

Le risque pénal

L'ESSENTIEL

Les manquements à l'impartialité de la commande publique se concrétisent, notamment, par l'existence d'infractions pénales pour lesquelles leurs auteurs, personnes publiques acheteuses, peuvent être poursuivis :

- la concussion (article 432-10 du Code pénal) ;
- la corruption passive (article 432-11 du Code pénal) ;
- la prise illégale d'intérêts (articles 432-12 et 432-13 du Code pénal) ;
- le délit d'octroi d'avantage injustifié (article 432-14 du Code pénal) ;

La concussion

L'article 432-10 que le délit de concussion est constitué dès lors qu'une personne publique dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public reçoit, exige ou ordonne de percevoir à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics, une somme qu'elle sait ne pas être due, ou excéder ce qui est dû.

L'auteur de l'infraction

Les personnes susceptibles d'être poursuivie sont toutes personnes

- toutes celles qui sont dépositaire de l'autorité publique : il faut entendre toute personne qui est investie, par délégation de l'autorité publique, d'un pouvoir de décision ou de contrainte sur les individus et sur les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions temporaires ou permanentes qui lui ont été confiées.

Cette définition très large recouvre les différents représentants de l'État et des collectivités territoriales, les fonctionnaires de l'ordre administratif, les officiers ministériels et diverses autres personnes qui, sans avoir la qualité de fonctionnaires, exercent cependant des fonctions d'autorité.

- chargé d'une mission de service public : il s'agit de toute personne qui, sans avoir reçu un pouvoir de décision ou de commandement dérivant de l'autorité publique, est chargée d'exercer une fonction ou d'accomplir des actes dont la finalité est de satisfaire à un intérêt général.

Entreront dans cette catégorie les membres de diverses commissions nationales, régionales, départementales ou municipales chargées de formuler des avis à l'autorité publique ou de statuer elles-mêmes sur les dossiers, des demandes, des projets, qui nécessitent des autorisations, des agréments ou des habilitations officielles.

Cette infraction est donc susceptible de s'appliquer au maître d'ouvrage public.

Les éléments constitutifs de l'infraction

La personne susvisée doit avoir :

- soit reçu, exigé ou ordonné de percevoir, à titre de droits ou contributions, impôts ou taxes publics une somme qu'elle savait ne pas être due ou excédant ce qui était dû ;
- soit accordé une exonération de droits, contributions impôts et taxes publics en violation des textes légaux et réglementaires.

Les sanctions encourues

Le Code pénal sanctionne la commission de cette infraction de cinq ans de prison et 75.000 euros d'amende.

La corruption

Les articles 432-10, 433-1 et 433-2 du Code pénal répriment l'octroi par un candidat d'avantage, financier ou en nature, à l'autorité compétente (fonctionnaire ou élu) en matière de choix du titulaire du marché public afin de bénéficier d'une décision d'attribution.

L'auteur de l'infraction

L'auteur de l'infraction peut être une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public.

Les éléments constitutifs de l'infraction

La corruption peut être :

- active : vise le titulaire du marché qui propose un avantage à l'autorité compétente en matière de marchés publics afin qu'elle use de son influence pour obtenir le marché ;

Exemple : offre d'avantage en nature ou en argent en échange d'un marché public.

- passive : vise l'autorité compétente en matière de marchés publics qui sollicite ou accepte des avantages afin :
 - soit d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa fonction ;
 - soit d'abuser de son influence en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique une décision favorable ou un marché public.

Exemple : sollicitation ou acceptation d'avantage en nature ou en argent en échange d'un marché public.

Les sanctions encourues

Le Code pénal sanctionne la commission de cette infraction de dix ans d'emprisonnement, 150.000 euros d'amende.

La prise illégale d'intérêts

Le Code pénal contient deux articles qui répriment la prise illégale d'intérêts par une personne publique en activité (article 432-12) et la prise illégale d'intérêts par une personne qui a cessé d'exercer les fonctions publiques dont elle était précédemment chargée, autrement appelée le pantouflage que nous ne développerons pas infra (article 432-13).

Les éléments constitutifs de l'infraction

Le délit suppose réunies quatre composantes :

- la qualité de l'auteur : toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou (...) investie d'un mandat électif public. La notion de personne investie d'un mandat électif public recouvre les membres du Parlement, du Conseil économique et social, des assemblées régionales, départementales, communales et intercommunales.
- la surveillance exercée sur certaines affaires ou certains actes. Le délit est constitué par la prise d'intérêt dans une affaire dont l'officier public avait l'administration ou la surveillance, celle-ci se réduirait-elle à de simples pouvoirs de préparation ou de proposition de décisions prises par d'autres. Le délit sera retenu lorsque le coupable a participé à la gestion d'une entreprise (sociétés commerciales sous toutes leurs formes juridiques, sociétés civiles, groupements d'intérêt économique, groupements agricoles d'exploitation en commun, entreprises individuelles). L'infraction sera également consommée si le prévenu a pris quelque intérêt dans un acte juridique isolé (une « opération », telle qu'une vente, une location, un contrat de fourniture, une adjudication ou une convention d'occupation précaire).
- la prise d'intérêts dans l'une de ces affaires ou l'un de ces actes ;

Exemple : percevoir le bénéfice pécuniaire d'une opération à laquelle le prévenu s'est trouvé mêlé ; remise de parts, d'actions, ou de tous autres avantages matériels à l'occasion de l'acte d'ingérence.

- l'élément moral : l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit reproché.

Les sanctions encourues

La prise illégale d'intérêt est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75.000 euros d'amende.

Le pantouflage est quant à lui puni de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende

4 Le délit d'octroi d'un avantage injustifié

Il résulte de l'article 432-14 du Code pénal que le délit d'octroi d'avantage injustifié est constitué dès lors qu'est volontairement offert à un concurrent potentiel un avantage injustifié constitué au moyen d'un manquement aux règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats.

L'auteur de l'infraction

Selon l'article 432-14 du Code pénal, les personnes physiques comme les personnes morales sont susceptibles de commettre le délit d'octroi d'avantage injustifié :

- 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

Si le Code pénal paraît ne viser expressément que les seules personnes physiques, il ne semble pas possible, pour autant, d'exclure totalement les personnes morales de l'application de cette disposition.

Ainsi, l'article 121-2 dispose que « Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions (...) des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants. »

En outre, l'application indirecte du délit d'avantage injustifié aux personnes morales pourrait être obtenue en application de l'article 321-1 du Code pénal relatif au recel.

Les éléments de l'infraction

Le manquement aux règles de mise en concurrence peut constituer l'octroi d'un avantage injustifié. L'infraction est constituée par le fait « 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. »

Tous agissements ou toute abstention, dès lors qu'ils tendent à empêcher l'application du principe d'égalité, sont susceptibles d'être appréhendés par le juge.

En outre, il convient de souligner que la Cour de cassation considère que « l'élément intentionnel (...) est caractérisé par l'accomplissement en connaissance de cause d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires » (Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83396).

Ainsi, pour que soit constitué le délit d'octroi d'avantage injustifié, il ne serait pas nécessaire que soit démontrée l'intention de l'acheteur ou de son exécutif.

Par conséquent, toute violation des règles de mise en concurrence qui tendrait à empêcher la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics est susceptible de constituer le délit d'octroi d'avantage injustifié et d'engager la responsabilité pénale de la personne publique et de son exécutif au titre de l'article 432-14 du Code pénal.

Les sanctions encourues

L'article 432-14 du Code pénal prévoit que le délit d'avantage injustifié est sanctionné par une peine de prison maximale de deux ans et/ou une amende de 30.000 euros.

De plus, l'article 432-17 du Code pénal relatif aux peines complémentaires est susceptible d'être appliqué au délit d'octroi d'avantage injustifié. Pourront être prononcées :

- l'interdiction de droits civils, civiques (radiation des listes électorales pendant cinq ans) et de famille.
- l'interdiction d'exercer une fonction publique, une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

En outre, un recours en indemnité peut être formé contre l'auteur du délit d'octroi d'avantage injustifié, par toute personne pouvant démontrer un préjudice personnel et direct.

Enfin, l'autorité de la chose jugée au pénal veut que le juge administratif se prononce favorablement sur la demande d'annulation du contrat reposant sur la constatation du délit d'avantage injustifié. Conformément à la jurisprudence établie

du Conseil d'État en la matière, la constatation du fait litigieux, en l'occurrence l'avantage injustifié, s'impose au juge administratif.

BONNES PRATIQUES

- Limiter les contacts avec les candidats juste avant le lancement de toute procédure afin de garantir l'égalité d'accès à la commande publique ;
- Transmettre tout document aux candidats simultanément ;
- Vérifier que les personnes compétentes au sein de la personne publique acheteuse (exécutif, membres de la CAO, etc.) ne sont pas impliquées de quelque manière que ce soit dans une société candidate à un marché public ;
- Conserver les pièces attestant du respect des grands principes de la commande publique (égalité de traitement, liberté d'accès, transparence des procédures).

LES PIEGES A EVITER

- Recevoir ou exiger une somme dont on sait qu'elle n'est pas due, ou excède ce qui est dû ;
- Accorder une exonération de droits, contributions impôts et taxes publics en violation des textes légaux et réglementaires ;
- Solliciter ou accepter des avantages ;
- Abuser de son influence en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique un marché public
- Conserver, pour un officier public des pouvoirs dans une société alors que cet officier détient, d'une certaine façon, une responsabilité dans une opération à laquelle participe cette société ;
- Procéder à tout agissement ou toute abstention qui tendrait à empêcher l'application du principe d'égalité dans le cadre de la passation d'un marché public.