

Délit d'octroi d'avantage injustifié : des éléments constitutifs symptomatiques d'une infraction-obstacle

REVUE CONTRATS PUBLICS - N° 139 - Janvier 2014

Plus d'informations

<p xmlns:qc="http://4dconcept.com/QuadroContent">La consommation du délit d'octroi d'avantage injustifié suppose la réunion de deux éléments : un élément matériel et un élément intentionnel. Or, en plus du caractère inadapté du support légal, il apparaît que le premier est entendu largement par le juge et que le second est presque systématiquement constitué, permettant une qualification étendue du délit. </p>

Pierre angulaire de la société démocratique, la probité publique doit être garantie. Dans ce but, le législateur a institué des infractions réprimant les manquements au devoir de probité, parmi lesquelles, le délit d'octroi d'avantage injustifié.

Ainsi aux termes de l'article 432-14 du Code pénal « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une 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'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 par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées 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».

Premier stade de la pénalisation des affaires publiques, le délit d'octroi d'avantage injustifié constitue une sorte de rempart contre les atteintes plus graves à la probité que sont la corruption ou la concussion. Cette infraction est donc conçue comme un délit-obstacle ^[1] permettant de prévenir le développement de pratiques néfastes mais également de rendre plus aisée la condamnation des prévenus. Le champ des personnes visées, allant de l'élu au maître d'œuvre ^[2] en passant par l'agent exerçant au sein d'une société d'économie mixte, illustre pleinement l'attractivité du délit ^[3].

D'une manière générale, la qualification de l'infraction est facilitée par une appréciation large de ses éléments constitutifs. Néanmoins, avec un support légal devenu inadapté, une compréhension extensive de l'élément matériel et un élément moral quasi automatiquement constitué, la qualification du délit d'octroi d'avantage injustifié soulève des difficultés qui mettent au jour la nécessité d'une redéfinition.

Un support légal devenu inadapté

Une définition légale incomplète et obsolète

La définition légale du délit d'octroi d'avantage injustifié n'a pas évolué depuis près de vingt ans^[4]. Or, cette constance dénote avec le développement récent des modes contractuels de l'action publique.

En effet, ni les contrats des personnes assujetties à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ni les contrats de partenariat n'ont été intégrés dans le champ d'application de l'infraction. Faute de prescription légale, l'octroi d'un avantage injustifié dans la passation de ces contrats ne devrait logiquement pas conduire à une condamnation sur le fondement des dispositions de l'article 432-14 du Code pénal.

De même que le Conseil d'État avait considéré les contrats de partenariat comme hors du champ d'application du délit^[5], la cour d'appel de Paris a donc récemment estimé que le texte de l'incrimination concernait uniquement les marchés relevant du Code des marchés publics ^[6].

La question ne semble cependant pas définitivement tranchée. La Cour de cassation, dans son rapport annuel pour 2008, a expliqué que l'infraction devait être caractérisée à l'aune « des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire » ^[7]. Partant, les marchés de l'ordonnance qui, au demeurant, peuvent parfois être qualifiés de « marchés publics » lato sensu, seraient donc inclus dans le champ d'application du délit. De surcroît, suivraient le même sort, les contrats de partenariat, lesquels constituent des marchés publics au sens du droit de l'Union européenne. Dans le prolongement de cette approche, une cour d'appel a considéré que le délit visait aussi bien les marchés publics que les contrats de partenariat ^[8].

En d'autres termes, la définition textuelle du délit, c'est-à-dire son élément légal, devrait se plier aux évolutions du droit de la commande publique.

Une définition source de difficultés

Quelle que soit la façon dont le juge pénal pourrait analyser le silence gardé par le législateur sur l'évolution des textes encadrant la passation des contrats de la sphère publique, la solution n'est pas satisfaisante.

Soit la jurisprudence décide, comme nous le croyons, d'évoluer à contrecourant du texte d'incrimination en intégrant les autres formes de contrats non visés mais, ce faisant, elle porte atteinte au principe d'interprétation stricte de la loi pénale qui a pourtant pour origine le principe constitutionnel de légalité des délits et des peines ^[9].

Soit le juge pénal se cantonne à une interprétation stricte de la définition légale existante. Cette conception irait néanmoins à rebours de l'objectif du législateur car les contrats de partenariats notamment, représentent une part non négligeable des fonds publics.

Pis encore, cette interprétation générerait une rupture d'égalité injustifiée. En effet, il convient de rappeler que le Conseil constitutionnel avait considéré que la disposition excluant du champ d'attribution de la MIEM les établissements publics industriels et commerciaux car ils n'étaient pas soumis aux dispositions du Code des marchés publics, portait atteinte au principe d'égalité ^[10].

En somme, le législateur pénal n'a pas su tirer les conséquences de l'évolution du droit de la commande publique et il en résulte une définition légale manifestement insuffisante. C'est la raison pour laquelle on ne peut que regretter que la Cour de cassation ait refusé, par un arrêt remarqué mais non publié, de transmettre la question prioritaire de constitutionnalité relative à cette disposition ^[11].

Un élément matériel entendu largement

Il ressort de l'article 432-14 du Code pénal que la réalisation matérielle de l'infraction suppose que deux composantes soient cumulativement caractérisées : « le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié » d'une part, et la réalisation d'un « acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public », d'autre part ^[12].

En revanche, les autres éléments tels que la qualité de la personne destinataire de l'avantage qui peut être un tiers ou un candidat ou l'intérêt personnel que l'auteur pourrait retirer de ces actes sont indifférents ^[13].

Quant aux deux composantes précitées, elles sont, chacune, appréciées dans un sens favorisant la constitution de l'élément matériel.

L'appréciation souple de l'octroi d'un avantage injustifié à autrui

En ce qui concerne la première composante, une analyse pourrait consister à appréhender l'avantage injustifié selon une acception stricte qui se manifesterait par l'obtention irrégulière d'un contrat public. Cela obligerait le juge à rechercher concrètement l'existence d'un avantage injustifié conféré à autrui. Il s'agirait donc de déterminer si la violation des règles applicables a réellement exercé une influence sur l'attribution du marché au profit d'autrui ^[14]. Suivant cette approche, la dualité de l'élément matériel aurait été de nature à restreindre le champ d'application du délit.

La Cour de cassation a une autre compréhension du texte qui tend à confondre l'octroi d'un avantage injustifié à autrui et l'accomplissement d'un acte contraire aux règles de publicité et de mise en concurrence. Elle considère en effet comme constituant un avantage injustifié au profit d'autrui tant l'attribution du marché ^[15] que la délivrance d'une information privilégiée ^[16] ou encore la rédaction d'un cahier de charges sur mesure ^[17]. Or, dans les deux derniers cas, l'octroi de l'avantage injustifié recouvre également un manquement aux règles garantissant le libre accès et l'égalité des candidats. Il n'est dès lors pas rare que la chambre criminelle considère que la violation des règles de la mise en concurrence a « nécessairement » eu pour effet d'octroyer un avantage injustifié ^[18]. Plus encore, la Cour de cassation n'a pas hésité à créer la notion de « défavoritisme » ^[19]. Ainsi, l'infraction est consommée lorsque le manquement avait pour but d'écarter une entreprise, sans pour autant chercher à favoriser un concurrent en particulier ^[20].

Au final, cette définition jurisprudentielle pour le moins tautologique ^[21] a souvent pour conséquence de réduire l'élément matériel à l'existence d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ^[22].

L'appréciation rigoureuse de l'acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et d'égalité des candidats

Le juge pénal doit se faire juge de la commande publique ainsi que l'y autorise l'article 111-5 du Code pénal ^[23]. Si, au départ, on pouvait craindre l'apparition de discordances entre le juge pénal et le juge administratif dans l'interprétation des dispositions régissant les procédures de passation ^[24], le délit d'octroi d'avantage injustifié fournit un parfait exemple du dialogue des juges. Ainsi, le juge pénal fait application des théories du *in house* ^[25] et de l'association transparente ^[26]. De même, il considère que le pouvoir adjudicateur est lié par les procédures plus contraignantes qu'il s'est lui-même imposées ^[27].

Il n'en demeure pas moins qu'à l'instar du juge de la commande publique, le juge pénal fait preuve de sévérité dans l'appréciation de la violation des dispositions ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les procédures de passation des contrats publics.

Tout d'abord, la jurisprudence refuse, assez logiquement, la rétroactivité de la règle de passation plus souple ^[28]. Dès lors, même si au jour où le juge pénal statue les dispositions violées ne sont plus en vigueur, l'élément matériel de l'infraction sera tout de même constitué. À titre d'exemple, la Cour de cassation a, en 2013, confirmé la condamnation de deux prévenus en raison notamment d'un manquement à l'article 39 du Code des marchés publics qui imposait, au moment des faits, l'envoi d'un avis de préinformation au JOCE ^[29].

Ensuite, force est de remarquer que la notion, au demeurant non définie, de « dispositions ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats » dans les procédures de passation des contrats publics permet d'englober la majeure partie des règles de publicité et de mise en concurrence. De surcroît, une telle formulation permet au juge pénal de faire appel aux principes généraux figurant à l'article premier du Code des marchés publics ^[30], lorsque aucune disposition précise n'est applicable. Partant, les marchés passés soumis à une procédure adaptée ou les marchés sans formalités préalables existants sous l'empire du code de 2001 sont pleinement visés par l'infraction ^[31].

La jurisprudence pénale foisonne d'exemples divers et variés concernant tous les stades de la conclusion voire de l'exécution d'un contrat public. Peuvent être cités : des manquements ayant trait à la préparation de la procédure comme par exemple une mauvaise définition des besoins ou la rédaction d'un cahier de charges sur mesure ^[32], ou relatifs à la passation du contrat comme c'est notamment le cas du fractionnement excessif du marché ^[33], du recours injustifié à la procédure négociée ^[34] ou à un marché à bons de commande ^[35], de l'application de critères non annoncés ^[36], du choix d'une candidature ^[37] ou d'une offre ^[38] irrégulière mais également en cas de conclusion d'un avenant ^[39].

La sévérité dont peut faire preuve le juge pénal est exacerbée s'agissant de l'élément intentionnel.

Un élément intentionnel systématiquement caractérisé

Contrairement à ce qu'avaient annoncé les commentateurs de la loi n° 31-3 du 3 janvier 1991 ^[40], le délit d'octroi

d'avantage injustifié est un délit intentionnel. Néanmoins, du fait de l'interprétation qui en est faite par la chambre criminelle de la Cour de cassation, l'élément intentionnel est réduit à peu de chagrin.

La définition restrictive de l'élément intentionnel

À la lecture de l'article 432-14 du Code pénal, d'aucuns sont en droit de considérer que l'infraction implique de caractériser à la fois un dol général et un dol spécial. Le premier est le fait, pour l'intéressé, de violer, de façon consciente et délibérée, la règle de droit encadrant la passation du contrat en question, tandis que le second réside dans la volonté de l'auteur de l'acte de privilégier l'un des candidats.

La chambre criminelle n'a pas retenu cette solution. Par un arrêt de 2004^[41], elle a considérablement restreint l'étendue de l'élément matériel^[42] en considérant que « l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du Code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'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 ». Il résulte de cette conception que seul le dol général est pris en compte à l'exclusion du dol spécial^[43]. Autrement dit, il s'avère indifférent que l'auteur ait eu ou non l'intention de conférer un avantage à autrui. Cette position pourtant critiquable est constamment réaffirmée par la Cour de cassation^[44] face à des juridictions du fond qui semblent l'encourager à une plus grande souplesse.

Une appréciation sévère de l'élément intentionnel

Compte tenu de la complexité croissante des procédures de passation, on pourrait imaginer qu'un prévenu se prévale de l'erreur de droit dans le but de démontrer qu'il n'avait pas l'intention de violer les dispositions applicables et de faire échec au prononcé d'une condamnation. Or, une telle argumentation est rejetée par la chambre criminelle qui prend en compte la qualité et l'expérience du prévenu pour en déduire l'existence de l'élément intentionnel. Ainsi, l'élu^[45] ou l'agent public expérimenté ou haut gradé^[46] sera de fait considéré comme ayant sciemment méconnu les règles de la mise en concurrence. Hormis ces éléments, la répétition des manquements permettra également de caractériser l'infraction^[47]. En pratique, le délit d'octroi d'avantage injustifié devient ainsi quasiment une infraction formelle : l'existence d'un manquement aux règles de la commande publique par une personne disposant de quelque peu d'expérience suffit à caractériser l'élément intentionnel de l'infraction.

Conclusion

À suivre l'interprétation actuelle de ses éléments constitutifs, le délit d'octroi d'avantage injustifié pourrait fréquemment être retenu. Par exemple, toutes les fois où le juge du référé précontractuel prononce l'annulation d'une procédure de passation, la mise en œuvre de poursuite pénale serait envisageable. Fort heureusement, il ressort des décisions jurisprudentielles que le parquet use, le plus souvent, à bon escient de l'opportunité des poursuites.

Il n'en demeure pas moins que les élus et agents publics sont confrontés à un risque pénal non négligeable, si bien que certains plaideraient pour la suppression pure et simple de ce délit. Nous ne sommes pas de cet avis car, en tant qu'il garantit la probité publique, il s'agit d'un délit nécessaire. Cependant, une définition de ses éléments constitutifs plus conforme aux principes généraux du droit pénal permettrait d'apporter une plus grande sécurité juridique tout en respectant les objectifs du législateur.

Puisque la période est propice aux vœux, nous formulons celui de voir, d'une part, le délit défini plus clairement par référence aux contrats dont l'attribution est soumise à une mise en concurrence obligatoire, et d'autre part, la Cour de cassation inviter les juges du fond à rechercher si le manquement reproché avait pour objet ou pour effet d'influer au profit d'un candidat particulier l'attribution du marché.

Mots clés

Champ d'application • Définition • Élément intentionnel • Élément matériel

[1] O. Guézou (sous la direction de), « Recours de l'article 432-14 du code pénal : le délit de « favoritisme » », Droit des marchés publics et des contrats publics spéciaux, III.656, Tome 2, Le Moniteur, 2009.

[2] CA Toulouse 22 novembre 2006, n° 06/00356 ; circulaire n° 98-04 G3 du 2 juillet 1998 portant synthèse de la jurisprudence relative à l'application de l'article 432-14 du code pénal réprimant les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public.

[3] Nous renvoyons à l'étude consacrée à ce point dans le présent dossier

[4] Mise à part la modification de l'unité monétaire de la peine d'amende par l'ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000, la définition légale actuelle est issue de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

[5] CE 29 juillet 2004, Sueur et autres, req. n° 269815.

[6] CA Paris 26 novembre 2012, n° 3, 11/05454

[7] CA Saint-Denis de la Réunion, 20 février 2012, n° 12/00045.

[8] Cons. const. 5 mai 1998, n° 98-399 DC, point 8.

[9] Cons. const. 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, points 51 et 52.

[10] Cass. crim. 30 novembre 2011, n° 11-82.961.

[11] Extrait du Rapport annuel de la Cour de cassation pour 2008, « Les pratiques discriminatoires dans les marchés publics », RDI 2010, p. 128

[12] O. Guézou (sous la direction de), « Recours de l'article 432-14 du code pénal : le délit de « favoritisme » », précité.

[13] Le raisonnement serait proche de celui adopté par le juge administratif dans la jurisprudence SMIRGEOMES (CE Sect., 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, req. n° 305420, CP-ACCP, n° 83, décembre 2008, p. 41, note C. Cantié et G. Delalay).

- [14] Cass. crim. 30 juin 2004, n° 03-86.109; Cass. crim. 20 avril 2005, n° 04-83.017, Bull. crim.
- [15] Cass. crim. 30 juin 2004, n° 03-86.287.
- [16] W. Salamand, « Vous avez dit « défavoritisme » », Le Moniteur, 27 janvier 2006, p. 76.
- [17] Cass. crim. 12 décembre 2007, n° 07-80.177.
- [18] J. Savoye, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », D. 1999, p. 169 : dans cet article l'auteur avait justement plaidé pour une interprétation non tautologique de l'infraction, v. également : T. Del Farra, « Le risque pénal dans les marchés publics de travaux », RDI 1998, p. 467.
- [19] R. Mésa, « Précisions sur le régime des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêts », AJDA 2011, p. 2015.
- [20] Cette disposition autorise par dérogation le juge pénal à interpréter et à apprécier la légalité des actes administratifs.
- [21] T. Dal Farra, « Le risque pénal dans les marchés publics de travaux », précité.
- [22] Cass. crim. 25 juin 2008, n° 07-88.373, Bull. crim.
- [23] Cass. crim. 7 novembre 2012, n° 11-82.961, Bull. crim.
- [24] Cass. crim. 15 mai 2008, n° 07-88.369
- [25] Cass. crim. 28 janvier 2004, n° 02-86.597, Bull. crim.
- [26] Cass. crim. 2 octobre 2013, n° 12-85.606
- [27] Cass. crim. 14 février 2007, n° 06-81.924, Bull. crim.
- [28] Cass. crim. 14 février 2007, précité.
- [29] Voir supra.
- [30] Cass. crim. 10 septembre 2008, n° 08-80.589.
- [31] Cass. crim. 11 décembre 2002, n° 02-80.699.
- [32] Cass. crim. 17 octobre 2007, n° 06-87.472.
- [33] Cass. crim. 24 février 2010, n° 09-83.988
- [34] Cass. crim. 17 octobre 2007, n° 06-87.566, Bull. crim.
- [35] Cass. crim. 30 avril 2003, n° 02-83.285
- [36] Cass. crim. 27 septembre 2006, n° 06-81.300.
- [37] C'est l'article 7 de la loi n° 31-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence qui a instauré le délit d'octroi d'avantage injustifié
- [38] Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83.396, Bull. Crim.
- [39] M. Véron, « La régularité de l'incrimination au regard des principes constitutionnels (1^e esp.) Un aspect de l'élément matériel de l'infraction (2^e esp.) La définition de l'élément intentionnel (3^e esp.) », Dr. pénal 2012, comm. 29.
- [40] J. Lasserre Capdeville, « Favoritisme », Répertoire pénal Dalloz, 2010, n° 96 et s.
- [41] Cass. crim. 14 décembre 2011, n° 11-82.854 ; Cass. crim. 5 décembre 2012, n° 11-88.245.
- [42] Cass. crim. 15 septembre 1999, n° 98-87.588
- [43] Cass. crim. 8 mars 2006, n° 05-85.276
- [44] Cass. crim. 14 décembre 2011, n° 11-82.854 ; Cass. crim. 5 décembre 2012, n° 11-88.245.
- [45] Cass. crim. 15 septembre 1999, n° 98-87.588
- [46] Cass. crim. 15 décembre 2004, n° 03-83.474.
- [47] Cass. crim. 8 mars 2006, n° 05-85.276