



HAL
open science

Commande publique et risque pénal

Sophie Corioland

► **To cite this version:**

Sophie Corioland. Commande publique et risque pénal. *Actualité juridique Pénal*, 2022, 12, pp.563-565. halshs-03904143

HAL Id: halshs-03904143

<https://shs.hal.science/halshs-03904143v1>

Submitted on 15 Oct 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

AJ Pénal 2022 p.563

Commande publique et risque pénal

Illustrations au travers du prisme du favoritisme et de la prise illégale d'intérêts

Sophie Corioland, Maître de conférences à l'université polytechnique Hauts-de-France, codirectrice de l'IEJ de Valenciennes

Le droit de la commande publique fait l'objet d'une pénalisation importante. En effet, si l'on pense, de prime abord, au délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les contrats publics, plus communément nommé délit de « favoritisme », le spectre est en réalité plus large, puisque c'est l'ensemble des atteintes à la probité qui peut être mobilisé. Parmi ces atteintes figurent par ordre d'apparition dans le code pénal, la concussion (1), la corruption passive et le trafic d'influence (2), la prise illégale d'intérêts (3), le favoritisme (4) et le détournement de bien public (5).

Outre les peines principales prévues pour chaque incrimination, des peines complémentaires aux conséquences très lourdes pour les opérateurs économiques sont susceptibles d'être prononcées, comme l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (6). À ces sanctions pénales s'ajoutent des mesures d'exclusion de plein droit, pour une durée de cinq ans, des procédures de passation des marchés publics (7) et des contrats de concession (8), pour les personnes condamnées soit pour l'infraction principale, soit pour le recel de celle-ci. Si ces mesures sont largement décriées, leur remise en cause se fait attendre. En effet, le 28 janvier dernier, le Conseil constitutionnel a refusé de se prononcer sur la conformité de ces interdictions automatiques (9), laissant ainsi perdurer une situation dont la conformité au droit européen reste pourtant discutée (10).

Si c'est bien l'ensemble de ces dispositifs qui permet de réguler le droit de la commande publique, certaines incriminations sont davantage mobilisées. C'est pourquoi nous consacrerons nos propos aux seuls délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts. En effet, si le premier se présente comme la figure emblématique (11) de la pénalisation du droit de la commande publique, le second a fait l'objet de deux réformes récentes, dont les effets en trompe-l'œil méritent quelques commentaires.

1. Le favoritisme, figure emblématique de la pénalisation de la commande publique

Selon l'article 432-14 du code pénal, le délit de favoritisme réprime de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende le fait pour une personne publique « 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 contrats de concession ».

En pratique, le délit se caractérise par un champ d'application particulièrement large, ce qui en fait une incrimination redoutée des opérateurs économiques.

Tout d'abord, si le législateur cantonne l'infraction aux seuls marchés publics et contrats de concession (anciennement délégations de service public), ces contrats représentent une part importante de la commande publique. Les marchés publics se divisent en trois catégories différentes : les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense

ou sécurité (12). Quant aux contrats de concession, ils recouvrent les cas dans lesquels l'exécution de travaux ou la gestion d'un service sera conférée à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix (13).

Ensuite, concernant les personnes « visées », le texte précise qu'il peut s'agir des trois catégories classiques de personnes publiques : la personne dépositaire de l'autorité publique, la personne investie d'une mission de service public ou celle investie d'un mandat public électif (14). Mais à ce triptyque classique s'ajoutent les personnes « exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, 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 [...] toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées ». L'objectif est donc d'inclure les personnes qui collaborent occasionnellement, à quelque niveau que ce soit, à l'attribution d'un marché public. En ce sens, la Cour de cassation a récemment retenu le délit à l'encontre d'une adjointe administrative (15), en sa qualité d'interlocutrice directe de la directrice générale des services d'une commune, chargée de prendre la décision. En l'espèce, l'adjointe avait été affectée au service pour la gestion et l'organisation des surveillances de la restauration scolaire, tout en travaillant également comme salariée de l'association où elle occupait les fonctions de « responsable du restaurant ».

Sur le plan matériel, le délit de favoritisme se caractérise par la réalisation de n'importe quel acte contraire aux dispositions régissant les contrats visés : recours injustifié à la procédure d'urgence (16), fractionnement des commandes (17), violation des règles de publicité (18)... De plus, cette violation peut se produire à tout moment de la procédure : en amont en ne procédant pas à la phase obligatoire de mise en concurrence (19) ; en cours de procédure en attribuant le marché en dépit de la remise d'un dossier incomplet (20) ; ou encore à l'issue de celle-ci, en modifiant les termes du marché (21). Toujours selon la lettre du texte, l'acte matériel doit conduire à procurer un « avantage injustifié » à autrui et il n'est pas besoin que l'avantage ait été effectivement obtenu (22). En l'absence de précision légale, les juges admettent donc tout type d'avantages, tels que la délivrance d'informations destinées à favoriser l'un des candidats (23) ou encore le gain financier pour l'entreprise résultant de l'attribution du marché. Utile précision, la Cour de cassation a cependant récemment affirmé que « l'attribution du marché public ne constitu[e] pas un élément constitutif du délit [...] qui est établi par la seule violation de la norme légale ou réglementaire gouvernant la commande publique » (24), ce qui confirme le caractère formel de l'infraction.

Sur le plan moral, bien que le délit soit intentionnel, semblant même exiger un dol spécial (l'intention de procurer un avantage injustifié), l'étude de la jurisprudence permet un constat plus nuancé. En effet, les juges retiennent que l'intention peut être caractérisée par « l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires » (25) et leurs décisions s'appuient sur des éléments de fait tels que les qualifications, l'expérience ou les fonctions occupées par les personnes poursuivies, l'éventuelle « habitude » de recourir à ces contrats publics ou encore des comportements spécifiques tels que le fait d'avoir rencontré en amont certains candidats.

Pour finir, le délit est érigé en une infraction occulte. Dès lors, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir, lorsque les actes ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites (26).

Ce rappel des éléments constitutifs du délit de favoritisme et de l'appréciation rigoureuse qui en est faite par les juges confirme l'appréhension possible d'une multitude de comportements, au point que certains ont cherché des motifs de mises hors de cause, pour conclure à leur rareté (27). De plus, si le texte ne vise que les personnes publiques, les bénéficiaires des marchés illégalement attribués sont souvent sanctionnés au titre du recel de cette même infraction (28). Par ailleurs, les juges ont parfois admis le cumul des qualifications pénales pour des faits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts (29).

Il est dès lors permis de comprendre pourquoi certains réclament l'abrogation pure et simple du délit de favoritisme qualifié « d'anomalie pénale » (30) et accusé de « tétaniser » inutilement les acheteurs (31). Toutefois, malgré cette sévérité apparente, les chiffres font apparaître une autre réalité. En effet, peu d'affaires donnent finalement lieu à des poursuites pénales. Selon l'Agence française anticorruption, en 2019, seules trente-cinq condamnations ont été prononcées sur le fondement de l'article 432-14 (32), un chiffre stable par rapport aux années précédentes.

2. La prise illégale d'intérêts, des réformes aux effets limités ?

La prise illégale d'intérêts se présente comme une infraction préventive. Son objectif est d'empêcher qu'un agent public se place dans une situation dans laquelle son intérêt personnel entre en conflit avec l'intérêt public dont il a la charge. Le risque d'un tel conflit est évidemment que la personne publique privilégie son intérêt propre au détriment de l'intérêt collectif. Comme le souligne un auteur (33), le conflit d'intérêts fait donc naître à la fois une tentation (de faire primer son intérêt) et un soupçon chez l'administré (enclin à penser que la personne publique préférera satisfaire son intérêt personnel au détriment de l'intérêt public). Bien que son domaine d'application soit plus vaste, le délit trouve à s'appliquer en matière de commande publique.

Aux termes de l'article 432-12 du code pénal, dont la rédaction a été réformée par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, la prise illégale d'intérêts sanctionne de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait pour certaines personnes « de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité 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 ».

Comme pour le délit de favoritisme, le champ d'application du délit est délibérément large, ce qui suscite l'inquiétude des personnes publiques, notamment des élus locaux. Sont en effet visées les trois catégories de personnes publiques habituelles et les juges ont même considéré que devait « être regardée comme chargée d'une mission de service public [...], toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique ». La qualité a dès lors été retenue pour le directeur d'une association (34).

De même, l'intérêt en cause doit avoir été pris dans n'importe quelle entreprise ou opération économique, ce qui permet d'inclure toute société, mais également toutes les opérations économiques, comme un acte juridique ou un contrat, même lorsqu'il s'agit d'opérations ponctuelles, envisagées en dehors du cadre sociétal (35).

Sur le plan matériel, la prise illégale d'intérêts suppose une ingérence de la part de la personne publique consistant dans le fait de « prendre, recevoir ou conserver » un intérêt dans une entreprise ou une opération dont elle avait la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement. Une nouvelle fois, le législateur a privilégié une approche répressive puisqu'est prohibé aussi bien le fait de prendre ou de recevoir un intérêt pour une personne publique déjà en fonction, que de conserver cet intérêt pour une personne privée qui accéderait à un emploi public. Cette approche est confortée par la jurisprudence qui considère que peu importe que l'ingérence se soit inscrite dans le temps ou n'ait fait l'objet que d'un seul acte isolé (36). Les juges ont même eu l'occasion de retenir que la simple participation à une réunion informelle pouvait caractériser la notion de « surveillance » (37). En outre, avant la réécriture du délit, était sanctionnée la prise, la réception ou la conservation d'un « intérêt quelconque ». Or, c'est bien une conception très extensive de l'intérêt qui était retenue puisque les juges considéraient que l'intérêt en cause pouvait être aussi bien patrimonial qu'extrapatrimonial, personnel ou non. En conséquence, rien ne s'opposait à ce que l'intérêt soit celui d'un proche. La Cour de cassation avait même considéré qu'un lien d'amitié pouvait constituer cet intérêt quelconque (38).

Sur le plan moral enfin, l'infraction est intentionnelle, mais tout comme en matière de favoritisme, les juges considèrent que l'intention coupable peut se déduire du comportement matériel. Pire, les juges ont même mis en place une quasi-présomption d'intention (39) partant du principe qu'eu égard aux fonctions occupées par la personne publique, elle ne pouvait pas ignorer que son comportement était répréhensible.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, des voix nombreuses s'étaient élevées en faveur d'une réforme (élus locaux, vice-président du Conseil d'État (40), mais aussi Haute autorité pour la transparence de la vie publique (41)) et les critiques se sont cristallisées autour de la notion d'« intérêt quelconque ». Désormais, aux termes du nouvel article 432-12 du code pénal, l'intérêt visé doit être « de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité ». Toutefois, il est permis de douter que la modification opérée se traduise par une évolution sensible de la jurisprudence. Certes, l'intérêt semble mieux circonscrit par le remplacement de la formulation « intérêt quelconque » (42). Néanmoins, il appartiendra toujours au juge de décider au cas par cas si l'intérêt en cause est prohibé ou non. En conséquence, on peut douter que les décisions marquent une rupture franche avec le passé (43). Selon certains, il s'agit davantage d'une « disposition interprétative » qui devrait toutefois inciter les juges à davantage motiver leur décision (44).

Preuve de cette incertitude, la modification à peine achevée, une autre était engagée avec pour ambition d'apporter aux élus « la sécurité juridique indispensable à l'exercice serein de leur mandat ». En ce sens, la loi n° 2022-217 du 21 février 2022 (dite loi « 3DS ») est venue créer un dispositif destiné à protéger les élus lorsqu'ils agissent en qualité de représentant de leur collectivité pour certaines décisions. Ainsi, le nouvel article L. 1111-6, I, du code général des collectivités territoriales prévoit que « les représentants d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales désignés pour participer aux organes décisionnels d'une autre personne morale de droit public ou d'une personne morale de droit privé en application de la loi ne sont pas considérés, du seul fait de cette désignation, comme ayant un intérêt, au sens de l'article L. 2131-11 du présent code, de l'article 432-12 du code pénal ou du I de l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, lorsque la collectivité ou le groupement délibère sur une affaire intéressant la personne morale concernée ou lorsque l'organe décisionnel de la personne morale concernée se prononce sur une affaire intéressant la collectivité territoriale ou le groupement représenté ». Cette nouvelle disposition crée donc « une présomption simple d'absence d'intérêt délictueux » (45) au bénéfice des personnes visées. Puis, dans un second temps, l'article L. 1111-6 du CGCT est venu poser une série d'exceptions à la protection instituée en prévoyant que les représentants « ne participent pas » à certaines décisions de leur collectivité ou groupement concernant la personne morale au sein de laquelle ils la représentent. Il en est ainsi par exemple lorsqu'il s'agit d'une décision attribuant à la personne morale concernée un contrat de la commande publique.

En définitive, si le risque pénal pesant sur la commande publique est réel, les réformes engagées en matière de prise illégale d'intérêts témoignent d'une volonté de ne pas paralyser l'action économique, tout en maintenant l'exigence de probité. Toutefois, l'essentiel de l'approche extensive étant le fruit de la jurisprudence, il n'est pas certain que ces seules réformes parviennent à apaiser les craintes des principaux intéressés ...

Mots clés :

PRISE ILLEGALE D'INTERÊTS * Réforme * Intérêt * Nature
FAVORITISME * Eléments constitutifs * Commande publique

(1) C. pén., art. 432-10 .

(2) C. pén., art. 432-11 .

(3) C. pén., art. 432-12 et 432-13 .

(4) C. pén., art. 432-14 .

(5) C. pén., art. 432-15 et 432-16 .

(6) C. pén., art. 432-17 .

(7) CCP, art. L. 2141-1 .

(8) CCP, art. L. 3123-1 .

(9) Cons. const. 28 janv. 2022, n° 2021-966 QPC , AJDA 2022. 882 , note J.-G. Sorbara ; AJCT 2022. 270, obs. J.-D. Dreyfus ; Rev. sociétés 2022. 240, note H. Matsopoulou .

(10) S. Corioland, Inconstitutionnalité des interdictions automatiques de soumissionner : une occasion manquée, AJ pénal 2022. 147 .

(11) L'expression a notamment été employée par C. Romatier et K. Voisin, La prise illégale d'intérêts au stade de la passation des marchés publics : un champ de mines au service de la probité, Rev. CMP 2021, n° 221, p. 24.

(12) CCP, art. L. 1110-1 .

(13) CCP, art. L. 1121-1 . Pour des ex., S. Corioland, Appréhension de la convention de délégation de service public par le juge pénal, AJCT 2019. 180 .

(14) En pratique, les poursuites visent fréquemment les élus locaux, par ex., Crim. 12 juill. 2016, n° 15-80.477 ; Crim. 24 juin 2020, n° 19-81.724 .

(15) Crim. 7 sept. 2022, n° 21-83.121 , JA 2022, n° 666, p. 12, obs. D. Castel ; AJ pénal 2022. 477, obs. J. Lasserre Capdeville ; Gaz. Pal. 2022, n° 29, p. 23, note C. Berlaud.

(16) Crim. 19 nov. 2003, n° 02-87.336 , D. 2004. Somm. 2753, obs. G. Roujou de Boubée ; Dr. pénal 2004. 32, obs. M. Véron.

(17) Par ex., Crim. 10 sept. 2008, n° 08-80.589 , RTD com. 2009. 220, obs. B. Bouloc ; Dr. pénal 2008. comm. 158, obs. J. Robert.

(18) Crim. 4 mai 2011, n° 10-87.447 , Bull. crim. n° 91.

(19) Crim. 5 mai 2004, n° 03-85.503 , Bull. crim. n° 110 ; D. 2004. 2413, et les obs. ; AJ pénal 2004. 285, obs. C. Girault ; RSC 2004. 897, obs. D.-N. Commaret ; RTD com. 2004. 827, obs. B. Bouloc ; *ibid.* 828, obs. B. Bouloc .

(20) Crim. 15 mars 2017, n° 16-83.838 , D. 2017. 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire .

(21) Crim. 22 janv. 2014, n° 13-80.759 , JCP A 2014. 2228, obs. M. Hénon et M. Goupil [dir.].

(22) Pour un cas de tentative, par ex., Crim. 23 janv. 2008, n° 07-82.356 .

(23) Crim. 28 janv. 2004, n° 02-86.597 , AJDA 2004. 885 , note J.-D. Dreyfus ; RDI 2004. 297, obs. J.-D. Dreyfus ; RSC 2004. 633, obs. E. Fortis ; RTD com. 2004. 623, obs. B. Bouloc .

(24) Crim. 22 juin 2022, n° 21-85.671 , D. actu. 20 sept. 2022, obs. J. Gallois ; AJ pénal 2022. 419, note M. Hy .

(25) Par ex., Crim. 5 déc. 2012, n° 11-88.245 .

(26) Crim. 27 oct. 1999, n^{os} 98-85.757 et 98-85.214 , Bull. crim. n^{os} 238 et 239 ; Dr. pénal 2000. Comm. 27, obs. Véron ; RSC 2000. 618, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire .

(27) C. Ingrain et R. Lorrain, Favoritisme : Étude des rares motifs de mises hors de cause intervenues durant ces 20 dernières années, Gaz. Pal. 2020, n° 24, p. 14.

(28) Par ex., Crim. 15 mars 2017, préc.

(29) Pour la condamnation d'un maire du chef des deux incriminations, Crim. 17 avr. 2019, n° 18-83.025 , AJCT 2019. 350, obs. Y. Mayaud .

(30) P. Terneyre et T. Laloum, Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique !, Rev. CMP 2021. Étude 5, n° 4.

(31) F. Linditch, Rapp. Stoléru, L'accès des PME aux marchés publics, Rev. CMP 2008. Alerte 1.

(32) Rapp. annuel d'activité de l'Agence française anticorruption, 2020.

(33) E. Dupic, La prise illégale d'intérêts ou le mélange des genres, JCP 2009. 44.

(34) Crim. 30 janv. 2013, n° 11-89.224 , D. 2013. 2713, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; JA 2013, n° 476, p. 11, obs. S.Z. ; AJ fam. 2013. 243, obs. T. Verheyde ; AJ pénal 2013. 613, obs. J. Lasserre Capdeville ; RTD com. 2013. 600, obs. B. Bouloc .

(35) Crim. 10 avr. 2002, n° 01-84.286 , Bull. crim. n° 84 ; D. 2003. 246, et les obs. , obs. M. Segonds ; RTD com. 2002. 735, obs. B. Bouloc .

(36) *Ibid.*

(37) Crim. 20 janv. 2021, n° 19-86.702 , AJCT 2021. 140 , obs. S. Dyens et J. Rotivel .

(38) Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.912 , AJ pénal 2018. 313, obs. J. Lasserre Capdeville ; AJCT 2018. 464, obs. P. Villeneuve .

(39) J. Lasserre Capdeville, La prise illégale d'intérêts : un délit au champ d'application élargi, AJCT 2011. 344 .

(40) J.-M. Sauvé, Les règles françaises en matière de conflits d'intérêts sont-elles suffisantes ?, L'ENA hors les murs, sept. 2014, Éthique et vie publique.

(41) Rapp. d'activité 2020, p. 50.

(42) S. Penaud, Prise illégale d'intérêts : dernier acte de la réforme avec la loi « 3DS », AJ pénal 2022. 305 .

(43) E. Daoud et E. de Castelbajac, Le délit de prise illégale d'intérêts enfin revisité, AJ pénal 2022. 64 ; et dans le même sens : M. Segonds, Évolutions et perspectives du droit pénal des affaires publiques *supra*, p. 560.

(44) F. Staziak, *Prise illégale d'intérêts - La réforme du délit de prise illégale d'intérêts par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 : confiance dans l'institution judiciaire ou défiance dans l'institution parlementaire ?*, *Dr. pénal* 2022. Étude 6.

(45) S. Penaud, *art. préc.*