

La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition

Gilles Guiheux

Volume 36, numéro 4, 2006

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1027171ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1027171ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Guiheux, G. (2006). La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : entre novation et tradition. *Revue générale de droit*, 36(4), 785–799. <https://doi.org/10.7202/1027171ar>

Résumé de l'article

La passation des contrats des collectivités publiques françaises a toujours été soumise à des règles spécifiques. Produit des traditions politiques et juridiques françaises, le droit des contrats publics déroge au droit commun. L'exemple des marchés publics est topique. Le droit français des marchés publics est actuellement en pleine mutation, particulièrement sous l'influence du droit européen et le souci des pouvoirs publics de mieux contrôler le bon emploi des deniers publics. C'est pourquoi deux grandes réformes ont été engagées ces dernières années. L'une a consisté à reformuler les droits des opérateurs en essayant de supprimer toute forme de discrimination dans le droit de la commande publique. L'autre a cherché à sanctionner de manière plus efficace les dévoiements constatés. La législation pénale et les contrôles administratifs ont été renforcés.

La mise en concurrence et transparence des contrats administratifs français : Entre novation et tradition

GILLES GUIHEUX

Directeur de l'IPAG de l'Université Rennes I, France

RÉSUMÉ

La passation des contrats des collectivités publiques françaises a toujours été soumise à des règles spécifiques. Produit des traditions politiques et juridiques françaises, le droit des contrats publics déroge au droit commun. L'exemple des marchés publics est topique. Le droit français des marchés publics est actuellement en pleine mutation, particulièrement sous l'influence du droit européen et le souci des pouvoirs publics de mieux contrôler le bon emploi des deniers publics. C'est pourquoi deux grandes réformes ont été engagées ces dernières années. L'une a consisté à reformuler les droits des opérateurs en essayant de supprimer toute forme de discrimination dans le droit de la commande publique. L'autre a cherché à

ABSTRACT

Contract-making with French government organisations has always been subject to specific rules. As a product of French political and judicial traditions, French public market law departs from civil law. Public markets are a case in point. French public markets law is undergoing deep changes, particularly as European law grows more influent and public authorities strive to better monitor the use of public monies. Two important reforms were therefore introduced in the recent years. One aimed at reformulating public contract awarders' rights by trying to remove any form of discrimination in the law governing public commissioning. The other was meant to more efficiently punish infringements.

sanctionner de manière plus efficace les dévoiements constatés. La législation pénale et les contrôles administratifs ont été renforcés.

SOMMAIRE

I.	La problématique de l'égalité de traitement des opérateurs.....	788
A.	L'économie du principe	789
1.	Les obligations de l'administration.....	790
2.	Interdiction des discriminations	790
3.	Égale concurrence	791
B.	La fréquence des dérogations.....	791
II.	La variété des procédures de contrôle	793
A.	Des procédures pénales efficaces	793
1.	Le contrôle pénal de l'attribution d'un marché public	794
2.	Le contrôle pénal des personnes privées	795
B.	Des procédures administratives limitées	796

Le procédé contractuel est très utilisé par les administrations publiques françaises. Celles-ci, en tant qu'opérateur économique, sont les principaux investisseurs financiers. Parmi elles, les collectivités territoriales contractent énormément tant pour la réalisation d'équipement que pour assurer les tâches usuelles de fonctionnement. Il en résulte qu'actuellement, une entreprise sur quatre en moyenne travaille plus ou moins régulièrement avec une administration publique. Il s'agit là d'un marché attractif pour les entreprises car les demandeurs de prestations, services, travaux que constituent les administrations, sont toujours solvables, quand bien même les paiements peuvent être parfois tardifs. Il existe donc un véritable secteur de la commande publique, très recherché et prisé par les opérateurs économiques. Domaine

financièrement alléchant, mettant en jeu les deniers publics, il requiert des règles claires, précises, stables et intelligibles pour les entrepreneurs. Tels sont les justifications et les fondements d'un droit des marchés publics.

La liberté contractuelle constitue une base essentielle du libéralisme entendu comme une protection contre l'État. Cette liberté contractuelle s'applique aussi à l'État, sachant qu'elle est définie par ce dernier. Il y a là un premier paradoxe, qui est sous-jacent au droit de la commande publique. L'État est régulateur et gestionnaire à la fois. Le contrat est en constant développement dans l'action administrative car le contrat est un acte de synthèse. Ainsi le contrat de concession permet de faire converger l'entreprise privée et le service public, les contrats entre personnes publiques permettent d'affermir la décentralisation, autant de situations qui permettent de renforcer le rôle de l'État, sans recourir à l'acte unilatéral. L'acte de commande plutôt que l'acte de commandement permet de mieux faire accepter l'interventionnisme public.

D'avantage encore, le droit des contrats administratifs s'appréhende par sa pratique. Et l'enjeu de la transparence et reddition des comptes, pour ce qui concerne l'aspect contractuel, trouve un terrain privilégié dans le droit de la commande publique tant ce cadre juridique a connu d'importantes mutations ces dernières années en France. Et le droit des marchés publics est loin encore d'être fixé clairement car son évolution n'est pas terminée. La croissance de l'investissement public, l'ouverture des frontières, la moralisation de la vie publique ont fortement contribué à refaçonner le processus contractuel de l'administration. En cela, il peut être affirmé qu'il s'agit d'une évolution récente. Mais il ne s'agit pas d'une construction *ex abrupto*. Une histoire ancienne des contrats administratifs permet de mieux cerner les principes et enjeux fondamentaux de la passation des contrats administratifs en France.

Les marchés publics sont des contrats administratifs qui obéissent à un régime propre justifié par l'intérêt général qu'ils visent à satisfaire. Les règles actuelles trouvent leurs origines dans l'époque médiévale. Elles seront développées par la monarchie, étoffées et systématisées à l'époque contemporaine. C'est un arrêt du conseil du roi du 13 février 1605 qui pose la

règle de l'adjudication au moins disant, règle qui sera étendue à toutes les provinces par un édit de 1689. Il faudra attendre le milieu du vingtième siècle pour que cette règle soit concurrencée par la procédure d'appel d'offres et pour que le choix du cocontractant soit davantage déterminé par des critères qualitatifs. Toutes ces règles diverses et éparses accumulées au fil des ans feront l'objet d'un premier code des marchés publics édicté sous forme de décret en 1964. Codification à droit constant, le code des marchés publics connaîtra une première réforme en 2001¹ puis une nouvelle en 2004², en attendant celle promise pour 2006. Si la concurrence, la publicité et la protection des deniers publics constituent les règles essentielles de la passation des marchés publics, l'exigence de transparence s'est trouvée considérablement renforcée ces dernières années en France afin de lutter contre les pratiques de corruption. Mais il faut relever, à l'instar de la majorité de la doctrine française, que la jurisprudence administrative française reste la source principale du régime de l'exécution des marchés publics, hiérarchiquement supérieure au code issu de la voie réglementaire.

Le champ des marchés publics suppose une égalité de traitement entre les candidats (I). Si le principe est depuis longtemps admis, la multiplication des dérogations est source de nombreuses suspicions bien légitimes au regard d'exigences comme la transparence et la mise en concurrence. C'est pourquoi des procédures de contrôles existent (II). Bien qu'elles soient efficaces, elles sont parfois trop circonscrites, montrant ainsi leurs limites, et empêchant un réel contrôle sur le processus contractuel.

I. LA PROBLÉMATIQUE DE L'ÉGALITÉ DE TRAITEMENT DES OPÉRATEURS

Le principe d'égalité irrigue l'ensemble du droit administratif. Le droit des marchés publics l'illustre. Principe général

1. Sur le code de 2001, v. S. BRACONNIER, « Les nouvelles procédures de passation des marchés publics : une épine dorsale entre rationalisation et simplification », *Le moniteur des travaux publics*, 22 juin 2001, cahier spécial p. 11.

2. Le nouveau code des marchés publics, *Actualité Juridique — Droit administratif (AJDA)*, 2004, p. 362.

du droit depuis 1951³, l'égalité et son corollaire, la libre et égale concurrence entre les entreprises privées, commande l'ensemble du régime d'attribution des contrats publics. Rappelons un extrait des conclusions célèbres du commissaire du gouvernement Romieu :

le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales, même si elles sont édictées dans l'intérêt de l'administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents ⁴.

Substance de l'adjudication selon les mots mêmes du Conseil d'État, l'égalité de traitement comporte plusieurs éléments qui éclairent l'économie de ce principe (A), sachant que les dérogations sont possibles (B).

A. L'ÉCONOMIE DU PRINCIPE

Dans leur traité de droit des contrats administratifs, André de Laubadère, suivis par Pierre Delvolvé et Franck Moderne affirment que tout contrat public ne peut « créer de discriminations de fait susceptibles soit d'avantager certains concurrents, soit de les handicaper »⁵. Cet énoncé constitue une exigence constitutionnelle depuis 2001 selon la décision du Conseil constitutionnel rendue à propos de la loi MURCEF, suivant en cela la Cour de Luxembourg qui, quelques semaines plus tôt, affirmait que « le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires constitue la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics »⁶.

L'égalité de traitement signifie des obligations pour l'administration, une interdiction des discriminations et une situation de concurrence égale pour les sousmissionnaires.

3. CE, Sect., 9 mars 1951, Soc. des concerts du conservatoire, in *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2005.

4. Concl. Sur CE, 30 mars 1906, Ballande, rec. p. 281.

5. *Traité des contrats administratifs*, Dalloz, 1983, p. 1.

6. CJCE, 18 octobre 2001, aff C-19/00 SIAC, construction, I, rec. p. 7725.

1. Les obligations de l'administration

Elle doit tout mettre en œuvre pour qu'une concurrence égale s'exerce dans des conditions satisfaisantes. La communication des informations par l'administration en constitue l'élément clé. Ainsi en va-t-il d'une commune qui souhaite voir repris une prestation de transport public. Celle-ci refusant à un candidat les informations sur le kilométrage du réseau, sur la masse salariale à reprendre mais l'autorisant pour d'autres candidats, méconnaît le principe d'égalité de traitement⁷.

2. Interdiction des discriminations

L'égale concurrence commande un traitement sur un strict pied d'égalité selon les termes mêmes des juges communautaires et administratifs français. Les règles du jeu doivent être connues de tous et ne peuvent faire l'objet d'une modification.

Il arrive fréquemment, comme en atteste le contentieux, que des commissions d'appel d'offres, après ouverture des plis, modifient des critères pour pouvoir sélectionner quelques offres. La transparence et l'objectivité de la procédure d'adjudication sont des éléments fondamentaux, affirment de concert les juges de Luxembourg et du Palais royal⁸.

Une personne publique ne saurait légalement attribuer un contrat à un candidat qui a, par son offre, modifié les conditions d'appel à la concurrence⁹. Ce constat jurisprudentiel a été transposé à d'autres contrats publics que les marchés publics. Ainsi en va-t-il des délégations de service public (affaire des abribus de Rennes et des Vélos Decaux-Adshel).

7. CE, 13 mars 1998, SA Transports Galiero.

8. CJCE, 4 décembre 2003, aff. C 448/01 EVN AG, in *Contrats et marchés publics* 2004, n° 28, p. 11 et CE, 9 décembre 1994, Préfet des Vosges c/ Commune de Chatel sur Moselle, rec. p. 546.

9. CE, 4 avril 1997, Commune de l'Île d'Yeu, rec. Tab. P. 929.

3. Égale concurrence

La jurisprudence, avec vigueur, censure les inégalités de concurrence engendrées par l'administration elle-même, soit qu'elles favorisent, soit qu'elles handicapent un candidat.

Cela signifie aussi que la personne publique peut candidater. C'est le cas fréquent des établissements publics administratifs. Mais dans ce cas, elle ne doit pas être placée dans une situation avantageuse. En participant au marché des marchés publics, la personne publique doit respecter l'égale concurrence avec les concurrents privés. Aucun texte ni aucun principe n'interdit à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public mais deux conditions ont été posées par le Conseil d'État. En premier lieu, la personne publique ne doit pas se trouver dans une situation plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées, notamment au regard de son régime fiscal, de ses personnels. En second lieu, la personne publique doit proposer un prix tenant compte de l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat.

L'égale concurrence est un principe jurisprudentiel de maniement difficile, qui implique une approche microéconomique des conditions de mise en concurrence. Cela implique pour le juge une bonne connaissance de la comptabilité analytique. Mais, en cas de doute, il peut solliciter une expertise ou saisir le conseil de concurrence.

Une question demeure. Cette égalité est-elle réelle ou bien uniquement formelle? Une réponse globale est à ce stade impossible tant les dérogations ou exceptions sont fréquentes.

B. LA FRÉQUENCE DES DÉROGATIONS

Des traitements privilégiés, dérogations légales à l'égalité de traitement, ont été aménagés par le législateur par différentes réformes dont la dernière, la *Loi du 11 février 2005*. Il en ressort que l'article 54 du Code des marchés publics organise une préférence au bénéfice de quelques catégories de personnes pour les procédures formalisées de mise en concurrence, c'est-à-dire au delà de 150 000 € HT de commande

publique de l'État ou de plus de 230 000 € HT de commande publique pour les collectivités locales.

Cette préférence, assez étonnante, créée, à égalité de prix ou à équivalence d'offre, un favoritisme légal pour une société coopérative ouvrière de production, pour un groupement de producteurs agricoles, pour un artisan, une société coopérative d'artistes ou pour un atelier protégé. Certes, cette préférence légale doit être mentionnée à tous les soumissionnaires. Et ce régime dérogatoire préférentiel trouve à s'appliquer aux marchés portant, tout ou partie, sur des travaux à caractère artistique. Cette discrimination a donné l'occasion au conseil constitutionnel de se prononcer sur ce point.

Les sages de la rue Montpensier ont considéré que « le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou équivalence d'offre en faveur de certaines catégories de candidats ». Mais il fixe une limite. Le législateur « ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général poursuivis ». L'appréciation du conseil est d'application stricte comme en témoigne la censure pratiquée en 2001 à propos du droit de préférence accordée à l'économie sociale. Il s'agissait des marchés publics faisant l'objet d'un allotissement, formulation très générale, qui dans ce cas devaient donner lieu à une préférence aux structures associatives ou coopératives visant à « promouvoir l'esprit d'entreprise indépendante et collective ». La position du conseil est sur ce point très nette : « ces dispositions, tant par leur ampleur que leur imprécision, portent au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale; que par suite, il y a lieu de déclarer cet article contraire à la Constitution »¹⁰. Et une première solution d'application a été donnée par la cour administrative de Bordeaux¹¹.

10. Cons. Const., 6 décembre 2001, n° 2001-452 DC.

11. CAA Bordeaux, 4 mars 2003, Département des deux Sèvres, AJDA, 2003, p. 895.

Il en résulte que le code des marchés publics repose sur un principe de neutralité. La répartition équilibrée des commandes publiques entre les entreprises, petites, moyennes ou grandes, n'est pas au nombre des objectifs assignés au code. L'égalité de traitement consiste uniquement à traiter tous les candidats de la même manière et non à compenser les inégalités entre eux. L'égalité est en soi un principe de transparence et de non-discrimination. C'est ce qui explique la nécessité des contrôles quant à l'attribution et l'exécution des marchés publics.

II. LA VARIÉTÉ DES PROCÉDURES DE CONTRÔLE

Les dernières décennies ont tenté une moralisation des marchés publics, pour reprendre une expression proposée par des magistrats pénalistes. Le nouveau code pénal français entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 contient de nombreuses dispositions relatives à la vie contractuelle des collectivités publiques, particulièrement à propos des marchés publics. L'évolution du droit a montré l'efficacité de la procédure pénale en cas de manquement à la transparence dans les marchés (A). Mais, celle-ci ne peut suffire sauf à admettre comme un standard la pénalisation de la vie administrative. C'est pourquoi existent des procédures administratives, certes utiles, mais dont il sera permis de démontrer leur caractère assez limité et donc insuffisant pour assurer une entière transparence de la vie publique (B).

A. DES PROCÉDURES PÉNALES EFFICACES

La peine d'exclusion des marchés publics est la plus redoutée des personnes privées participant à la commande publique. Le nouveau code pénal, par l'introduction de la responsabilité des personnes morales, à l'exclusion de l'État¹², a créé une sanction dissuasive pour les entreprises vivant essentiellement de la commande publique. Sont donc réprimés les comportements liés directement à la pratique

12. Art. 121-2 du Code pénal.

des trafics d'influence, de corruption active et passive, d'intimidation de la personne publique, de la prise illégale d'intérêt ou de favoritisme.

Deux stades procéduraux sont ici à distinguer. Le premier s'intéressera à l'attribution d'un marché (1°), le second présentera les délits pouvant être commis par une personne privée (2°).

1. Le contrôle pénal de l'attribution d'un marché public

Le délit de favoritisme est le plus important. Dénommé précisément délit d'octroi d'avantage injustifié, il a été institué par le législateur en 1991 dans la *Loi du 3 janvier relative à la transparence et la régularité de la procédure de passation des marchés publics*. Le délit est constitué par la violation d'une disposition du code des marchés publics garantissant le libre accès aux marchés et l'égalité des candidats. Sont concernées toutes les mesures concernant la préparation, la passation et l'exécution des marchés, conduisant au choix d'un entrepreneur ou fournisseur. Le juge pénal considère que cette définition ne s'applique pas seulement qu'aux personnes à qui s'impose le respect du code des marchés mais aussi aux associations transparentes, moyen fréquent de contournement du code des marchés.

La malhonnêteté n'est pas toujours avérée. L'abandon à la facilité, où la rigueur et la compétence administrative sont absentes, suffit pour caractériser l'élément intentionnel de l'infraction, alors que l'avantage injustifié a été commis davantage par faiblesse que par malhonnêteté. L'étude de la jurisprudence pénale montre que dans la plupart des cas, l'intention est niée et les personnes mises en cause se retranchent derrière l'ignorance des règles applicables, invoquant l'application de l'article 122-3 du code pénal relatif à l'erreur de droit. C'est pourquoi il a été jugé qu'un maire, par exemple, ne peut invoquer l'erreur de droit à propos de dispositions légales et réglementaires dépourvues d'ambiguïtés, qu'il s'agisse des règles concernant la composition de la commission d'appel d'offres ou des règles relatives à la transparence des procédures et à la définition de critères objectifs.

Précisons enfin que le délit de favoritisme est prescrit au bout de trois ans après la décision d'attribution du marché.

2. Le contrôle pénal des personnes privées

Les principales infractions pouvant être commises lors de l'attribution d'un contrat par une personne dépositaire de l'autorité publique, ou bien chargée d'une mission de service public ou d'une personne investie d'un mandat électif public sont les suivantes : le recel de délit de favoritisme, la corruption active, le trafic d'influence, le faux et l'usage de faux, l'abus de biens sociaux. Dans le cas d'une de ces infractions, le juge administratif peut annuler le contrat — s'il est saisi bien sûr—, suite à la condamnation pénale¹³. Revenons successivement sur ces principaux délits

1 — Le recel d'octroi d'avantage injustifié tout d'abord. Il est réel lorsque, par exemple, une société candidate à un marché bénéficie d'informations privilégiées, de l'insertion de clauses techniques sur mesure, d'un marché négocié en dehors des cas prévus par le code des marchés publics, particulièrement en cas de « saucissonnage » du marché ou à la suite d'un appel d'offres abusivement déclaré infructueux. C'est aussi le cas de la signature d'un avenant dont les caractéristiques auraient nécessité qu'il donne lieu à un nouveau marché mis en concurrence.

2 — La corruption active. Il s'agit des classiques « pots de vin », cas d'un candidat au marché proposant des avantages à l'autorité adjudicatrice afin qu'elle accorde le marché. Il n'est pas nécessaire que le corrompu soit l'autorité de décision pour cristalliser la corruption active. L'agent participant à la préparation de la décision, tel le fonctionnaire d'un service technique ou bien l'élus municipal rapporteur de la décision bénéficiant d'avantages, permettent au juge de déceler une corruption active. L'achat du vote d'un élu est l'exemple classique mais de preuve difficile. Le recours à des intermédiaires n'atténue pas le délit de corruption active. Citons quelques cas d'avantages accordés au corrompu : le versement d'une somme d'argent, un don en nature, une faculté de s'approvisionner à très bas prix,

13. CE, 1^{er} octobre 1997, Avrillier, AJDA, 1997, p. 815.

la réalisation de travaux gratuits ou à très bas prix, un financement politique, une renonciation écrite à figurer sur une liste électorale adverse, la mise à disposition d'un logement à titre gratuit, la prise en charge de frais de transport ou de voyage (affaire *Carignon* jugée en 1996).

3 — Le trafic d'influence. Il s'agira essentiellement, en matière de marché public, des cas où des dirigeants ou personnels d'entreprise sollicitent des fonctionnaires ou agents publics pour qu'ils usent et abusent de leur influence sur leurs collègues fonctionnaires. Il est assez difficile à prouver.

4 — Les faux en écriture. Altération frauduleuse de la vérité dans un support d'expression de la pensée, le faux en écriture est le plus souvent l'élément annexe de la corruption ou du trafic d'influence et permet la sanction sous ce chef d'inculpation. Il s'agira dans les contrats publics le plus souvent de stipulations contractuelles portant sur des prestations fictives comme des prestations d'études, de communication. Il s'agit ici de tous les contrats publics fictifs tant dans leur existence que pour ce qui concerne leur exécution. Si le faux en écriture est aisément démontrable, le trafic d'influence ou la corruption sont rarement établis bien que supposés (telle l'affaire des emplois fictifs de la mairie de Paris, par exemple).

5 — Les abus de biens sociaux. Cette incrimination concerne les sociétés anonymes. Il s'agira de l'usage à des fins personnelles de biens de la société, le plus souvent. Ce peut être aussi le cas de l'usage de biens de la société pour favoriser telle autre personne pour l'obtention d'un contrat public. Depuis 1992, la Cour de cassation considère que la corruption ou le trafic d'influence en vue d'obtenir un marché public tombent automatiquement sous le coup de l'abus de biens sociaux. Quant à la prescription, elle est de trois ans à compter du moment où sa commission a pu être constatée.

B. DES PROCÉDURES ADMINISTRATIVES LIMITÉES

Si la procédure administrative est utile, il faut mentionner d'emblée qu'elle interviendra le plus souvent *a posteriori*. Trois points seront ici évoqués. L'action du contribuable local qui a grandement favorisé la transparence de la vie

publique locale en France, le référé précontractuel et le contrôle de légalité.

1 — Le contribuable local d'une commune peut agir au nom et pour le compte de celle-ci. Cette procédure est ancienne puisque instituée par la *Loi communale du 18 juillet 1837*. Longtemps méconnue, elle connaît un réel regain et succès actuellement et, à suivre le commissaire du gouvernement Kessler dans une affaire Ville de Nice¹⁴, elle s'est développée suite à la « dégradation du climat politique, la suspicion qui entoure parfois les élus locaux et les accusations de corruption qui à tort ou à raison, remplissent les pages des journaux ». Il a fallu attendre une *Loi du 30 juin 2000* pour voir l'action du contribuable local étendue aux départements et aux régions, l'intercommunalité y étant assujettie depuis la *Loi du 12 juillet 1999*. Cette action n'est rendue possible qu'à deux conditions. Tout d'abord, il faut que la collectivité locale ait été sollicitée pour agir et d'autre part, il faut que la collectivité ait refusé d'agir alors qu'elle dispose de réelles chances de succès. C'est alors que le juge administratif, se fondant sur des faits bien établis, sans préjuger le fond du droit, accorde une autorisation de plaider par décision juridictionnelle, la saisine pénale est alors envisageable.

2 — Le référé précontractuel est l'innovation majeure apportée en droit des contrats par la *Loi anti-corruption du 29 janvier 1993*, modifiée sur ce point par la *Loi du 30 juin 2000* qui a entièrement refondue les référés administratifs. Selon l'article L 551-1 du Code de la justice administrative, le juge administratif peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics. Les personnes pouvant agir sont le représentant de l'État, celles ayant un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement. Il s'agit bien d'une procédure limitée tout d'abord quant aux saisissants potentiels, ensuite, il s'agit d'une intervention avant la conclusion du contrat. Cette procédure hâte-t-elle la conclusion? Sans pratiquer la vie des affaires, la réponse est aisée. Telle est bien la limite de cette procédure.

14. CE, Sect. 22 juillet 1992, Ville de Nice.

3 — À la procédure administrative contentieuse, ajoutons un dernier point — sera-ce le plus succulent? — relatif à la procédure administrative non contentieuse, plus précisément, le contrôle de légalité. Sont ici concernés les contrats des collectivités locales. Les marchés qu'elles concluent sont transmis au titre du contrôle de légalité, au représentant de l'État. Celui-ci était alors doublement informé. Par la transmission et en amont, par la présence d'un agent de l'État à la commission d'appel d'offres. S'il est vrai que les services de l'État étaient surchargés, la réforme engagée depuis 2001 limite considérablement le contrôle de l'État sur les marchés publics, changement qui est loin de renforcer la transparence de la vie publique des affaires. Ou bien alors, de quelles affaires serait-on tenté de dire. Que s'est-il passé? L'évolution s'est faite en deux temps.

La Loi MURCEF du 11 décembre 2001, si elle maintient le contrôle de légalité sur les marchés publics, dispense de transmission au représentant de l'État les marchés sans formalité. Ce sont des marchés de gré à gré dont le montant hors taxe est inférieur à 90 000 € (45 000 € avant 2001, soit 300 000 Frs). Sont également dispensés de transmission les marchés publics conclus selon la procédure adaptée, soit une publicité mais exigeant une commission d'appel d'offres. Il s'agit des marchés publics de l'État de moins de 150 000 € pour l'État et de moins de 230 000 € pour les collectivités locales.

Second temps, le nouveau code des marchés publics ne rend plus obligatoire d'inviter le représentant de l'État (Direction de la concurrence et répression des fraudes) aux commissions d'appel d'offres. Il s'agit des articles 22 IV et 22 V du Code des marchés publics. Sans transmission, sans présence à la commission, il est permis de se demander comment pourra s'exercer le contrôle de légalité, sauf à l'État de demander la transmission de certains marchés. On ne saurait mieux favoriser les ententes pourtant drastiquement prohibées par le droit communautaire. Ainsi donc échappent en réalité au contrôle de légalité les marchés inférieurs à 150 000 € pour l'État et 230 000 € pour les collectivités locales. Cette limitation est difficilement explicable. L'autorité adjudicatrice sort considérablement renforcée. Le contrôle est quant à lui affaibli. Si on admet qu'il ne peut y avoir

transparence sans contrôle, la déception de l'honnête homme est bien légitime. Il pourra trouver consolation auprès du juge financier. Mais celui-ci interviendra non pas à titre juridictionnel mais en tant qu'autorité administrative indépendante lorsqu'il effectuera son contrôle de gestion, soit un rapport d'observation, acte ne faisant pas grief. Le magistrat des comptes pourra dénoncer les irrégularités mais les délais de prescriptions seront écoulés.

*

* *

Alors, pour finir, et bien que cela soit très risqué, essayons de suivre la belle plume de Jean Rivero, et invitons pour qui s'en souvient, un nouveau huron au palais royal, au palais Bourbon et rue Cambon. À n'en pas douter, son étonnement resterait le même et il nous interrogerait sur une législation compliquée et de peu d'utilité, ne favorisant qu'insuffisamment une vie contractuelle honnêtement financée par les deniers publics. Cette grande page de doctrine sur le voyage d'un huron au palais royal, que rédigea à Ottawa Jean Rivero, sur les bords de la rivière des Outaouais durant l'été 1962, a franchi le mur du siècle sans difficulté. Citons-le pour conclure : « qu'est-ce donc qu'une législation qui laisse demeurer le plus implacable arbitraire sans que nul ne puisse l'entraver? »¹⁵.

Gilles Guiheux
Faculté de droit et de science politique
Université de Rennes
9, rue Jean Macé, CS 54203
35042 Rennes Cedex FRANCE
Tél. : 02 23 23 78 93
Téléc. : 02 23 23 78 92
gilles.guiheux@univ-rennes1.fr

15. Dalloz, 1962, chr., p. 37.