.*

**Les chiffres de l'Observatoire** de Robert Bouju ..... P. 7  
*responsable adjoint du département Gestion  
des sinistres de la SMACL, directeur de l'Observatoire  
des risques juridiques des collectivités territoriales*

<b>1.</b> Première table ronde	
<b>Vices et vertus d'un garde-fou trop flou</b> .....	P. 13
• TOUT EST DIT DANS L'ARTICLE PREMIER .....	P. 14
<b>&gt; LIBRES ÉCHANGES</b> .....	P. 16
<b>À propos du mieux-disant</b> .....	P. 16
<b>À propos des contacts précontractuels</b> .....	P. 17
<b>À propos des avenants et du dialogue compétitif</b> .....	P. 20
<b>À propos des procédures adaptées</b> .....	P. 21
<b>À propos du favoritisme bien " intentionné "</b> .....	P. 21

<b>2.</b> Deuxième table ronde	
<b>Nul n'est censé ignorer la loi ?</b> .....	P. 23
• PRÉVENIR, C'EST D'ABORD INFORMER .....	P. 24
<b>&gt; LIBRES ÉCHANGES</b> .....	P. 27
<b>À propos de la souveraineté du juge pénal</b> .....	P. 27
<b>À propos du rôle préventif des associations d'élus et de fonctionnaires</b> .....	P. 28
<b>À propos du rôle des avocats</b> .....	P. 30
<b>À propos de l'erreur de droit</b> .....	P. 30
<b>À propos de la complexité du Code</b> .....	P. 31

<b>3.</b> Troisième table ronde	
<b>Une énième réforme, et après ?</b> .....	P. 33
• " RIEN DE VRAIMENT NOUVEAU SOUS LE SOLEIL " .....	P. 34
<b>&gt; LIBRES ÉCHANGES</b> .....	P. 36
<b>À propos des personnes responsables des marchés</b> .....	P. 36
<b>À propos des commissions d'appels d'offres</b> .....	P. 37
<b>À propos des conflits " intercodes "</b> .....	P. 38
<b>À propos des procédures internes</b> .....	P. 40
<b>À propos d'Internet</b> .....	P. 41

<b>4.</b> Quatrième table ronde	
<b>Procédures et contrôles internes, protection ou boomerang ?</b> .....	P. 42
• " ORGANISATION DE LA DISCUSSION " .....	P. 43
<b>&gt; LIBRES ÉCHANGES</b> .....	P. 47
<b>À propos des manuels et guides d'application</b> .....	P. 47
<b>À propos des règles de publicité et de la nomenclature</b> .....	P. 48
<b>À propos de quelques expériences</b> .....	P. 49
<b>À propos des " petites commandes "</b> .....	P. 51
<b>À propos du binôme élu/fonctionnaire</b> .....	P. 52
<b>Annexes</b> .....	P. 53
• Quelques textes de référence .....	P. 54
• Infos et conseils en ligne .....	P. 55

# Avant-propos

## de Bernard Bellec

*président de la SMACL*  
*maire honoraire de la ville de Niort*

Une mutuelle comme la SMACL ne peut pas limiter son action à ses seules garanties d'assurance. Cette troisième journée d'étude en est un bon exemple. Nous sommes nécessairement mobilisés par tout ce qui peut contribuer à améliorer la sécurité juridique de nos sociétaires sur le plan de la prévention. C'est l'objet même de l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales, fondé par la SMACL en 1997, avec le concours des principales organisations d'élus locaux et de fonctionnaires territoriaux.

Car si notre métier premier reste évidemment de réparer les préjudices, notre responsabilité mutualiste est de les prévenir, en attirant régulièrement l'attention de nos sociétaires sur les risques qu'ils encourent dans l'exercice de leurs fonctions respectives et, par l'information et le conseil, de les aider à y remédier.

Cela commence nécessairement par une observation des risques dont nous sommes également porteurs auprès des pouvoirs publics. Il est important en effet que les textes qui régissent les collectivités puissent être améliorés à partir des constats dressés sur le terrain.

À la base de ces constats, la SMACL met à la disposition de l'Observatoire le centre de ressources constitué par les déclarations de sinistres faites à la mutuelle : une somme documentaire

régulièrement croisée avec l'expérience, le ressenti et l'analyse de nos partenaires.

Ces travaux ont vocation d'être partagés par les uns et les autres : *La lettre* et *Les cahiers de l'Observatoire* y pourvoient ainsi que notre site Internet, à partir d'exemples très concrets.

Aurions-nous la prétention de croire que cette démarche porte ses fruits ? Force est de constater une très nette baisse des mises en cause d'élus et de fonctionnaires : 1 000 par an à la fin des années 1990, moins de 500 en 2002. Et la tendance se confirme en 2003. J'ose y voir le signe qu'ils sont mieux informés.

Bien entendu, tout triomphalisme est déplacé. Car il reste que, chaque jour en moyenne, un élu ou un fonctionnaire est pénalement mis en cause. Ça n'est pas rien ! De plus, les préventeurs savent combien il peut être dangereux de s'endormir sur ses lauriers.

La vigilance est particulièrement de mise dans le domaine des marchés publics. Une personne mise en cause sur quatre l'est pour une irrégularité dans la passation d'un marché. Il serait hasardeux de considérer que le relèvement des seuils va définitivement régler le contentieux pénal de la commande publique. J'aurais même tendance à penser que c'est l'inverse qui va se produire.

Mon expérience d'élu m'invite à la méfiance devant ces rênes fausement laissées libres sur le col des collectivités. Certes, comme de nombreux maires, pendant 17 ans, j'ai été de ceux qui voulaient exploiter pleinement leurs responsabilités. Mais j'ai aussi appris combien la maîtrise des règles et des procédures s'acquiert dans la pratique et d'autant mieux qu'elles sont imposées par une autorité indiscutable. Attention donc à ce que le relèvement des seuils procéduraux se solde bien par l'autodiscipline souhaitée par le législateur. Encore faudra-t-il que les collectivités aient les moyens de ces règles internes et de l'autocontrôle sans lequel le risque pénal pèsera plus que jamais sur la commande publique. Un décideur territorial averti en vaut décidément deux. Des journées comme celle-ci doivent y contribuer.

## INTERVENANTS

---

- **LUC BRUNET**, juriste à la SMACL, mis à la disposition de l'Observatoire des risques juridiques des collectivités territoriales.
- **JEAN-PIERRE BUEB**, chargé de mission auprès du Service central de la prévention de la corruption (SCPC).
- **ÉRIC DALED**, directeur administratif adjoint, mairie d'Aubervilliers.
- **JEAN-CLAUDE DENOËL**, directeur général de la SMACL.
- **DOMINIQUE DUVOIR**, directrice générale des services de la ville d'Égly, Syndicat national des secrétaires généraux et directeurs généraux des collectivités territoriales.
- **FRÉDÉRIC ÉON**, Association des départements de France.
- **MARC FALIZE**, président de l'Association des acheteurs publics
- **TRISTAN KLETHI** vice-président de l'Association des techniciens territoriaux de France (ATTF).
- **VANESSA LEBON**, service de la commande publique à la ville de Nice
- **ALAIN-SERGE MESCHERIAKOFF**, avocat.
- **GÉRARD PANCRAZI**, responsable de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics.
- **LYDIE PIERRON**, responsable du service des marchés publics, conseil général de la Moselle.
- **CHRISTIAN RIQUELME**, directeur général de l'habitat du Doubs (Habitat 25), Association des administrateurs territoriaux.
- **ÉRIC SCHIETSE**, directeur de l'Association des maires ruraux de France.
- **ROMAIN SCHMITT**, Association des juristes des collectivités territoriales.
- **CHRISTIAN TOURRAIN**, cabinet Protectas.

**S**implifier la commande publique, en faciliter l'accès notamment auprès des PME, garantir le bon usage des deniers publics en termes de probité et d'efficacité, tout en préservant l'acheteur public d'une pression pénale inutile sinon contre-productive : en vigueur depuis le 10 janvier 2004, le nouveau Code des marchés publics va-t-il au bout de ces bonnes intentions ?

Il fait du moins le pari de la responsabilité ! Le spectaculaire relèvement des seuils en est un bon exemple : loin d'ouvrir grand les portes du non-droit, il contraint l'acheteur public à se fixer ses propres règles et à les respecter dès le premier euro.

Faire l'impasse de cette autoréglementation serait sans nul doute le plus court chemin vers le juge pénal !

Facile à dire. Mais, concrètement, comment procéder ? Comment ne pas risquer, en toute bonne foi, de se retrouver en porte-à-faux ? Plus que jamais la triple règle d'or de la prévention s'impose : informer, informer, informer !

C'était le *leitmotiv* de la journée d'étude organisée le 19 décembre 2003 au FIAP Jean-Monnet à Paris, avec la participation de magistrats, de juristes et de praticiens territoriaux, sur la base notamment du contentieux pénal géré par la SMACL, avec l'éclairage complémentaire des partenaires de la mutuelle : quinze groupements d'élus et de fonctionnaires particulièrement motivés par l'analyse du nouveau texte.

Le délit de favoritisme n'est-il pas le premier chef de mise en cause pénale des agents territoriaux ?