

L'article 314 du Code pénal et l'absence de publicité : quand le droit pénal des marchés publics laisse la place au droit pénal général

Mots clés :

- Marchés publics ;
- droit pénal ;
- absence de recours ;
- procédure ouverte ou procédure restreinte ;
- avec ou sans publicité/publication
- discrimination (non)

Cour const., 11 mars 2021

Siég. : F. Daoût (prés.), L. Lavrysen (prés.), J.-P. Moerman, R. Leysen, Y. Kherbache, T. Detienne, D. Pieters (juges).

(arrêt n° 42/2021)

« Par jugement du 23 mai 2019, le Tribunal correctionnel francophone de Bruxelles a posé la question préjudicielle suivante :

« L'article 314 du Code pénal interprété comme ne visant que les soumissions ou enchères publiques ou effectuées dans le cadre de marchés publics selon une procédure ouverte ou restreinte, à l'exclusion des marchés conclus avec l'État ou une personne de droit public par procédure négociée, viole-t-il les articles 10 et 11 de la Constitution ? » ».

I. Résumé du litige devant le juge a quo

À la demande du Procureur du Roi, le tribunal a posé cette question préjudicielle étant donné que la partie poursuivante était confrontée à une affaire dans laquelle quatre prévenus avaient élaboré un « système de concurrence fictive au moyen de faux documents », scindant ou saucissonnant les marchés publics de la STIB, partie civile en cette cause, afin de rester en deçà des seuils légaux de publicité et d'attribuer les marchés à des sociétés auxquelles ils étaient liés.

Dans ce cadre, il leur était reproché notamment d'avoir enfreint l'article 314 du Code pénal, qui sanctionne l'entrave à la liberté des soumissions. Toutefois, la Cour de cassation avait déjà, dans un arrêt du 9 mars 2016, jugé que cet article ne s'appliquait pas aux procédures qui n'ont pas fait l'objet d'une publicité préalable, ce qui était le cas en l'espèce.

II. En droit (extraits)

« (...) »

B.4.1. La différence de traitement en cause repose sur le type de marché public concerné. La disposition en cause n'est pas applicable lorsque le marché public peut être et est passé selon la procédure négociée sans publicité. Elle l'est en revanche lorsque le marché public doit être passé selon la procédure de l'adjudication publique ou restreinte ou selon la procédure de l'appel d'offres général ou restreint. La procédure négociée sans publicité se distingue de la procédure de l'adjudication publique et de la procédure de l'appel d'offres, d'une part, par la circonstance que le ou les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services ont été préalablement sélectionnés par l'autorité, qui dispose à cette fin d'une possibilité de choix, et, d'autre part, par la possibilité de négociation des conditions du marché entre l'autorité publique et le ou les entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services retenus. La différence de traitement en cause repose dès lors sur ces deux caractéristiques.

B.4.2. L'article 314 du Code pénal est inspiré de l'article 412 du Code pénal de 1810, qui incriminait alors ceux qui « [auraient] entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions par voie de faits, violences ou menaces ». Sa rédaction actuelle est issue du remplacement de la disposition

originale par l'article 66 de la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ». Par cette modification, le législateur entendait non seulement lutter contre les violences ou menaces, mais également « mieux sanctionner les ententes illicites entre entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services », de manière à renforcer « l'interdiction de pratiques de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, qui sont contraires à l'ordre public » (Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 48).

B.5. Le caractère répréhensible de certains faits, le constat de ceux-ci en tant qu'infraction, la gravité de cette infraction et la sévérité avec laquelle elle peut être punie relèvent du pouvoir d'appréciation du législateur. La Cour empièterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences entre des comportements, dont certains sont érigés en infraction et d'autres pas, elle procédait chaque fois à une mise en balance fondée sur un jugement de valeur quant au caractère répréhensible des faits en cause par rapport à d'autres faits non punissables et ne limitait pas son examen aux cas dans lesquels le choix du législateur est à ce point incohérent qu'il aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable ou à une sanction manifestement disproportionnée.

B.6.1. En réprimant les violences, menaces ou ententes ayant pour but de fausser la concurrence lors d'enchères ou de soumissions, le législateur a pu considérer qu'il ne s'imposait pas, dans le contexte de la réglementation des marchés publics telle qu'elle était fixée par la loi du 24 décembre 1993, d'étendre la répression aux agissements commis lors de la passation de marchés publics dans le cadre de procédures négociées. En effet, il a pu estimer que les caractéristiques de ces procédures, mentionnées en B.4.1, étaient difficilement conciliables avec une infraction conçue pour garantir la concurrence entre les soumissionnaires par le caractère libre et public des enchères ou des soumissions.

B.6.2. Par ailleurs, l'exclusion des comportements contraires à l'ordre public adoptés lors de la passation de marchés publics selon la procédure négociée sans publicité du champ d'application de l'article 314 du Code pénal ne produit pas des effets disproportionnés pour les victimes de ces agissements, dès lors que les auteurs de ces agissements sont passibles de poursuites pénales sur la base d'autres qualifications, telles que, notamment, le faux en écritures et l'usage de faux, la corruption, la prise d'intérêt, la violation du secret professionnel, l'association de malfaiteurs ou l'escroquerie. Enfin, lors de l'attribution d'un marché public, le recours illicite à la procédure négociée sans publicité alors que le marché devait être passé selon la procédure d'adjudication publique ou selon la procédure d'appel d'offres, notamment par l'usage de techniques de fractionnement (« saucissonnage ») du marché, peut constituer une entrave ou un trouble à la liberté des enchères et des soumissions et relever à ce titre de l'article 314 du Code pénal.

B.7. La question préjudicielle appelle une réponse négative.

Cette conclusion ne porte pas atteinte à la possibilité pour le législateur d'examiner s'il est opportun de modifier l'incrimination visée à l'article 314 du Code pénal, en considération notamment de l'évolution législative en matière de réglementation des marchés publics ».

Observations

I. introduction

1. Cet arrêt de la Cour constitutionnelle semble de prime abord se limiter à une confirmation de la constitutionnalité de l'interprétation de la Cour de cassation, qui s'était prononcée sur le champ d'application de l'article 314 du Code pénal. Pourtant, de nombreux enseignements peuvent en être tirés et il ne manquera pas de susciter des réflexions chez les praticiens de la matière.

Il convient donc de s'attarder d'abord sur l'article 314 du Code pénal en lui-même, puis d'analyser la jurisprudence de la Cour de cassation sur son application, pour, fort de ces informations, décortiquer l'arrêt de la Cour constitutionnelle.

Cela nous permettra d'entamer différentes réflexions. Premièrement, sur l'application de l'arrêt à la législation actuellement en vigueur. Deuxièmement, sur l'intérêt et la pertinence du critère relatif à la

publicité du marché. Troisièmement, avant de conclure, nous observerons ce que le projet de nouveau Code pénal prévoit comme modification de l'article 314 du Code pénal.

II. L'entrave ou le trouble à la liberté des enchères ou soumissions : infraction pénale

2. L'actuel article 314 du Code pénal prévoit que « les personnes qui, dans les adjudications de la propriété, de l'usufruit ou de la location des choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, auront entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions, par violences ou par menaces, par dons ou promesses ou par tout autre moyen frauduleux, seront punies d'un emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cent [euros] à trois mille [euros] ».

Dans son arrêt du 11 mars 2021, la Cour constitutionnelle relève l'origine de cet article et expose ceci :

« B.4.2. L'article 314 du Code pénal est inspiré de l'article 412 du Code pénal de 1810, qui incriminait alors ceux qui « [auraient] entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions par voie de faits, violences ou menaces ». Sa rédaction actuelle est issue du remplacement de la disposition originale par l'article 66 de la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ». Par cette modification, le législateur entendait non seulement lutter contre les violences ou menaces, mais également « mieux sanctionner les ententes illicites entre entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services », de manière à renforcer « l'interdiction de pratiques de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, qui sont contraires à l'ordre public » (Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 48) »¹.

Si l'on approfondit l'examen des travaux préparatoires, l'on peut y lire que la modification de cette infraction poursuivait différents buts : renforcer l'interdiction des ententes illicites ; prouver plus facilement ces agissements puisque la justice pénale, mieux armée pour enquêter, peut mettre ces ententes à jour ; sanctionner ces ententes quel que soit le moment où elles interviennent (avant, ou pendant les enchères ou les soumissions) ; surtout mettre fin à la nécessité d'établir des violences ou menaces pour pouvoir poursuivre sur la base de l'article 314 du Code pénal².

Sur ce dernier objectif, le législateur a précisé que « *cette condition restrictive rend l'article 314 actuel du Code pénal totalement inapplicable aux ententes dont on conçoit aisément qu'elles sont habituellement conclues à la suite de dons ou promesses, et non par menaces ou violences* »³.

III. Le champ d'application de l'infraction pénale « précisé » par la Cour de cassation

3. Le 22 mai 2012, la Cour de cassation donnait quelques précisions sur la manière dont il fallait apprécier les contours de l'article 314 du Code pénal⁴.

Le pourvoi en cassation faisait grief à l'article 314 du Code pénal de ne pas respecter notamment les articles 12, al. 2, et 14 de la Constitution, en ce que « la qualification extrêmement large et vague de l'élément constitutif « par tout autre moyen frauduleux » ne répond effectivement pas au principe *lex certa*, fondé sur le principe de la légalité, qui requiert une description claire et précise des agissements punissables ; une telle qualification sans aucune autre précision de fond faillit à tout cadre de référence ou de contrôle légalement précis et la personne faisant l'objet de la sanction subit une insécurité juridique inadmissible ».

En réponse, la Cour a jugé que le moyen manquait en droit étant entendu que :

« 14. Le champ d'application ratione personae de la disposition pénale est clairement défini : la disposition s'adresse à quiconque prend part à l'adjudication de la propriété, de l'usufruit ou de la location de choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une

¹ C.C., 11 mars 2021, 42/2021.

² Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 48-49.

³ Doc. parl., Sénat, 1992-1993, n° 656/1, p. 49.

⁴ Cass. (2e ch.), 22/05/2012, *Pas.*, 2012/5, pp. 1135-1150.

exploitation ou d'un service quelconque, en d'autres termes à quiconque prend part à une transaction par laquelle il y a mise aux enchères publiques.

15. Le champ d'application matériel est suffisamment délimité : la disposition pénale concerne l'adjudication aux enchères publiques de la propriété, de l'usufruit ou de la location de choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque, dans laquelle la liberté des enchères ou la soumission aura été entravée ou troublée par violences ou par menaces, par dons ou promesses ou par tout autre moyen frauduleux.

16. La fraude est une notion que le législateur emploie régulièrement et est connue de la jurisprudence et de la doctrine. Elle n'a d'autre signification que celle du langage usuel et compte, en général, tous les agissements frauduleux visant à se procurer ou à procurer à autrui un avantage illégitime. En l'espèce, la loi vise spécifiquement les agissements qui influencent négativement la liberté des enchères ou la soumission et portent ainsi préjudice aux finances publiques et à la concurrence loyale.

17. Un élément moral doit également être établi pour la punissabilité. Le dol général suffit : celui qui entrave ou trouble sciemment la liberté des enchères ou la soumission ressortit à l'application de l'article 314 du Code pénal.

18. Il s'ensuit que la disposition légale précitée est clairement suffisamment précise pour toutes les personnes auxquelles elle s'applique et ne viole manifestement pas les articles 12, alinéa 2, 14 de la Constitution, 7.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques »⁵.

Ce même arrêt de la Cour de cassation jugeait aussi à propos du champ d'application de l'article 314 du Code pénal que « cette disposition ne limite pas le champ d'application de celle-ci aux soumissionnaires. Son application s'étend à quiconque entrave ou trouble la liberté des enchères ou des soumissions d'une des manières énoncées à l'article 314 du Code pénal »⁶.

Les travaux préparatoires de l'article 314 du Code pénal et la jurisprudence précités nous apprennent donc que le champ d'application est voulu comme étant très large :

- d'un point de vue temporel : le moment de l'entente importe peu tant que cela peut affecter la concurrence et le marché ;
- du point de vue de l'auteur : il ne doit pas nécessairement être un soumissionnaire ;
- du point de vue du procédé qui reprend désormais tout moyen frauduleux sans que la violence ou la menace doive être nécessairement établie ;
- du point de vue des éléments constitutifs : il suffit que les éléments matériels soient rencontrés, aucune intention particulière ne doit donc être démontrée (intention frauduleuse, intention de nuire).

4. Pour revenir à l'arrêt de la Cour constitutionnelle étudié, il faut nécessairement avoir égard à l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 2016, puisque dans une certaine mesure, il était demandé à la Cour constitutionnelle d'invalidier son enseignement, étant donné la discrimination qui résulterait de la lecture qui avait été faite par la Cour de cassation.

Certains auteurs avaient d'ailleurs appelé de leurs vœux le fait que la Cour constitutionnelle se prononce à ce sujet, considérant qu'elle aurait dû prendre le contrepied de la position adoptée par la Cour de cassation, notamment au vu des principes généraux des marchés publics prévus par le droit européen, du caractère d'ordre public de la législation et des principes d'égalité et non-discrimination garantis par la Constitution⁷.

⁵ Cass. (2e ch.), 22/05/2012, *Pas.*, 2012/5, p. 1139-1140.

⁶ Cass. (2e ch.), 22/05/2012, *Pas.*, 2012/5, p. 1141 ; Cour de cassation, 22/05/2012, *A.P.T.*, 2012/3, p. 694.

⁷ Voy. en ce sens S. KAISERGRUBER, « Quel bilan pour le droit pénal des marchés publics ? », in *Chronique des marchés publics 2018-2019*, Bruxelles, EBP consulting, 2019, p. 628 et s.

Dans cette affaire, le demandeur en cassation était le Procureur général près la Cour d'appel de Liège qui reprochait à l'arrêt de la Cour d'appel de Liège « d'acquitter les défendeurs d'entrave ou de trouble à la liberté des enchères et des soumissions, au motif que ce délit ne s'applique pas en cas de procédure négociée, alors que, selon le demandeur, les adjudications reprochées aux défendeurs concernaient un marché public et avaient induit un appel à la concurrence ».

La Cour de cassation a ainsi jugé que :

« D'une part, l'adjudication visée par l'article 314 du Code pénal suppose un appel public à la concurrence entre plusieurs amateurs d'un bien ou d'un contrat qui ont la possibilité d'en obtenir l'attribution en formulant l'offre la plus avantageuse ensuite d'enchères ou de soumissions.

D'autre part, l'article 17, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, définit le marché public par procédure négociée comme étant le marché pour lequel le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs, ou prestataires de service de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les paragraphes 2 et 3 de cet article énoncent les cas où les marchés publics peuvent, respectivement sans règles de publicité lors du lancement de la procédure ou moyennant celles-ci, être traités par une procédure négociée entre l'adjudicateur et plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services. Les marchés publics par procédure négociée ne se caractérisent donc pas par les mesures de publicité qui les entourent ou non ou par la concurrence éventuelle entre candidats. Ils se définissent par la négociation des conditions du marché entre l'adjudicateur et un ou plusieurs de ces entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de service que cet adjudicateur a préalablement choisis en dehors d'un appel d'offres public préalable qui aurait été adressé à tout candidat potentiel.

Dès lors que la concurrence requise par l'article 314 du Code pénal doit jouer entre personnes qui se sont manifestées ensuite d'un appel public, l'infraction d'entrave ou de trouble de la liberté des enchères et des soumissions ne concerne que l'attribution des marchés publics selon les procédures ouvertes ou restreintes. Elle est, par contre, étrangère aux marchés publics conclus par procédure négociée, quelle que soit la concurrence instaurée entre les candidats pressentis par l'adjudicateur, la possibilité de surenchère et les mesures de publicité qui entourent la conclusion du contrat »⁸.

En réalité, même si l'on peut regretter que le champ d'application de l'article 314 du Code pénal soit ainsi limité, la Cour de cassation n'aurait, selon nous, pas pu juger autre chose, puisque telle avait été la volonté du législateur, ce qu'elle relève d'ailleurs fort bien.

Nous rejoignons à cet égard l'analyse de S. Kaisergruber qui estimait dans une contribution rédigée en 2019 que « cette interprétation de la Cour de cassation peut se comprendre dans la mesure où, dès 1846, le législateur a entendu opérer une distinction entre l'adjudication publique, d'une part, et la procédure de gré à gré, d'autre part, soit la procédure à laquelle il ne peut être recouru que de manière exceptionnelle et dans certains cas bien déterminés, « caractérisée dans le chef de l'administration par une liberté entière de discussion et d'attribution du marché, étant entendu qu'elle peut néanmoins rester tenue d'organiser, dans toute la mesure du possible et par tous les moyens appropriés, la mise en concurrence des entrepreneurs et fournisseurs susceptibles de réaliser la prestation qui doit faire l'objet dudit marché ». Il peut donc en être inféré que l'utilisation du terme « adjudication » par le législateur lors de l'adoption de l'article 314 du Code pénal en 1867 n'est pas anodin et que son intention était effectivement de ne pas incriminer l'entrave à la liberté des enchères et des soumissions dans le cadre d'un marché passé de gré à gré »⁹.

Un autre positionnement aurait pu être défendu, auquel nous n'adhérons pas, en appliquant une lecture téléologique de l'article 314 du Code pénal, étendant de ce fait la notion d'adjudication à l'ensemble des

⁸ Cass., 2e ch. — 9 mars 2016 (RG P.16.0103.F), *Pas.*, 2016/3, p. 611-613.

⁹ S. KAISERGRUBER, « Quel bilan pour le droit pénal des marchés publics ? », *op. cit.*, p. 634.

contrats publics. La Cour constitutionnelle a dû répondre à cette thèse, puisqu'il s'agissait de la ligne de défense de la STIB.

IV. La Cour constitutionnelle appelée à la rescousse pour redéfinir le champ d'application de l'infraction pénale

A. Les thèses des parties

5. Comme évoqué ci-dessus, la STIB, partie civile dans la procédure devant le Juge *a quo*, a été très active dans la procédure sur question préjudicielle, en support à l'interprétation que le Ministère public souhaitait donner à l'incrimination litigieuse. Il était effectivement dans son intérêt d'interpréter l'article 314 du Code pénal comme visant également les procédures négociées sans publicité, sans quoi ses anciens employés et leurs complices ne pouvaient pas se faire condamner sur pied de cette disposition du Code pénal.

Il est donc intéressant de reprendre les éléments qui ont constitué la position de la STIB devant la Cour constitutionnelle :

« (...) l'article 314 du Code pénal est utilisé seul, sans qu'il soit précisé qu'il s'agit d'une adjudication « publique ». La Cour de cassation prête donc à cette disposition un élément qui n'y figure pas, à savoir qu'elle ne s'appliquerait qu'aux procédures faisant l'objet d'une publicité préalable, à l'exception, par conséquent, des autres procédures, notamment des procédures négociées.

Pour la STIB, l'essentiel dans une procédure d'adjudication, quelle qu'elle soit, consiste à mettre en concurrence des soumissionnaires. Toutes les lois relatives aux marchés publics, à savoir la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » (applicable à l'espèce), la loi du 15 juin 2006 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services » et la loi du 17 juin 2016 « relative aux contrats de concession », renvoient aux trois principes suivants : non-discrimination, transparence et obligation de mise en concurrence réelle non faussée.

La STIB soutient qu'à l'évidence, le législateur a toujours voulu garantir la libre concurrence et l'égalité entre les soumissionnaires et ce, indépendamment de la procédure d'adjudication choisie.

En l'espèce, en « saucissonnant » le marché et en créant de fausses sociétés, prétendument concurrentes, tant les fonctionnaires publics que les entrepreneurs ont clairement eu l'intention de limiter artificiellement cette concurrence et de soustraire le marché au champ d'application de certaines règles.

L'interprétation donnée à l'article 314 du Code pénal par la Cour de cassation a pour conséquence de créer une discrimination injustifiée entre les victimes du non-respect des principes généraux dans le cadre de l'attribution de marchés publics selon une procédure ouverte, qui bénéficieraient de la protection de l'article 314 du Code pénal, et les victimes de ce même non-respect dans le cadre d'une procédure négociée, qui n'en bénéficieraient pas.

Une telle interprétation n'est pas justifiée, estime la STIB. Se fondant sur l'arrêt *Parking Brixen* rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 13 octobre 2005 (C-458/03) au sujet de l'attribution d'une concession, la STIB soutient qu'un « appel public » doit avoir eu lieu pour que les principes de transparence et de non-discrimination soient respectés, y compris donc dans une procédure négociée ».

Le Conseil des ministres avait, quant à lui, raisonné en deux temps, s'inscrivant en opposition avec ce qui était défendu par la STIB et ce qui semblait être le souhait du Ministère public à l'origine de la question préjudicielle.

Il appelait, à titre principal, à ce qu'une réponse négative soit donnée par la Cour constitutionnelle étant donné que :

« (...) dès lors que la procédure négociée n'est pas comparable aux procédures ouvertes ou restreintes, de sorte que les situations des victimes du non-respect des règles de ces deux types de procédures ne sont pas comparables non plus.

La notion de « procédure négociée » issue du droit de l'Union européenne a été transposée en droit belge par la loi du 24 décembre 1993 précitée, qui a remplacé la notion de « convention de gré à gré » par la notion de « procédure négociée ». La procédure négociée se caractérise par (1) le choix fait par le pouvoir adjudicateur des candidats qui sont autorisés à participer au marché public et (2) la négociation des conditions du marché public entre le pouvoir adjudicataire et les soumissionnaires choisis. La procédure ouverte ou fermée, qu'il s'agisse d'une adjudication ou d'un appel d'offres, se caractérise par (1) une ouverture publique des offres et (2) l'établissement unilatéral des offres par les soumissionnaires, en l'absence de négociation. Cette procédure est beaucoup plus rigide que la première. On ne peut donc raisonnablement comparer ces deux procédures, conclut le Conseil des ministres ».

A titre subsidiaire, le Conseil des ministres estimait que la différence de traitement repose sur un critère objectif : « *l'organisation d'une adjudication au cours de la procédure en question* » et que le but poursuivi par l'article 314 du Code pénal n'est pas de poursuivre « *la corruption en matière de marché public* ».

Enfin, le Conseil des ministres proposait aussi une interprétation conciliante à la Cour en faisant valoir qu'en définitive seule la procédure négociée sans publicité préalable correspond à la procédure de gré à gré clairement exclue du champ d'application de l'article 314 du Code pénal, suggérant la réponse suivante : « Interprété comme visant les soumissions ou enchères publiques ou effectuées dans le cadre de marchés publics selon une procédure ouverte ou restreinte, à l'exclusion des marchés conclus avec l'État ou une personne de droit public par procédure négociée sans publicité préalable, l'article 314 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution ».

B. L'article 314 du Code pénal ne vise pas les procédures négociées

6. Si l'on a égard aux règles d'interprétation de la loi, c'est sans grande surprise que la Cour constitutionnelle a rejeté les arguments de la partie civile. En effet, alors qu'une interprétation téléologique est possible lorsque la loi n'a pas pu prévoir certaines évolutions et que, partant, le législateur n'a pas imaginé une situation qu'il ne pouvait à l'époque concevoir¹⁰, en l'occurrence, comme nous l'avons vu, le législateur a délibérément exclu les marchés de gré à gré du champ d'application de l'article 314 du Code pénal.

En ce sens, il a déjà été jugé par le Conseil d'État qu'« (...) il n'appartient pas au Conseil d'État d'interpréter la loi en lui donnant un sens contraire à son texte et à l'intention clairement exprimée par le législateur au cours des travaux préparatoires »¹¹ et que « (...) Ce n'est (...) qu'en cas de doute sur la portée à donner à une règle de droit qu'il s'imposerait d'interpréter le texte au regard des objectifs poursuivis (...) »¹² et enfin qu'« une disposition claire ne s'interprète pas (...) »¹³.

Il faut par ailleurs souligner que, s'agissant d'une incrimination pénale, il n'est pas question de l'interpréter de manière extensive. A ce propos, la Cour constitutionnelle a déjà jugé que « le principe de légalité en matière pénale procède en outre de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir, au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable. Il exige que le législateur indique, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin, d'une part, que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et afin, d'autre part, que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation »¹⁴.

¹⁰ Voy. par exemple C.E., 9 avril 2004, 130.202, Reynaert.

¹¹ C.E., 9 juin 2017, 238.471, Fondation polaire internationale.

¹² C.E., 7 novembre 2019, 246.030, Asbl Namur 1980.

¹³ C.E., 23 juin 2015, 231.708, Mezzatesta.

¹⁴ C.C., 31 juillet 2008, 110/2008, B.3.6.

La Cour constitutionnelle juge donc, sans équivoque, que les procédures négociées sont exclues du champ d'application de l'article 314 du Code pénal.

C. l'exclusion des procédures négociées du champ d'application de l'article 314 du Code pénal n'est pas discriminatoire

7. En l'espèce, la Cour analyse donc si le critère de différenciation était objectif et raisonnablement justifié : « l'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure critiquée ainsi que de la nature des principes en cause ; le principe d'égalité et de non-discrimination est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

Elle ne le dit pas véritablement en ce qui concerne le critère de différenciation, puisqu'elle se borne à relever que la différence de traitement repose sur la possibilité de choix et la possibilité de négociation¹⁵, sans préciser si ces critères sont pertinents ou suffisamment objectifs.

La Cour conclut en définitive que le législateur a pu estimer que dans le cadre de l'adoption de la loi du 24 décembre 1993, il n'y avait pas lieu « *d'étendre la répression aux agissements commis lors de la passation de marchés publics dans le cadre de procédures négociées* », ne jugeant donc pas la situation contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution.

En procédant un test de constitutionnalité que l'on peut qualifier « d'allégé », la Cour constitutionnelle conclut donc au caractère non-discriminatoire du choix posé par le législateur d'exclure les procédures négociées du champ d'application de l'article 314 du Code pénal.

D. Une interprétation conciliante n'aurait pas été envisageable

8. Cette volonté du législateur pouvait bien entendu questionner à l'époque et peut-être encore plus le fait qu'il n'ait pas cherché à modifier l'article en question depuis lors, mais cela n'autorisait bien évidemment pas les cours et tribunaux et la Cour de cassation à l'immixtion dans les prérogatives du pouvoir législatif, en modifiant d'autorité le champ d'application d'une disposition pénale.

La Cour constitutionnelle n'aurait donc pu, selon nous, si elle avait jugé la situation discriminatoire, proposer une interprétation conciliante, mais elle aurait dû se limiter à un constat d'inconstitutionnalité et renvoyer la balle dans le camp du législateur.

La Cour constitutionnelle relève à cet égard que :

« B.5. Le caractère répréhensible de certains faits, le constat de ceux-ci en tant qu'infraction, la gravité de cette infraction et la sévérité avec laquelle elle peut être punie relèvent du pouvoir d'appréciation du législateur.

La Cour empièterait sur le domaine réservé au législateur si, en s'interrogeant sur la justification des différences entre des comportements, dont certains sont érigés en infraction et d'autres pas, elle procédait chaque fois à une mise en balance fondée sur un jugement de valeur quant au caractère répréhensible des faits en cause par rapport à d'autres faits non punissables et ne limitait pas son examen aux cas dans lesquels le choix du législateur est à ce point incohérent qu'il aboutit à une différence de traitement manifestement déraisonnable ou à une sanction manifestement disproportionnée ».

Le principe de séparation des pouvoirs et le principe de légalité du droit pénal ne permettraient pas, selon nous, à la Cour constitutionnelle de prendre certaines libertés sur la volonté clairement exprimée par le législateur¹⁶.

E. Les messages cachés de la Cour constitutionnelle

¹⁵ Ce second sous-critère ne paraît par ailleurs pas déterminant puisque la faculté de négocier est possible dans une série d'autres modes de passation.

¹⁶ C.C., 21/06/2006, *J.L.M.B.*, 2006/34, pp. 1496-1503.

9. Même si l'arrêt du 11 mars 2021 ne s'est assurément pas engagé dans cette voie, il peut être lu, entre les lignes, ce que l'on pourrait comprendre comme une invitation à l'action à l'intention du pouvoir législatif, mais également comme une interprétation du champ d'application de l'article 314 du Code pénal qui s'inscrit, dans une certaine mesure, en contradiction avec celle qui semble être appliquée par les cours et tribunaux.

10. D'abord, même si la Cour de cassation ne l'a pas exprimé clairement dans son arrêt du 9 mars 2016, il semble qu'à défaut d'un appel public, bien que ce défaut soit dû à un comportement frauduleux de scission ou de saucissonnage, l'article 314 du Code pénal ne serait pas applicable. Un tel raisonnement a aussi été tenu par des juridictions correctionnelles¹⁷.

Cette compréhension de l'article 314 du Code pénal, qui revient à donner un blanc-seing à ce type d'opérations qui contournent les règles les plus élémentaires de concurrence, ne manque pas d'étonner.

A tel point qu'il semble que la Cour constitutionnelle a souhaité entrouvrir une porte en jugeant que : *« lors de l'attribution d'un marché public, le recours illicite à la procédure négociée sans publicité alors que le marché devait être passé selon la procédure d'adjudication publique ou selon la procédure d'appel d'offres, notamment par l'usage de techniques de fractionnement (« saucissonnage ») du marché, peut constituer une entrave ou un trouble à la liberté des enchères et des soumissions et relever à ce titre de l'article 314 du Code pénal »*¹⁸.

Peut-on pour autant considérer qu'en raisonnant de la sorte, la Cour infirme l'impossibilité d'interpréter une disposition pénale de manière téléologique quand le texte clair ? Nous ne le pensons pas. Selon nous, la question du « saucissonnage » du marché intervient en réalité en amont du choix de la procédure, ce qui justifie que même si l'on opte en définitive pour une procédure négociée, mais qu'il en aurait été autrement si les intervenants n'avaient pas artificiellement fractionné le marché public en plusieurs, le marché aurait en réalité dû ressortir du champ d'application de l'article 314 du Code pénal.

L'idée est donc de tenir compte de ce qui dû être, plutôt de ce qui a été.

Dans cette hypothèse, il appartiendrait au Ministère public et aux éventuelles parties civiles de démontrer que c'est précisément pour éviter une procédure avec publicité que les prévenus ont fractionné le marché, alors qu'une telle procédure était légalement imposée, en manière telle qu'il s'agit bien d'une entrave ou d'un trouble aux enchères réprimé par la disposition pénale précitée.

Certes, il s'agit d'un raisonnement alambiqué. Certes, la disposition pénale actuelle n'est pas limpide sur le fait qu'elle engloberait également ce type de comportements. Certes, la preuve de ces agissements sera probablement difficile à apporter. Mais, il nous semble que cette position est juridiquement cohérente et qu'elle rencontre la volonté du législateur de poursuivre pénalement des comportements illicites qui touchent *in fine* aux adjudications et appels d'offre (ou plus généralement des procédures avec publicité), quelle que soit la qualification qui a été donnée à la procédure par les intéressés.

11. Ensuite, parce que la Cour constitutionnelle se livre, selon notre lecture, à plusieurs appels du pied visant à pousser le législateur à s'interroger sur la possibilité d'une réforme de la seule véritable incrimination pénale spécifique aux marchés publics.

Ainsi, elle juge qu' « en réprimant les violences, menaces ou ententes ayant pour but de fausser la concurrence lors d'enchères ou de soumissions, le législateur a pu considérer qu'il ne s'imposait pas, dans le contexte de la réglementation des marchés publics telle qu'elle était fixée par la loi du 24 décembre 1993, d'étendre la répression aux agissements commis lors de la passation de marchés

¹⁷ S. KAISERGRUBER, « Quel bilan pour le droit pénal des marchés publics ? », *op. cit.*, p. 635 ; A. MASSET, « Le droit pénal des marchés publics » in BEN MESSAOUD, S. et VISEUR, F. (dir.), *Marchés publics*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 397, 403.

¹⁸ Voy. C. PHILIPS, « Cour constitutionnelle : le délit d'entrave à la liberté des enchères ne s'applique pas aux marchés publics par procédure négociée (CC, 11 mars 2021, n° 42/2021) », *B.J.S.*, 2021/670, p. 16, ainsi que H. BOSLY, E. DELHAISE, D. VANDERMEERSCH, F. KUTY, N. COLETTE-BASECQZ, O. NEDERLANDT, L. KENNES et V. BOSLY, « Chronique semestrielle de jurisprudence [pénale] 1/2021 », *Rev. dr. pén.*, 2021/5, p. 413-545. qui mettent également en évidence ce passage de l'arrêt.

publics dans le cadre de procédures négociées ». Elle ajoute même après avoir conclu au fait que la question préjudicielle appelait une réponse négative que « cette conclusion ne porte pas atteinte à la possibilité pour le législateur d'examiner s'il est opportun de modifier l'incrimination visée à l'article 314 du Code pénal, en considération notamment de l'évolution législative en matière de réglementation des marchés publics »¹⁹.

Ce rappel des compétences du législateur nous fait penser que la Cour constitutionnelle estime, à tout le moins, que la question de l'évolution ou de l'adaptation de l'incrimination à la législation marché public actuelle devrait être traitée par le pouvoir législatif.

12. Justement, la Cour constitutionnelle le précise, elle traite naturellement la question uniquement sous le prisme de la législation applicable à l'affaire dont le juge *a quo* est saisi. Dès lors, seule la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, a été analysée pour apprécier si elle ne créait pas une discrimination inadmissible, et non les deux législations postérieures.

Afin d'apprécier si la réponse eût pu être différente en application de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ou de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, il convient de mettre en évidence les points de convergence et de divergence entre les différentes législations.

D'abord, les terminologies entre les lois de 1993 et de 2006 sont restées inchangées.

Trois procédures sont distinguées dans ces législations.

Premièrement, l'adjudication, dont le critère d'attribution est le prix et qui peut être organisée sous la forme d'une procédure ouverte ou restreinte avec une demande de participation.

Deuxièmement, l'appel d'offres, dont les critères d'attribution ne sont pas uniquement constitués du prix, appel qui peut être, lui aussi, sous la forme d'une procédure ouverte ou restreinte.

Troisièmement, la procédure négociée, qui peut être organisée soit avec publicité, soit sans publicité.

La réforme de 2016 a, quant à elle, modifié la terminologie, puisque l'on y retrouve principalement cinq procédures de passation dans les secteurs classiques : la procédure ouverte, la procédure restreinte, la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable la procédure négociée sans publication préalable, et les marchés de faible montant. A l'exception des deux dernières procédures, toutes les autres nécessitent la publication d'un avis de marché.

Dès lors, dans ces deux législations, selon l'article 314 du Code pénal et l'arrêt de la Cour constitutionnelle, les cas de figure qui nous intéressent sont ceux qui ne prévoient aucune publicité, c'est-à-dire la procédure négociée sans publicité (sous la loi de 2006) et la procédure négociée sans publication préalable (sous la loi de 2016) et, le cas échéant, les marchés de faible montant.

Lorsque l'on analyse les hypothèses dans lesquelles ces modes de passation interviennent, dans l'article 26 de la loi de 2006 et l'article 42 de la loi de 2016, l'on n'aperçoit pas de différences majeures qui permettraient de considérer que la réponse donnée par la Cour constitutionnelle pourrait être différente si la question était posée dans une affaire où la législation de 2016 serait d'application.

En effet, même si la terminologie est différente, il n'en reste pas moins que l'on peut toujours clairement distinguer parmi les différents modes de passation, l'un qui ne prévoit aucune publicité ou publication et qui sort donc du champ d'application de l'article 314 du Code pénal, puisqu'il peut être assimilé à la procédure de gré à gré de l'époque.

Par ailleurs, il faut remarquer que si l'on pouvait *a priori* penser que ce mode de passation, sans publication, est exceptionnel, la pratique indique qu'il est en réalité assez fréquent, dès lors que son usage dépend – pour l'essentiel – de la valeur des commandes. Ensuite parce que d'autres hypothèses

¹⁹ C.C., 11 mars 2021, 42/2021, B.6.1. et B.7 (nous soulignons).

de recours à la procédure négociée sans publication préalable, telle que l'urgence impérieuse, permettent de s'abstenir de toute publication, quel que soit le montant de la dépense à approuver.

La pandémie de Covid-19 a, par exemple, été à l'origine d'une urgence impérieuse dans de nombreux domaines, comme la fourniture de matériels médicaux, la mise en place de systèmes de gardiennage pour les centres de vaccination, l'achat, le transport ou la conservation des vaccins²⁰.

Ces marchés ont souvent été conclus pour des montants très importants.

Pour autant, la seule absence de publication, permet-elle encore de justifier que ce mode de passation n'entre pas dans le champ d'application de l'unique infraction pénale spécifique aux marchés publics ? Le seul fait que le pouvoir adjudicateur dispose d'un choix (qu'il n'a pas toujours véritablement en pratique) et qu'il a théoriquement la faculté de négocier les conditions du marché²¹ (ce qui n'est pas non plus nécessairement possible dans les faits), justifie-t-il de maintenir ce mode de passation hors du champ d'application de l'article 314 du Code pénal ?

Les nouveaux marchés « Covid-19 » constituent un parfait exemple de situations dans lesquelles le pouvoir adjudicateur n'avait, bien souvent, pas l'embarras du choix des soumissionnaires et pour lesquelles les conditions du marché laissaient en pratique très peu de marge de négociation pour les autorités publiques, contraintes de réagir sans délai et en fonction de ce qui était réellement disponible.

Dès lors, ne pourrait-on pas abandonner « le caractère libre et public des enchères ou des soumissions », en sanctionnant toute entrave ou trouble quel que soit le mode de passation ?

Avant de donner notre réponse à cette question, un bref examen de l'alternative à l'article 314 du Code pénal que constitue le droit pénal général nous semble s'imposer.

V. Les alternatives pénales à l'article 314

13. La Cour constitutionnelle mettait ainsi en évidence que « l'exclusion des comportements contraires à l'ordre public adoptés lors de la passation de marchés publics selon la procédure négociée sans publicité du champ d'application de l'article 314 du Code pénal ne produit pas des effets disproportionnés pour les victimes de ces agissements, dès lors que les auteurs de ces agissements sont passibles de poursuites pénales sur la base d'autres qualifications, telles que, notamment, le faux en écritures et l'usage de faux, la corruption, la prise d'intérêt, la violation du secret professionnel, l'association de malfaiteurs ou l'escroquerie »²².

Il s'agit effectivement des principales infractions utilisées, par défaut, pour sanctionner des comportements infractionnels qui rompent la concurrence dans les marchés publics²³. Il est vrai que la partie poursuivante dispose d'autres dispositions pénales que l'article 314 du Code pénal, pour sanctionner des malversations intervenues dans des marchés publics, qu'elle trouve parmi les infractions précitées.

Il est sans doute aussi vrai que, dans certains cas, le Ministère public privilégiera le droit pénal général à la disposition spécifique aux marchés publics, notamment parce qu'un certain flou subsiste(ait) sur les contours de l'article 314 du Code pénal, mais surtout parce que le taux des peines de l'article en question est très faible.

En effet, alors qu'une personne poursuivie sur pied de l'article 314 du Code pénal risque une peine d'emprisonnement de quinze jours à six mois et d'une amende de cent euros à trois mille euros, elle risque pour les mêmes faits, mais sur pied par exemple des articles 194 et suivants du Code pénal, des peines de réclusion comprises entre 5 ans et 15 ans, en fonction du type d'auteur : fonctionnaire ou non.

²⁰ G. NINANE, « Les marchés publics dans la situation d'urgence liée à la crise sanitaire de Covid-19 », *J.T.*, 2020/18, pp. 378-379.

²¹ Sachant par ailleurs que d'autres procédures de passation permettent la négociation avec les soumissionnaires.

²² C.C., 11 mars 2021, 42/2021, B.6.2.

²³ Voy. à ce sujet l'étude très complète d'Adrien Masset : A. MASSET, *op. cit.*, p. 381-420.

Certes, le faux étant un crime, il est toujours correctionnalisé, mais, conformément à l'article 25 du Code pénal, les peines oscillent alors avec des maxima allant de 5 ans à 10 ans.

L'article 245 du Code pénal portant sur la prise illégale d'intérêts prévoit, quant à lui, une fourchette de peines d'emprisonnement allant de 1 an à 5 ans, tandis que les articles 246 et suivants du Code pénal portant sur la corruption prévoient aussi des maxima oscillant entre 3 ans à 4 ans d'emprisonnement ; la violation du secret professionnel incriminée notamment par l'article 458 du Code pénal prévoit aussi des peines allant d'un an à trois ans d'emprisonnement.

Il n'est partant pas contestable qu'il y a une différence substantielle de répression entre l'entrave ou le trouble aux marchés publics et les autres infractions éventuellement applicables aux marchés publics. Le même constat peut être fait pour l'amende prévue par l'article 314 du Code pénal.

Nous ne comprenons pas cette différence de répression entre ces infractions.

Dans une logique répressive, il est donc plus judicieux pour le Ministère public de se tourner vers le droit pénal général pour sanctionner un comportement pourtant intervenu dans des marchés publics, alors que la logique voudrait que l'infraction plus spécifique soit privilégiée.

Le système actuel entraîne aussi des complications relatives à la qualification du comportement infractionnel. Ainsi, dans un arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 2009²⁴, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles a été cassé précisément parce qu'il s'était posé un problème de qualification.

Comme le rappelle la Cour de cassation : « lorsqu'une prévention, du chef de laquelle un prévenu est poursuivi, reçoit la qualification d'un délit déterminé dont un des éléments constitue en fait un faux en écritures ou un usage de faux, cette prévention inclut également ce fait, dont le juge sera dès lors saisi. Le juge est tenu d'attribuer à ces faits la qualification juridique exacte en libellant également le faux en écritures ou l'usage de faux dans les termes de la loi. Ceci ne constitue pas une disjonction prohibée de la prévention originaire. Le juge ne pourra connaître des faits ainsi qualifiés et des faits connexes qu'à condition que l'ordonnance de renvoi ait régulièrement correctionnalisé les faits de faux en écritures ou d'usage de faux, punissables d'une peine criminelle, où que le ministère public énonce dans sa citation directe en application de l'article 2, alinéa 2, de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes qu'en raison de circonstances atténuantes ou de causes d'excuse, il n'y a pas lieu de requérir une peine plus lourde qu'une peine correctionnelle »²⁵.

Dans l'affaire en question, une attribution frauduleuse d'une concession de service public pour la gestion des déchets de la ville d'Aarschot était intervenue, alors qu'il aurait dû s'agir d'un marché de services. La Cour de cassation expose donc que « l'adjudication d'une concession ou d'un marché par les autorités communales requiert la rédaction et l'usage d'un ou de plusieurs écrits telles que des documents contractuels, du courrier échangé avec les sociétés participantes et la rédaction de règlements par le conseil communal et le collège des bourgmestre et échevins, qui sont cités dans la prévention. Lorsqu'ils contiennent des inexactitudes dans une intention frauduleuse à dessein d'induire en erreur d'autres personnes quant à leur portée réelle, ces écrits constituent des faux en écritures »²⁶.

La Cour d'appel de Bruxelles était donc saisie à la fois d'une entrave aux marchés publics et de faux en écriture et de leur usage.

Sans doute pour contourner le problème relatif à l'absence de correctionnalisation des crimes précités, la Cour d'appel de Bruxelles avait motivé son arrêt ainsi : « la constatation que les [demandeurs] auraient commis des infractions connexes en accomplissant plusieurs actes formant un même ensemble, tels que le fait d'avoir accompli un prétendu faux (intellectuel) en écritures et un usage de faux (en omettant de mentionner la collaboration dans les pièces) d'une part, et d'avoir entravé ou troublé la liberté des enchères ou des soumissions par des moyens frauduleux (violation de l'article 314 du Code pénal) d'autre part, lesquels, s'ils étaient poursuivis sous toutes ces préventions, devraient ou pourraient être punis en raison du concours matériel existant entre eux par une seule peine, la plus lourde, n'exclut pas que le ministère public peut poursuivre le prévenu uniquement du chef d'infraction

²⁴ Cass., 6 janvier 2009, P.08.1289, in www.juridat.be.

²⁵ Cass., 6 janvier 2009, P.08.1289, in www.juridat.be.

²⁶ Cass., 6 janvier 2009, P.08.1289, in www.juridat.be.

à l'[article] 314 du [Code pénal], bien que le moyen utilisé pour l'accomplissement de cet acte constitue précisément le faux et surtout l'usage de faux »²⁷.

Ce raisonnement n'a pas convaincu la Cour de cassation qui a jugé qu' « en considérant que la Cour d'appel n'était pas saisie du chef de faits de faux en écritures et usage de faux et en déclarant cette juridiction compétente pour statuer sur d'autres faits mis à charge du prévenu, l'arrêt ne justifie pas légalement la décision »²⁸.

En d'autres termes, outre l'éventuelle question de la correctionnalisation du crime²⁹, la Cour d'appel ne pouvait pas faire l'impasse sur un comportement infractionnel qui était en réalité compris dans l'infraction visée par la partie poursuivante. Elle devait qualifier adéquatement les faits, même si la qualification n'avait pas été visée dans l'ordonnance de renvoi ou dans la citation directe³⁰.

Cette multitude de qualifications infractionnelles susceptibles d'être appliquées à un même comportement infractionnel complique donc la tâche de la partie poursuivante et du Juge et risque d'entraîner des éventuels écueils de procédure.

Enfin, comme expliqué précédemment, l'article 314 du Code pénal ne requiert pas d'intention particulière, ce qui n'est pas le cas des infractions de faux ou de l'usage de faux qui requièrent une intention frauduleuse (se procurer à soi-même ou à autrui un avantage) ou un dessein de nuire, dol spécial, ce qui n'est pas toujours évident à démontrer³¹. Nous pourrions donc imaginer que le simple fait que l'agent ait souhaité se faciliter la tâche en fractionnant des marchés suffise (procédure moins lourde), alors que pour les autres infractions il faudrait démontrer qu'il en a tiré un bénéfice ou qu'il en a fait bénéficier quelqu'un par exemple.

De même, les infractions de corruption et de prise illégale d'intérêt requièrent la rencontre d'une série de conditions très spécifiques pour que l'infraction soit établie.

Il est donc, dans une certaine mesure, plus facile d'établir la culpabilité d'un prévenu pour violation de l'article 314 du Code pénal, dont la portée est assez générale, que sur base des infractions précitées, qui n'ont pas été prévues initialement pour sanctionner ce type de comportements.

VI. Un projet de réforme sur la table

14. Pour revenir à la question d'une modification de l'article 314 du Code pénal, il ressort de la proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2 que l'entrave ou le trouble aux marchés public pourrait être réécrit comme suit :

« Art. 513. L'entrave ou le trouble à la liberté des enchères et des soumissions. L'entrave ou le trouble à la liberté des enchères et des soumissions consiste, à l'occasion de l'adjudication de droits sur des choses mobilières ou immobilières, d'une entreprise, d'une fourniture, d'une exploitation ou d'un service quelconque ou lors de la passation d'un marché public ou d'un contrat de concession, à, sciemment et volontairement, par violences, menaces ou tout moyen frauduleux, limiter artificiellement l'appel à la concurrence ou fausser les conditions normales de la concurrence. Cette infraction est punie d'une peine de niveau 2 »³².

²⁷ Cass., 6 janvier 2009, P.08.1289, in www.jurportal.be.

²⁸ Cass., 6 janvier 2009, P.08.1289, in www.jurportal.be.

²⁹ En effet, désormais le juge peut lui-même correctionnaliser un crime alors qu'avant une procédure lourde de règlement de juge devait être mise en branle. Toutefois, la loi du 8 juin 2008 portant des dispositions diverses, (chapitre II : Modifications de la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes, articles 9 et 10, M.B., 16 juin 2008, p. 30562), qui a introduit cette faculté, est entrée en vigueur le 26 juin 2008, alors que l'arrêt a été prononcé le 30 juin 2008. Il y a fort à parier que la Cour d'appel de Bruxelles avait pris l'affaire en délibéré avant l'entrée en vigueur de la réforme et n'a donc pas pris en considération cette faculté quatre jours avant de prononcer sa décision.

³⁰ Voy. dans le même sens Cass., 27 mai 2014, r .G . n° P. 12-1265.N, www.juridat.be : « afin de procéder à la requalification il n'est pas requis que les éléments de l'infraction initialement qualifiée et de l'infraction requalifiée soient les mêmes, mais bien que, moyennant le respect des droits de défense, la nouvelle qualification ait pour objet le même fait que celui qui constitue l'objet des poursuites ».

³¹ A. MASSET, *op. cit.*, p. 386.

³² Doc. parl., Chambre, sess. 2019-2020, Doc. 55 1011/001, partie III, p. 179.

Les travaux préparatoires relèvent à cet égard que :

« (...) Il y a lieu de prendre en compte ici l'évolution législative en matière de réglementation des marchés publics. Jusqu'à un passé relativement récent, la matière était régie par la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Cette loi a été abrogée et remplacée par la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2013. A son tour, cette dernière loi a été abrogée et remplacée par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dont l'entrée en vigueur sera fixée par arrêté royal.

La disposition en projet entend se référer notamment aux dispositions de la loi du 17 juin 2016 et plus particulièrement aux principes généraux qu'elle énonce et au champ d'application couvert par ces principes. L'incrimination vise ainsi non seulement de façon générale les entraves à la liberté des enchères et des soumissions mais aussi de façon plus spécifique, tout agissement frauduleux ayant pour objet de fausser les règles normales de la concurrence. Par les termes " lors de la passation d'un marché public », la disposition de loi en projet se réfère à la définition donnée par l'article 2, 37°, de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics aux termes duquel la passation est la procédure de lancement d'un marché public, qui, le cas échéant, inclut les aspects suivants : la consultation préalable du marché, la publication, la sélection, l'attribution et la conclusion du marché.

La disposition se réfère également au champ d'application défini par l'article 3 de la loi du 17 juin 2016. Cet article dispose que les principes généraux s'appliquent aussi bien aux marchés publics relevant du champ d'application du titre 2 (" Marchés publics dans les secteurs classiques ») qu'aux marchés publics relevant du champ d'application du titre 3 (" Des marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux »). Il ajoute que la notion de marché public englobe également les accords-cadres et les concours. La notion de marché public est définie par l'article 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics comme " le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3° ».

La notion de passation d'un marché public est ici plus large que la notion d'adjudication figurant à l'article 314 du Code pénal telle qu'interprétée par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 9 mars 2016, la Cour avait jugé que, dès lors que la concurrence requise par l'article 314 du Code pénal devait jouer entre personnes qui s'étaient manifestées ensuite d'un appel public, l'infraction d'entrave ou de trouble de la liberté des enchères et des soumissions ne concerne que l'attribution des marchés publics selon les procédures ouvertes ou restreintes ; elle est, par contre, étrangère aux marchés publics conclus par procédure négociée, quelles que soient la concurrence instaurée entre les candidats pressentis par l'adjudicateur, la possibilité de surenchère et les mesures de publicité qui entourent la conclusion du contrat. L'incrimination comprend dorénavant toutes les formes de marchés publics quelle que soit la procédure suivie (procédure ouverte, procédure restreinte, procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée avec mise en concurrence préalable, procédure négociée sans publication préalable, procédure négociée sans mise en concurrence préalable, ...).

A la suite de la remarque du Conseil d'État (n° 107) qui considère que le raisonnement qui précède s'applique aussi aux contrats de concession, le champ d'application de la disposition est étendu à ces contrats.

L'incrimination se fonde notamment sur l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 qui pose le principe d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité dans l'adjudication des marchés publics et sur l'article 5, § 1er, de la même loi qui interdit, d'une part, à tout adjudicateur de concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la loi

du 17 juin 2016 ou de limiter artificiellement la concurrence et, d'autre part, à tout opérateur économique de poser un acte, de conclure une convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Par référence à ces dispositions, le comportement incriminé consiste notamment à limiter artificiellement la concurrence ou à fausser les conditions normales de la concurrence par violences ou menaces ou par tout autre moyen frauduleux.

Par l'adjudication de droits sur des choses mobilières ou immobilières, on vise toutes les formes de droits sur des choses mobilières ou immobilières, corporelles ou incorporelles, qui peuvent faire l'objet d'une adjudication. La notion de " tout moyen frauduleux » inclut la notion antérieure de " don ou promesse ».

L'élément fautif de l'infraction est la volonté délibérée et en connaissance de cause d'adopter le comportement incriminé.

Par parallélisme à la répression de la corruption, cette infraction est punie d'une peine de niveau 2.

Il convient de relever ici que la peine accessoire d'exclusion du droit de participer à des marchés publics ou d'obtenir des concessions pourra être infligée à l'auteur conformément à l'article 58 en projet »³³.

Si cet article devait être adopté, il rencontrerait très probablement la plupart de nos critiques sur la version actuelle que nous synthétiserons ci-dessous en termes de conclusion.

Ainsi, son champ d'application est très clairement élargi aux marchés publics en général, quel que soit le mode de passation. Les entraves et troubles aux marchés sans publication seraient donc indiscutablement susceptibles de poursuites pénales, ce qui mettrait fin à une distinction dont nous ne comprenons plus bien l'utilité.

Ce libellé permettra de mettre fin à l'incertitude sur la possibilité de poursuivre la scission ou saucissonnage de marchés publics, ce qu'explique d'ailleurs le législateur dans les travaux préparatoires : « l'incrimination vise ainsi non seulement de façon générale les entraves à la liberté des enchères et des soumissions mais aussi de façon plus spécifique, tout agissement frauduleux ayant pour objet de fausser les règles normales de la concurrence ». Ce type de pratique entrera donc dans le champ d'application de la disposition pénale en question.

Il est également positif que le législateur entende préciser que l'infraction doit intervenir sciemment et volontairement, puisque même si cela avait été précisé par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 mai 2012³⁴, il est bon aussi de rappeler aux fonctionnaires que la méconnaissance d'une règle qui aurait pour effet de fausser la concurrence n'entraînera pas nécessairement des poursuites pénales. Ainsi, si l'agent peut démontrer que le non-respect de la législation marchés publics ne l'avait pas été sciemment (parce que la disposition en cause était nouvelle, parce qu'il demandait une formation sur la question qu'il n'avait pas encore reçue, parce que ses collègues agissaient ainsi dans tous les marchés,...), il sera probablement disculpé. Tandis que le Ministère public devra démontrer le contraire : l'agent n'a pas respecté cette disposition qu'il respecte toujours, l'agent avait été prévenu que s'il agissait ainsi il violait la législation et rompait la concurrence, l'agent avait suivi une formation sur la question quelques semaines avant, etc.

A défaut, il aurait pu être considéré que le prévenu devait nécessairement avancer une cause de justification comme l'erreur invincible, ce qui est nettement plus ardu que d'établir qu'il n'avait pas agi en connaissance de cause.

Enfin, il est très satisfaisant de lire que le taux de la sanction devrait être de niveau 2³⁵, pour le calquer sur celui de la corruption, ce qui semble répondre à un souci de cohérence dans les échelles des peines en fonction des comportements infractionnels et de leur gravité.

³³ Doc. parl., Chambre, sess. 2019-2020, Doc. 55 1011/001, partie I, pp. 596-599.

³⁴ Cass. (2e ch.), 22/05/2012, *Pas.*, 2012/5, p. 1139-1140.

³⁵ « La peine de niveau 2 est constituée d'une des peines suivantes :

VII. Conclusion : un arrêt à deux niveaux de lecture

15. Les quelques lignes de l'arrêt du 11 mars 2021 de la Cour constitutionnelle sont bien plus intéressantes qu'elles ne pouvaient y paraître au premier regard. Même si la Cour répond par la négative à la question posée, elle invite clairement selon nous le législateur à se poser la question de l'opportunité de maintenir l'appareil répressif actuel.

Nous emboîtons le pas à cette invitation pour différentes raisons, tout comme l'avait déjà fait le Procureur général près la Cour de cassation, après l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 2016, dans une « proposition de *lege ferenda* » au parlement qui expose ceci : « *à la suite de cet arrêt, se pose la question de savoir s'il ne serait pas opportun d'étendre le champ d'application de l'article 314 du Code pénal aux marchés publics conclus par procédure négociée dès lors qu'une telle procédure pourrait également être faussée par une collusion entre le pouvoir adjudicateur et certains entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services* »³⁶.

D'abord, parce que l'exclusion du champ d'application de l'article 314 du Code pénal en cas de marché public sans publicité ou publication ne semble pas souhaitable. Le système actuel est complexe, faisant usage d'une série d'infractions générales, avec les écueils qui risquent d'en découler et le manque de lisibilité pour la personne poursuivie, alors qu'il pourrait y avoir une disposition spécifique claire et compréhensible qui sanctionnerait, indifféremment, les entraves et troubles aux marchés publics, quel que soit le mode de passation choisi.

Ensuite, parce que le critère de différenciation des deux catégories, qui repose essentiellement sur le caractère public du marché, partant sur l'impossibilité de choix du soumissionnaire et l'impossibilité de négocier avec celui-ci du contenu de l'offre ne semble pas opportun.

En effet, la mouture actuelle de la loi relative aux marchés publics prévoit, même pour la procédure sans publication, qu'elle doit se faire « si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques », ce qui renvoie dans une certaine mesure à une forme de publicité du marché, même si elle est limitée.

Les marchés passés sans publication ne sont pas nécessairement moins importants, puisque l'urgence impérieuse et une série d'autres hypothèses permettent d'opter pour ce mode de passation, nonobstant le dépassement du seuil organisé par arrêté royal.

L'application actuelle de l'article 314 du Code pénal, qui semble être faite par les cours et tribunaux, laisse, par ailleurs, les auteurs de scission ou de saucissonnage dans un certain flou quant à la possibilité d'être sanctionnés par cette disposition ou uniquement par l'infraction de faux et d'usage de faux, ce qui n'est pas souhaitable, surtout au vu des graves conséquences que ces comportements peuvent avoir sur la libre concurrence.

A noter que la Cour constitutionnelle semble considérer que ces manœuvres sont susceptibles d'être sanctionnées par l'article 314 du Code pénal.

Enfin, parce que la disposition actuelle semble être un héritage du passé et qu'elle n'est sans doute plus très bien taillée pour affronter les situations d'aujourd'hui. Son libellé pose question avec l'utilisation de termes, comme celui d'« adjudication », qui ont fortement évolué avec le temps et qui ne signifie plus véritablement la même chose que ce que le législateur voulait donner comme signification en utilisant ce terme. De plus, l'échelle de peines paraît en net décalage avec les autres fourchettes prévues par les infractions du droit pénal général.

Au vu de ces différents griefs, nous pouvons nous réjouir que l'article 314 du Code pénal n'ait pas été oublié lors de l'élaboration du projet de nouveau Code de droit pénal. Comme nous l'avons vu, cette

- l'emprisonnement d'un an à trois ans au plus ; - le traitement imposé d'une durée d'un an à trois ans au plus ; - la peine de surveillance électronique d'une durée d'un mois à un an au plus ; - la peine de travail de plus de cent-vingt heures à trois cents heures au plus ; - la peine de probation d'une durée de plus de douze mois à deux ans ; - la condamnation par déclaration de culpabilité » (Doc. parl., Chambre, sess. 2019-2020, Doc. 55 1011/001, partie I, pp. 113).

³⁶ « Rapport du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif », *Pas.*, 2018/13, p. 169 ; voy aussi : C.C., 11/03/2021, nr. 42/2021, *R.W.*, 2020-2021/38, p. 1498-1502.

nouvelle version devrait, en principe, répondre à l'ensemble des griefs précités ainsi qu'à l'appel du pied, chronologiquement postérieur à l'élaboration de cette nouvelle version de l'infraction, de la Cour constitutionnelle dans son arrêt du 11 mars 2021. Cette proposition de reformulation de l'incrimination est d'ailleurs soutenue par le Procureur général près la Cour de cassation dans son dernier rapport au Comité parlementaire chargé du suivi législatif³⁷.

Reste à espérer que cette évolution, que nous pensons nécessaire, verra effectivement le jour, soit en même temps que ce nouveau Code pénal qui se fait attendre ou bien même séparément de celui-ci, ce qui aura sans doute l'avantage de la célérité.

Maxime Chomé

Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant chargé d'exercices à l'ULB et à
l'USL-B

³⁷ « Rapport du procureur général près la Cour de cassation au Comité parlementaire chargé du suivi législatif », *Pas.*, 2019/13, pp. 127-128.