

L'ENTREPRISE PUBLIQUE ET LA RÉGLEMENTATION

DES MARCHÉS PUBLICS : UNE HISTOIRE CHAOTIQUE

Yakout AKROUNE

Chargée de cours, Faculté de Droit, Université d'Alger 1

S'il est un domaine où la turbulence juridique s'est exprimée avec force, au cours de ces dernières années, c'est bien celui des marchés publics.

Le droit de la commande publique a subi, en effet, une intervention massive et itérative du pouvoir réglementaire qui paraît être saisi d'une frénésie fortement fébrile¹, au point d'installer cette discipline dans une sorte de tempête ayant, parfois, abouti à la paralysie de l'activité de certains de ses assujettis, à l'exemple de l'entreprise publique.

Les multiples versions qu'a connues le dernier dispositif, représenté présentement par le décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010², portant réglementation des marchés publics, en sont la preuve patente.

1 - Qu'on en juge par la kyrielle de textes dont il a fait l'objet, depuis seulement le début des années 80 :

- Décret n°82-145 du 10 avril 1982 portant réglementation de l'opérateur public, modifié et complété en 1984, 1986, 1988, 1991, soit 4 modifications ;

- Décret exécutif n°91-434 du 9 novembre 1991 portant réglementation des marchés publics, modifié et complété en 1996 et 1998, soit 2 modifications ;

- Décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002, modifié et complété par les décrets présidentiels n°03-301 du 11-09-2003 et n°08-338 du 26-10-2008, soit 2 modifications ;

- Décret présidentiel n°10-236 du 7 octobre 2010, modifié et complété par les décrets présidentiels n°11-98 du 1-3-2011, n°11-222 du 16-6-2011, n°12-23 du 18-1-2012 et n°13-03 du 13-1-2013, soit 4 modifications, en l'espace de 30 mois..

2 - Il a subi 4 modifications en l'espace de deux années. Celle intervenue en 2012 a concerné 63 articles sur 180 soit plus de 35% du texte. Il s'agissait, essentiellement d'un exercice de reformulation du dispositif.

En effet et à titre de simple illustration, son article deux, qui en délimite le champ d'application par l'identification des entités dont il régit les contrats, a subi plusieurs amendements, portant notamment mais non exclusivement, sur la soumission des entreprises publiques à la procédure qu'il institue³.

L'entreprise publique économique (l'EPE) a bénéficié, sur ce plan, d'un traitement assez singulier, caractérisé par une instabilité particulière qui trahit la vision étriquée qu'ont les initiateurs des différentes moutures de cette réglementation : Ils avancent à reculons, à la recherche d'un équilibre dont ils n'arrivent pas encore à dessiner les contours.

La relation de l'EPE à la réglementation des marchés publics (la RMP) apparaît, de ce fait, chargée d'ambiguïté, d'hésitation mais surtout de suspicion à l'égard de ses gestionnaires dont on veut anticiper les comportements indéliçats.

Il est, en effet, largement admis que les marchés publics représenteraient un domaine où le risque de corruption⁴ et de trafic d'influence restent potentiels.

Il y aurait, par voie de conséquence, une nécessité fondamentale à encadrer leurs modalités de passation et à contrôler leur exécution de manière rigoureuse. Il s'agit, dans ce cadre, de rationaliser et d'optimiser l'utilisation des deniers publics, patrimoine de la Nation, conformément à la règle des trois "E", "**Effacité, Efficience et Economie**", à travers le respect de trois principes fondamentaux, inscrits au fronton de la RMP⁵ :

- **Libre et égal accès** de tous à la commande publique, par l'organisation d'une large publicité des appels à concurrence ;
- **préservation de la concurrence** par la mise en place de procédures de passation transparentes ;
- **sélection égalitaire** des candidats.

Cette idée est, d'ailleurs, fortement exprimée dans la loi n° 06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée, relative à la prévention et à la lutte

3 - Aussi bien les établissements publics à caractère industriel et commercial (les EPIC) que les entreprises publiques économiques (EPE).

4 - Les médias se font souvent l'écho de grands scandales de corruption, dans la réalisation de projets financés sur budget de l'Etat.

5 - L'article 9 de la loi n° 06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée, relative à la prévention et à la lutte contre la corruption rappelle ces trois règles et précise les modalités de leur mise en œuvre.

contre la corruption⁶, promulguée à la suite de la ratification⁷, par l'Algérie, de la convention des Nations Unies portant sur le même objet. La RMP vient l'accompagner et la renforcer pour faire face à un fléau qui gangrène et menace la démocratie⁸.

Les dirigeants de l'EPE y sont considérés comme des agents publics⁹ et, à ce titre, tombent sous l'empire des sanctions qu'elles instituent¹⁰, en cas de commission de faits qualifiés d'actes de corruption.

Mais cette vision emprunte de méfiance est relativement récente¹¹, au regard de l'histoire de l'EPE dont la date de naissance juridique remonte à 1988¹², alors que son intégration dans le champ d'application de la RMP n'est intervenue que 20 ans plus tard, soit en 2008¹³.

Depuis l'EPE est entrée dans l'œil du cyclone juridique et sa relation avec la RMP a évolué selon le mode de la valse-hésitation, à trois temps ; elle est passée, en effet, par trois étapes importantes : celle de son exclusion totale du champ d'application de la RMP (I), puis celle de son inclusion partielle, d'abord, et totale ensuite (II), pour enfin en ressortir de nouveau.

6 - Les articles 9 ("de la passation des marchés publics") et 27 ("de la corruption dans les marchés publics") sont totalement dédiés à cette question.

7 - La ratification, avec réserve, est intervenue par l'entremise du décret présidentiel n°04-128 du 19-04-2004.

La convention figure, par ailleurs, parmi les visas de la loi, juste après la Constitution.

8 - Le Président de la République a rappelé, sur un ton très ferme, les moyens de lutte contre la corruption à travers sa directive n°3 du 13-12-2009, relative à la redynamisation de la lutte contre la corruption.

9 - Article 2-b-2 de la loi n° 06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée, relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.

10 - L'article 27 ("de la corruption dans les marchés publics") qualifie de crime, puni d'une peine de 10 à 20 ans d'emprisonnement, toute perception ou tentative de perception d'une rémunération ou un avantage de quelque nature que ce soit, à l'occasion de la préparation, de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution d'un marché, contrat ou avenant conclu au nom des EPE.

11 - L'EPE n'a été soumise à la RMP, qu'en 2008, soit deux années après la promulgation de la loi n° 06-01 du 20 février 2006, modifiée et complétée, relative à la prévention et à la lutte contre la corruption.

12 - Le concept d'EPE est apparu dans la loi n°88-01 du 12-01-1988 portant loi d'orientation des entreprises publiques économiques.

13 - Par le décret présidentiel n°08-338 du 26-10-2008.

I - EXCLUSION DE L'EPE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS

Lorsque l'entreprise socialiste¹⁴ a été transformée, en 1988, en entreprise publique économique, le législateur a pris le soin de définir son régime juridique et le droit applicable à son fonctionnement.

Elle épouse la forme de sociétés commerciales¹⁵, régies par le droit commun c'est-à-dire les codes civil et commercial.

Et en tant que personne morale¹⁶ jouissant de l'autonomie juridique totale, elle est, du point du droit, totalement indépendante de ses fondateurs qui n'en sont que les associés, les actionnaires, simples créanciers du capital social¹⁷ dont ils font apport à la création de la société.

Elle dispose, à ce titre, d'un patrimoine indépendant de celui de son ou de ses associés-actionnaires¹⁸.

Par voie de conséquence, l'Etat-actionnaire n'est détenteur que **du capital social**, formé de parts sociales, d'actions, de certificats d'investissement, de titres participatifs ou toute autre valeur mobilière¹⁹, émise par lui : Seul le capital social représente, donc, **des fonds publics** relevant du domaine privé de l'Etat²⁰. L'actionnaire n'est pas propriétaire des biens, quelque soit, par ailleurs, leur nature, acquis par l'entreprise sur **fonds propres** et faisant partie de son patrimoine propre.

14 - Elle était régie par l'ordonnance n°71-74 du 16-11-1971 relative à la gestion socialiste de l'entreprise qui en faisait l'instrument de construction du socialisme et de réalisation de la justice sociale.

15 - SPA ou SARL.

16 - Article 3-3 de la loi n°88-01 du 12-01-1988 portant loi d'orientation des entreprises publiques économiques.

17 - Selon l'article 4 de l'ordonnance n°01-04 du 20-08-2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques : "**le capital** l'entreprise publique économique constitue **le gage permanent et irréductible des créanciers sociaux**".

18 - Articles 8 et 20 de la loi n°88-01 du 12-01-1988 et article 4 de l'ordonnance n°01-04 du 20-08-2001.

19 - Ainsi, selon les articles :

- 6 de la loi n°88-01 du 12-01-1988 : "Les entreprises publiques économiques dispose d'un capital social, souscrit et libéré (...) soit par l'Etat..."

- et 3 de l'ordonnance n°01-04 du 20-08-2001 : " En **représentation de son capital social**, l'Etat, ou toute collectivité locale, détient (...) sur l'entreprise publique économique, **des fonds publics constitués sous forme de parts sociales, actions, certificats d'investissement, titres participatifs ou toutes autres valeurs mobilières.**

20 - L'article 18 de la loi n° 90-30 du 1-12-1990, portant loi domaniale, qui délimite la composante du domaine privé de l'Etat, mentionne les parts sociales, les actions, certificats d'investissement, titres participatifs ou toute autre valeur mobilière émise par l'Etat.

C'est sur ce fondement et cette distinction, que l'ordonnance n°01-04 du 20-08-2001 relative à l'organisation, la gestion et la privatisation des entreprises publiques économiques, modifiée et complétée, soumet le patrimoine propre de l'EPE au droit commun²¹ à l'exclusion du capital social²².

Les fonds propres de l'EPE représentent, donc, **des fonds privés** car ils sont **générés par l'activité commerciale** de l'entreprise et appartiennent **à une personne morale de droit privé**²³, même si l'actionnaire est une personne morale de droit public.

Ils ne doivent pas être assimilés à **des fonds publics** dont le régime juridique est spécifique et relève de la réglementation applicable à la dépense publique.

Ils doivent, conséquemment, être distingués des contributions de l'Etat, sous forme de concours budgétaires, temporaires ou définitifs.

C'est cette conception qui a été consacrée, de manière tout à fait opportune et légale, jusqu'en 2008. En effet, le financement des commandes de l'EPE et la satisfaction de ses besoins échappaient, jusque là, au formalisme lourd et contraignant de la procédure instituée par la RMP.

Les différents dispositifs en vigueur l'en excluaient de manière expresse ou tacite.

1-1- 1988- : Exclusion expresse et totale de l'EPE, du champ d'application du code des marchés publics

La loi n°88-01 ne souffrait, à ce propos, d'aucune ambiguïté car son article 59 disposait clairement et péremptoirement que "les entreprises publiques économiques et les établissements publics à caractère industriel et commercial, **régis par les règles de droit commercial, ne sont pas assujettis aux dispositions de l'ordonnance n°67-90 du 17 juin 1967 portant code des marchés publics**".

21 - Son article 4 dispose : " Le patrimoine de l'entreprise publique économique est cessible et aliénable conformément **aux règles du droit commun** et aux dispositions de la présente ordonnance".

22 - Selon l'article 3/3 de l'ordonnance n°01-04 du 20-08-2001 : " En représentation de son capital social, l'Etat, ou toute collectivité locale, détient directement ou indirectement sur l'entreprise publique économique, **des fonds publics constitués sous forme de parts sociales, actions, certificats d'investissement, titres participatifs ou toutes autres valeurs mobilières.**

Les fonds publics, visés ci-dessus, sont régis par les dispositions de la loi n° 90-30 du 1er décembre 1990 portant loi domaniale, et notamment celles relatives à la gestion du domaine privé de l'Etat".

23 - La société commerciale relève de cette catégorie juridique.

Cette solution était en parfaite cohérence avec la philosophie qui anime la finalité de toute entreprise dont la rentabilité et la compétitivité dans un environnement concurrentiel, se nourrissent de souplesse et de célérité.

Mais souplesse n'étant pas licence, le code de commerce a prévu des mécanismes de contrôle du fonctionnement de l'entreprise et a institué des sanctions à l'encontre de ses dirigeants indécis. La dilapidation des deniers de l'entreprise et sa mauvaise gestion sont constitutives de faute pénale ou de faute civile qui engage la responsabilité pénale et/ou civile des gestionnaires coupables.

1-2-1991-2002 : Exclusion tacite et totale de l'EPE, du champ d'application de la réglementation des marchés publics

Le décret exécutif n°91-434 du 9 novembre 1991 ainsi que le décret présidentiel n°02-250 du 24 juillet 2002, portant RMP, qui l'abroge, ne la mentionnent pas. En effet, l'EPE ne figure pas dans leur article 2 qui détermine les personnes dont les dépenses relèvent de la procédure de passation et de contrôle qu'ils mettent en place.

Les dépassements des dirigeants demeurent soumis au droit commun, notamment à la législation pénale qui réprime toute atteinte aux biens et au crédit de l'entreprise. L'abus de biens sociaux représente une infraction que le code de commerce sanctionne sévèrement.

II - INCLUSION DE L'EPE DANS LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION DES MARCHÉS PUBLICS

L'application de la RMP aux marchés de l'EPE a débuté en 2008, comme rappelé ci-dessus, mais cette extension a été graduelle, pour ne concerner, au départ, que les commandes financées sur deniers publics, pour être, ensuite, étendue, à l'ensemble de ses transactions, sans considération de la source de financement.

2-1-2008 : Inclusion expresse mais partielle de l'EPE dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics :

L'article 2 du décret présidentiel n°08-338 du 26 octobre 2008, modifiant et complétant le décret exécutif n°02-250 du 24 juillet 2002 portant RMP, intègre dans son champ d'application les contrats des entreprises publiques économiques, financés **totalemment ou partiellement sur le budget de l'Etat**, alors même qu'ils sont difficilement qualifiables de contrats administratifs.

Ce n'est pas le statut juridique du service contractant qui est, ici, pris en considération mais la nature des deniers mobilisés pour acquitter le prix des biens et/ou services achetés.

Cet élargissement de l'empire de la RMP a été accueilli avec beaucoup de réserves et de craintes par les dirigeants des EPE qui y découvrent un nouvel écueil qui impactera fatalement leur compétitivité.

Leurs incompréhension et désarroi monteront d'un cran, deux années plus tard lorsque la totalité de leurs contrats atteignant les seuils réglementaires²⁴, seront soumis aux dispositions du nouveau décret présidentiel n°10-236 promulgué le 7 octobre 2010.

2-2-2010 : Inclusion expresse et totale de l'EPE dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics :

L'article 2 du décret présidentiel n°10-236 portant RMP, semble soumettre tous les marchés de l'EPE à la procédure de passation des marchés publics, quelle que soit la source de leur financement : sur fonds publics ou sur fonds propres.

L'alinéa 2 de cette disposition impose, en effet, à L'EPE l'obligation **d'adopter** la procédure mise en place par la nouvelle réglementation et de la faire valider par ses organes sociaux lorsqu'elle finance la réalisation d'une opération, autrement que sur concours temporaire ou définitif de l'Etat. Néanmoins, le contrôle externe de ces marchés échappe au dispositif dudit décret présidentiel puisque sa mise en place est renvoyée au CPE.

La rédaction ambiguë de ce paragraphe a induit une confusion totale sur la place et suscité la panique et le désarroi des gestionnaires des EPE et des EPIC.

Devant l'affolement de ces derniers et les incompréhensions engendrées par la formulation de cette disposition, l'application du décret présidentiel n°10-236 a été différée au 31 mars 2011²⁵, afin de permettre la mise en place du dispositif de contrôle externe des marchés.

Une année plus tard, soit le 18 janvier 2012, le pouvoir réglementaire revient à la raison et à la charge en amendement, de nouveau, le décret présidentiel n°10-236, introduisant, à cette occasion, une nuance dans la formulation du fameux article 2, objet de tant d'interrogations.

24 - 4 Millions de dinars pour les contrats de services et d'études, 8 Millions de dinars pour les contrats de fournitures et de travaux.

25 - Le gel de son application a fait l'objet d'une note (n°983) du Premier Ministre, datée du 30 novembre 2010.

2-3-2012 : soumission expresse mais catégorielle des contrats de l'EPE, à la RMP

Le décret présidentiel n°12-23 du 18 janvier 2012, modifiant et complétant le dispositif alors en vigueur, classe en deux catégories les contrats conclus par l'EPE et les soumet à deux procédures distinctes mais voisines. Il introduit une sorte de dualisme procédural qui ne représente pas forcément une avancée, aux yeux des gestionnaires.

Le critère de la distinction repose sur le statut juridique des deniers finançant l'opération envisagée : "deniers publics", "deniers privés" (fonds propres).

Dans le cadre de cette nouvelle configuration, les marchés de l'EPE financés sur budget de l'Etat, sont soumis au formalisme rigide de la RMP alors que ceux dont le paiement est assuré sur fonds propres, obéissent à une procédure que l'EPE doit mettre en place mais qui doit demeurer **adaptée** à la philosophie de la RMP²⁶.

Cette procédure dédiée aux dépenses sur fonds propres devait être soumise à l'approbation des organes sociaux de l'EPE. Mais elle ne concerne pas les modalités selon lesquelles s'exercera le contrôle externe qui a fait intervenir plusieurs fois le conseil des participations de l'Etat (le CPE)²⁷ et qui sera présenté ci-après.

La dernière résolution adoptée par cet organe²⁸ a mis en place le schéma suivant :

2-3-1-Les contrats financés, en partie ou en totalité, sur fonds publics :

Il s'agit des concours définitifs et temporaires de l'Etat.

Ces marchés sont soumis, de manière stricte, à la procédure instituée par la RMP. L'EPE doit obligatoirement **l'adopter** et l'appliquer à ce type

26 - Il s'agit du respect du fameux triptyque sur lequel est fondé la RMP.

27 - Le contrôle externe des marchés de l'EPE a fait l'objet de plusieurs résolutions du CPE :

- Résolution n°06/121/01/12/2011 du 01-12-2011 relative au dispositif de contrôle externe des marchés de l'entreprise publique économique ;

- Résolution n°121 du 1-4-2012 relative au dispositif de contrôle externe des marchés de l'entreprise publique économique ;

- Résolution n°01/130/7/10/2012 du 7-10-2012 relative au dispositif de contrôle externe et procédure de passation des marchés de l'entreprise publique économique.

28 - Résolution n°01/130/7/10/2012 du 7-10-2012 relative au dispositif de contrôle externe et procédure de passation des marchés de l'entreprise publique économique.

de contrats (de leur maturation à leur exécution), car il s'agit de marchés publics²⁹, au sens de la RMP³⁰.

En revanche, il faut préciser que le marché financé sur concours budgétaires mais dont le **montant est inférieur aux seuils réglementaires** n'est pas soumis à la procédure de la RMP³¹.

Toutefois, la consultation d'au moins trois prestataires qualifiés est impérieusement requise, sauf impossibilité dûment justifiée dans un rapport de présentation justifiant le cas et le choix de l'entreprise retenue.

2-3-2-Les contrats financés sur fonds propres :

Au sens de la RMP, il ne s'agit pas de marchés publics et l'EPE n'a pas, dans ce cas, le statut de service contractant. La résolution du CPE n°01/130/7/10/2012, évoquée ci-dessus, les extrait clairement du champ de compétence de la RMP. Ils obéissent à une procédure spécifique, que doit définir l'EPE et qui est distincte de la première.

L'EPE pouvait faire le choix d'élaborer une seule procédure applicable aussi bien aux marchés qu'elle finance sur fonds propres qu'aux marchés réglés sur fonds publics, mais dont les montants sont inférieurs aux seuils réglementaires, sous condition du respect des indications de l'article 6 du décret présidentiel n°10-236.

Ce dernier avait, également, prévu un dispositif de contrôle externe que le CPE devait mettre en place et qui est destiné aux marchés de l'EPE ne relevant pas de la RMP.

Il a été aménagé par la même résolution n°01/130/7/10/2012 du 7-10-2012.

Celle-ci distingue deux types de marchés :

- **Les marchés financés par des crédits bonifiés par l'Etat**, tels les crédits contractés auprès du FNI³², du trésor ou d'une banque. Ils sont soumis au contrôle externe auquel réfère le décret présidentiel n°10-236 et qu'organise cette résolution.

- **Les marchés financés sur fonds propres ou sur crédits bancaires non bonifiés**, même s'ils bénéficient de conditions préférentielles :

29 - La définition du marché public est donnée par l'article 4 du décret présidentiel n°10-236, modifié et complété.

30 - La résolution n°01/130/7/10/2012 le rappelle clairement, dans le point 2/b.

31 - Article 6 du décret présidentiel n°10-236, modifié et complété.

32 - Fonds national de l'investissement.

Ces marchés échappent au contrôle de la commission externe mais restent soumis au contrôle de la commission interne de l'EPE.

La résolution élargit, également, les cas du recours de l'EPE au gré à gré simple.

Les nombreux assouplissements introduits par le biais de cette résolution auguraient d'un revirement prochain, celui du retrait de l'EPE du champ de compétence de la RMP.

Le bouleversement annoncé interviendra, trois mois plus tard, à travers la promulgation du décret présidentiel n°13-03 du 13 janvier 2013.

III- RETRAIT EXPRESS DE L'EPE DU CHAMP D'APPLICATION DE LA RMP

L'article 2 du décret présidentiel n°10-236 a subi, à cette occasion, son troisième amendement pour expulser l'EPE de son périmètre de compétence.

Il dispose, à cet effet, de manière tranchée : "Les entreprises publiques économiques **ne sont pas soumises au dispositif de passation des marchés prévus par le présent décret**". On ne peut pas être plus clair.

Néanmoins, il ne s'agit pas d'un retour à la case départ, celle qui prévalait avant 2008. Le respect des trois piliers, déjà évoqués, des trois principes cardinaux³³ sur lesquels est bâtie la RMP demeure de rigueur ; ils doivent être mis en œuvre et codifiés dans une procédure spécifique qui doit recevoir l'approbation de l'organe social de l'EPE.

Selon que l'EPE est dotée d'un Conseil d'administration (organisation sous forme moniste) ou d'un directoire et d'un Conseil de surveillance (organisation sous forme dualiste), celle-ci doit recueillir leurs avis, sous forme de résolution, avant la mise en œuvre effective de cette procédure.

Par ailleurs, le nouveau dispositif maintient l'exercice du contrôle externe sur l'EPE.

33 - Liberté d'accès aux marchés, par l'organisation d'une large publicité ;
- L'égalité de traitement des soumissionnaires, par l'application d'une grille d'évaluation unique ;
- Transparence des procédures, par un large appel à la concurrence.

Mais la rédaction de l'alinéa 6 dudit article 2 semble éliminer le contrôle externe organisé par la résolution du CPE n°01/130/7/10/2012, évoquée ci-dessus. Les fameuses commissions dont elle fixe la composition et les attributions, sont totalement écartées.

Il réfère, en effet, expressément, au contrôle externe exercé par :

- Le commissaire aux comptes, déjà imposé par le code de commerce auquel est soumis l'EPE ;
- La Cour des comptes ;
- l'Inspection générale des impôts (IGF), contrôle introduit, en 2008, par l'ordonnance n°08-01 du 28-02-2008.

Toutefois, souplesse des procédures n'est pas synonyme de laisser aller et d'absence de contrôle.

L'actionnaire jouit légalement, y compris dans les entreprises privées, d'un droit de vérification de la gestion financière et administrative de la société dont il détient la totalité ou une partie du capital social. Ce contrôle, il l'exerce, notamment, au sein de l'Assemblée générale, à travers plusieurs moyens : le droit à l'information par la mise à sa disposition de la documentation comptable de l'entreprise, la participation à la désignation et à la révocation des dirigeants de l'entreprise (administrateurs, PCA et DG, membres du directoire et du conseil de surveillance), la participation à la prise de décision (il dispose d'un droit de vote proportionnel à sa contribution au capital social).

Il est, donc, tout à fait indiqué que le législateur mette en place des mécanismes de contrôle destinés à prévenir et sanctionner les actes frauduleux commis par des gestionnaires indéclicats. La mise en jeu de la responsabilité civile (basée sur la preuve de la commission d'une faute de gestion, occasionnant un préjudice établi à l'entreprise) ou/et de la responsabilité pénale (commission volontaire d'une infraction prévue par les différents dispositifs pénaux en vigueur) vise, avant tout, à protéger l'entreprise contre la perte de compétitivité et conséquemment contre le risque de faillite : c'est un moyen de préservation de l'emploi et de l'activité économique.

Mais si l'entreprise peut parfaitement s'accommoder des systèmes de contrôle prévus par la loi, elle a tout autant besoin de sécurité juridique.

Mais c'est, précisément, à ce niveau que le bât blesse.

Or, comme cela a été montré, à travers la présentation historiographique du rapport que la RMP entretenait avec l'EPE, la stabilité n'est pas la première vertu du droit des marchés publics. Ce droit est devenu volatil,

éphémère³⁴, enfermant dans un tourbillon les chefs d'entreprises et tous ses assujettis auxquels il a donné du fil à retordre.

Le mouvement de yoyo qu'il a connu, la spirale vertigineuse des modifications/abrogations, qu'il a subie, ont conduit à une situation souvent inextricable, désarçonnant les juristes les plus chevronnés.

De manière plus globale, cette versatilité du droit pose un réel problème de sécurité juridique. Car l'entreprise a besoin de prévisibilité et de lisibilité du droit pour planifier ses actions et activités : **la stabilité juridique est une condition sine qua non de sa survie et de sa compétitivité.**

Si la dernière mouture de la RMP doit être saluée, elle doit également être complétée par la clarification d'un dossier qui fait couler beaucoup d'encre : celui de la "dépénalisation de l'acte de gestion" qui est assimilé par certains à l'impunité dans la gestion de l'entreprise.

Un débat franc autour de cette thématique doit être ouvert.

34 - Le cycle de vie de certaines moutures de la RMP est très court : à peine 4 mois, parfois !