

Loïc Allier*

CONTRATS ADMINISTRATIFS ET RISQUE PENAL

UDK / UDC: 343.35 (44)
343.23 : 351.078.6 (44)
343.23 : 351.712.028 (44)

DOI: 10.31141/zrpfjs.2025.62.156.315
Izlaganje sa znanstvenog skupa / Conference paper
Primljeno / Received: 6.2.2025.

1. INTRODUCTION

En 2023, 96% des croates considéraient la corruption comme répandue dans leur pays. Ce chiffre était la même année de 69% en France¹. De même, plus d'un tiers des entreprises établies dans l'Union européenne considèrent la corruption comme une difficulté dans la vie des affaires². Ces chiffres témoignent de la sensibilité de l'opinion publique et du monde économique à un phénomène ancien mais non moins d'actualité. Celui-ci se manifeste d'ailleurs sous des formes variées et il existe une pluralité d'infractions réprimant les pratiques corruptrices (corruption active ou passive, corruption publique ou privée, trafic d'influence...). De surcroît, les atteintes à la probité essaient au-delà des pratiques corruptrices et se traduisent sur un plan pénal par des infractions diverses et parfois méconnues, y compris par les décideurs publics. Le domaine des contrats administratifs, et, plus généralement, celui des contrats publics, est à cet égard particulièrement risqué sur un plan pénal, notamment parce qu'il organise la rencontre entre les acteurs économiques et l'Administration. Il est donc question de savoir si le risque pénal dans les contrats administratifs se distingue du risque pénal inhérent à l'action publique et si ce risque varie en fonction des catégories de contrats administratifs. Dans un premier temps, il sera question d'identifier en quoi consiste ce risque. Sa connaissance supposera ensuite d'envisager les mesures destinées à le prévenir en droit français et en droit croate.

2. L'IDENTIFICATION DU RISQUE PENAL DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

La connaissance du risque pénal dans les contrats administratifs suppose d'identifier quelles sont les infractions pénales susceptibles de s'appliquer à

* Maître de conférences à l'Université Grenoble Alpes ; Docteur de l'Université Paris Panthéon Assas

¹ Source : Eurobaromètre « Attitudes des citoyens à l'égard de la corruption en 2023 ».

² Source : Eurobaromètre « Businesses' attitudes towards corruption », 2022.

l'occasion de la passation mais également de l'exécution d'un tel contrat (A). De plus, il importe également de savoir quelles sont les personnes susceptibles d'être concernées par ce risque pénal (B).

2.1. L'identification des infractions pénales

Sans réelle surprise, les infractions pénales applicables en matière de contrats administratifs se rencontrent principalement dans le cadre des contrats de la commande publique, c'est-à-dire les marchés publics et les concessions. Ces contrats ont une importance économique considérable pour les entreprises et certaines en dépendent directement, notamment dans le domaine des travaux publics ou des déchets. Le montant des contrats de la commande publique représente à cet égard plus de 13% du PIB européen, soit environ 2 000 milliards d'euros. Il n'est dès lors guère surprenant de constater, par exemple, que l'impact de la corruption sur les marchés publics en Croatie a été estimé entre 10 et 15% de la valeur totale des marchés³.

En France, cette prégnance du risque pénal dans les contrats de la commande publique a conduit le législateur à consacrer en 1991 le délit d'octroi d'un avantage injustifié, plus connu sous l'appellation de favoritisme. L'infraction consiste pour un gestionnaire public à « *procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession* »⁴. Le droit pénal croate réprime une infraction similaire à travers l'abus de fonction. Ce délit sanctionne le fait pour un agent public, en contrepartie d'un avantage financier, d'abuser de sa fonction ou de son autorité officielle en accordant un traitement préférentiel dans une procédure concurrentielle, ou en accordant un emploi. Le délit d'abus de fonction est cependant plus large que le délit français de favoritisme, dès lors qu'il ne se limite pas à la passation des marchés publics ou des concessions. L'approche croate est pertinente dès lors que les procédures de passation tendent à se répandre à d'autres catégories de contrats administratifs, en particulier les conventions d'occupation du domaine public ou certains contrats de vente de biens publics. Pourtant, en l'état actuel du droit français, la définition du délit de favoritisme ne permet pas d'étendre son application à d'autres contrats que les contrats de la commande publique.

Il n'en demeure pas moins que d'autres infractions s'appliquent uniment à tous les contrats administratifs à objet économique, également connus sous l'appellation de « contrats publics d'affaires ». Ils comprennent les contrats de la commande publique mais également tous les autres contrats dans lesquels l'Administration offre des biens et des services sur le marché ou apporte un soutien à l'activité économique. Cette seconde catégorie comprend les contrats d'occupation du domaine public, les contrats de prêt ou encore les subventions.

³ integrityobservers.eu.

⁴ Art. 432-14 du code pénal.

Les contrats publics d'affaires sont ainsi concernés par le délit de corruption, qu'il s'agisse de la corruption active, c'est-à-dire le fait de proposer des dons ou des avantages à un gestionnaire public en contrepartie d'une action positive ou d'une abstention, ou de la corruption passive, qui consiste pour un gestionnaire public à recevoir de tels avantages de la part d'un tiers. Le droit français comme le droit croate répriment également ces deux formes de corruption, qui se différencient du favoritisme⁵. Alors que l'infraction de corruption est consommée par le seul fait de proposer ou de recevoir un avantage, y compris si la contrepartie prévue ne se réalise pas, le délit de favoritisme implique nécessairement que le gestionnaire public octroie – ou tente d'octroyer – un avantage à un opérateur économique en violation des règles de la commande publique. Plus encore, la caractérisation du délit de favoritisme peut avoir lieu indépendamment de toute contrepartie accordée par l'entreprise favorisée au gestionnaire public.

Les contrats publics d'affaires peuvent de la même manière générer un risque lié au trafic d'influence, qui, à la différence de la corruption, consiste à offrir un don ou un avantage à un décideur public afin qu'il use de son influence réelle ou supposée auprès d'un tiers pour qu'il agisse dans un sens déterminé. Cette infraction est également réprimée tant en France qu'en Croatie⁶.

Enfin, d'autres infractions plus générales ont vocation à concerner l'ensemble des contrats administratifs, qu'ils aient ou non un objet économique. Il en va ainsi par exemple de l'infraction de détournement de fonds qui peut être caractérisée dans le cadre d'un contrat de plan passé entre deux personnes publiques. Plus encore, l'infraction plus méconnue de concussion qui consiste pour un gestionnaire public à exiger une somme qu'il sait ne pas être due peut se rencontrer dans le cadre des contrats de recrutement d'agents publics. La Cour de cassation a ainsi jugé que se rendait coupable de concussion l'agent public percevant des rémunérations en vertu d'un grade et d'un échelon auxquels il ne pouvait pas prétendre⁷. On citera encore l'infraction de faux et usage de faux qui peut par exemple conduire le candidat à un emploi public contractuel à produire de faux diplômes. Le délit d'escroquerie peut également concerner les contrats administratifs. Il a ainsi été jugé que la remise de fausses factures et de fausses attestations d'accomplissement de travaux en vue de l'obtention d'un contrat de subvention en matière logement constituait une escroquerie au détriment des personnes publiques⁸.

Citons enfin l'infraction de prise illégale d'intérêts par cumul de fonctions qui consiste pour un décideur public à conserver un intérêt de nature à compromettre son impartialité dans une opération dont il a la charge⁹. La notion d'intérêt est entendue très largement par la Cour de cassation. Elle a ainsi jugé que le fait pour

⁵ Art. 433-1 et 432-11 du code pénal français. – Art. 347 et 348 du code pénal croate.

⁶ Art. 343 du Code pénal croate. – Art. 433-1 du code pénal français.

⁷ Cass. crim., 31 janvier 2007, pourvoi n°05-87.096.

⁸ Cass. crim., 24 mars 2021, pourvoi n° 19-87.857

⁹ Art. 432-12 du code pénal.

un maire de participer à la vente d'un terrain communal à une société dirigée par un ami et partenaire de golf constituait une prise illégale d'intérêt¹⁰.

Les infractions applicables en matière de contrats de l'Administration sont donc multiples et s'appliquent différemment en fonction des catégories de contrats. L'identification du risque pénal dans les contrats administratifs suppose encore de déterminer les personnes pénalement responsables.

2.2. L'identification des personnes pénalement responsables

Le risque pénal en matière de contrats administratifs pèse d'abord sur les décideurs publics. C'est d'autant plus vrai que le juge pénal retient une interprétation extensive du champ personnel des infractions concernées. En effet, plusieurs délits doivent, pour être caractérisés, être commis par une « *personne [...] chargée d'une mission de service public* ». Il en va ainsi des infractions de favoritisme, de concussion, de prise illégale d'intérêt ou encore de corruption passive. Si, en droit administratif, la notion de service public implique nécessairement que l'activité soit exercée sous le contrôle d'une personne publique, le juge pénal retient une interprétation bien plus large de cette notion. Ce dernier considère en ce sens qu'est une personne chargée d'une mission de service public celle qui est « *chargée directement ou indirectement d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire l'intérêt général* »¹¹. Il a par exemple été jugé qu'un maître d'œuvre chargé par un acheteur public de procéder à une analyse des offres dans le cadre de la passation d'un marché public était une « *personne chargée d'une mission de service public* »¹², au même titre qu'un directeur départemental de la Croix-Rouge¹³.

Le risque pénal pèse également sur les cocontractants de l'Administration, qui peuvent être les auteurs principaux de l'infraction en cas de corruption ou de trafic d'influence actifs, par exemple. Ils peuvent également être poursuivis au titre de la complicité ou du recel d'infractions commises par les décideurs publics. Il en va ainsi, par exemple, à propos du délit de favoritisme dès lors que les personnes ayant profité de l'attribution frauduleuse du contrat de la commande publique peuvent être poursuivis au titre du recel de favoritisme.

Enfin, le législateur français a introduit par la loi du 9 mars 2004 la responsabilité pénale des personnes morales, à l'exclusion de l'État. L'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale d'une part et par l'un de ses organes ou représentants d'autre part. Toutefois, s'agissant plus précisément des collectivités territoriales et de leurs groupements, le code pénal prévoit que ceux-ci « *ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service*

¹⁰ Cass. crim., 5 avril 2018, pourvoi n° 17-81.912.

¹¹ Cass. crim., 19 décembre 2018, pourvoi n° 18-81.328.

¹² Cass. crim., 14 juin 2000, pourvoi n° 99-84.054.

¹³ Cass. crim., 3 avril 2007, pourvoi n° 06-83801.

public »¹⁴. Inversement, une activité insusceptible d'être déléguée ne peut donner lieu à une condamnation pénale d'une collectivité territoriale. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé que l'activité d'attribution d'un marché public ne pouvait être déléguée à un tiers et, ainsi, permettre la condamnation pénale de la collectivité territoriale¹⁵.

Or c'est précisément lors de l'attribution des contrats publics que le risque pénal est le plus prégnant. Cette attribution – ou sa tentative – constitue d'ailleurs l'un des éléments matériels du délit de favoritisme. La restriction prévue par le code pénal s'agissant des collectivités territoriales et de leurs groupements empêche ainsi qu'une telle personne publique fasse l'objet d'une condamnation sur le fondement du délit de favoritisme. En revanche, la responsabilité pénale des autres personnes publiques peut être envisagée en présence d'infractions liées à la passation des contrats publics. De même, d'autres infractions pénales commises à l'occasion de l'exécution d'un contrat administratif peuvent emporter la condamnation de la personne publique contractante. Une commune ayant délégué le service public de ramassage des déchets a par exemple été déclarée coupable d'homicide involontaire dès lors que son maire, agissant pour son compte, avait donné des instructions contraires aux règles de sécurité¹⁶.

Le risque pénal dans les contrats administratifs est donc *élevé*. *Il touche* différentes catégories de personnes susceptibles d'être poursuivies au titre d'infractions variées. Il convient alors de savoir comment le droit français et le droit croate assurent la prévention de ce risque.

3. LA PREVENTION DU RISQUE PENAL DANS LES CONTRATS ADMINISTRATIFS

La sensibilité de l'opinion publique aux scandales politico-financiers et une demande de transparence de plus en plus marquée ont conduit au renforcement de la prévention du risque pénal dans l'Administration en général. Ainsi, la plupart des instruments mis en œuvre concernent la prévention des atteintes à la probité et ne visent pas spécifiquement les contrats publics (A). Ces dispositifs généraux doivent alors être mis en perspective avec le risque pénal propre aux contrats administratifs (B).

3.1. L'existence d'instruments généraux de prévention du risque pénal

Depuis plusieurs années, de nombreux dispositifs ont été développés par les législateurs nationaux en vue de prévenir les risques d'atteinte à la probité. En

¹⁴ Art. 121-2 du code penal.

¹⁵ Cass. crim., 19 déc. 2018, n° 18-81.328.

¹⁶ Cass. crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-81924.

France, on relèvera parmi d'autres exemples la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique. Celle-ci impose à certains responsables publics de procéder à des déclarations d'intérêts et à des déclarations patrimoniales auprès de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique afin de prévenir les conflits d'intérêts et les risques pénaux qui y sont associés. De même, pendant l'exercice de leurs fonctions, les agents publics sont soumis à des obligations déontologiques renforcées.

Des obligations comparables pèsent également sur les sociétés. La loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 » fait peser sur certaines sociétés des obligations de vigilance destinées à prévenir et détecter la commission en France ou à l'étranger des faits de corruption ou de trafic d'influence. La même loi a institué l'Agence française anticorruption dont la mission consiste à « *prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme* ».

Par ailleurs, la politique des cadeaux d'usage par laquelle des partenaires de l'Administration offrent des présents à des agents publics ou à des élus est désormais strictement encadrée, sans pour autant être prohibée. Les risques de corruption, de trafic d'influence et de favoritisme sont décuplés lorsqu'un décideur public reçoit de tels cadeaux. Ils peuvent en effet inviter à l'attribution d'un marché public ou d'un avantage quelconque, notamment une autorisation administrative, une subvention voire un emploi public. Dès lors, l'Agence française anticorruption et la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique ont formulé différentes prescriptions destinées à limiter le risque pénal en présence de tels cadeaux souvent empoisonnés. Celles-ci peuvent être résumées de la manière suivante : le décideur public doit refuser par principe, accepter le cadeau lorsqu'il ne peut pas faire autrement et toujours informer sa hiérarchie.

La Croatie se caractérise également par le développement de mécanismes destinés à prévenir les atteintes à la probité¹⁷ même si, à la différence du droit français, il n'existe pas d'autorités spécifiquement compétentes en la matière mais plutôt un réseau d'organismes participant à la lutte contre la corruption. Il en va ainsi par exemple de la Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, qui statue sur la légalité des procédures et qui peut lancer des procédures de mise en examen pour manquement. De même, depuis 2000 et l'entrée en vigueur de la loi sur la prévention des conflits d'intérêts, plusieurs dispositifs ont été instaurés, certains visant en particulier les marchés publics.

C'est ainsi qu'une société dont un responsable public détient une participation supérieure ou égale à 0,5% ne peut conclure un contrat avec un organisme public dans lequel le responsable exerce une charge publique¹⁸. La loi peut paraître sévère, en particulier au regard de la faiblesse du seuil de capital social devant être

¹⁷ Elle a ainsi mis en place une série de stratégies de lutte contre la corruption, dont la plus récente couvre la période 2021-2030.

¹⁸ Art. 17 de la loi sur la prévention des conflits d'intérêts.

détenu pour que l'interdiction s'applique. Surtout, il n'est pas certain qu'une telle interdiction soit parfaitement compatible avec le principe de liberté d'accès à la commande publique tiré du droit de l'Union européenne. Une obligation de déport lors de la procédure de passation du contrat ou une hausse du seuil paraîtrait plus idoine.

Enfin, au niveau européen, le projet de directive anti-corruption entend harmoniser la lutte contre ce phénomène dans les États membres. Sur le plan préventif, il prévoit des actions de sensibilisation, d'éducation et la mise en place de cartographies des risques. Il préconise que les organes chargés de la lutte anti-corruption soient indépendants à l'égard du gouvernement. Ainsi, le projet de directive anti-corruption prévoit ainsi des mesures générales de protection des atteintes à la probité et n'aborde pas le délit de favoritisme. Des instruments de prévention du risque pénal propre aux contrats administratifs apparaissent cependant nécessaires.

3.2. La nécessité d'instruments de prévention du risque pénal propres aux contrats administratifs

Le projet de directive anti-corruption et les instruments de prévention du droit français et du droit croate ne sont pas destinés à prévenir spécifiquement le risque pénal dans les marchés publics. Ils ont une portée plus générale consistant à lutter contre les atteintes à la probité sous toutes ses formes. Certes, certains dispositifs ont vocation à s'appliquer plus spécifiquement au domaine des contrats publics mais il n'existe pas en tant que tel de mécanismes de prévention du risque pénal propre aux contrats à l'instar d'une loi dédiée ou de l'adaptation de la législation applicable aux contrats publics. De plus, les dispositifs existants, notamment en droit croate, sont essentiellement centrés sur la procédure de passation du contrat et non sur sa phase d'exécution.

Pourtant, le domaine des contrats publics présente des singularités. D'une part, les cocontractants de l'Administration sont souvent des entreprises disposant d'importants moyens financiers qu'elles peuvent utiliser à des fins corruptrices. D'autre part, les procédures de passation de certains contrats publics sont complexes et peuvent aisément conduire les responsables publics à se rendre coupables de favoritisme sans en avoir véritablement conscience. Enfin, le contrat public est un procédé qui s'étale dans le temps, le risque pénal ne cessant pas à l'issue de la procédure de passation. Un avis du Comité économique et social européen recommandait d'ailleurs précisément « *de mettre l'accent sur les marchés publics, en prenant en considération leur complexité et leurs conséquences. L'Union européenne doit se charger en priorité de vérifier l'adéquation du cadre législatif et réglementaire [...] de manière à vérifier s'il est compatible avec les besoins liés à la lutte contre la corruption* »¹⁹.

¹⁹ CESE, avis, « La corruption dans les marchés publics et son incidence sur le marché intérieur ».

Dès lors, le renforcement de la formation des agents en charge du processus d'achat public s'avère particulièrement important, en particulier au regard de la conception large que retient le juge pénal s'agissant du délit de favoritisme. L'erreur sur le droit n'est en effet que très rarement admise, en particulier lorsque l'agent dispose d'une formation juridique. De la même manière, si l'Agence française anticorruption préconise de refuser systématiquement les cadeaux lors de la procédure de passation d'un contrat public, cette préconisation n'a pas la valeur d'une obligation et peut être contournée par les agents publics.

Enfin, les dispositifs de prévention devraient également cibler la phase d'exécution du contrat. On peut aisément imaginer les entreprises délégataires de service public s'exposer au risque de corruption passive lorsqu'un usager propose des avantages en contrepartie d'un accès favorisé au service. Plus encore, en matière de marchés publics, il peut arriver que les titulaires remettent à l'Administration de fausses factures en vue d'obtenir le paiement de prestations fictives. De manière plus courante, une modification irrégulière d'un contrat de la commande publique peut également caractériser un délit de favoritisme.

En conclusion, le risque pénal paraît sous-estimé dans les contrats administratifs. Il est abusivement réduit au couple favoritisme/corruption dans les marchés publics alors que d'autres infractions, dont certaines dépassent le champ des marchés publics, sont susceptibles d'être commises. Surtout, le risque pénal se manifeste tant lors de la phase de passation du contrat que durant son exécution. Il touche aussi bien les décideurs publics que des tiers à l'Administration ainsi que les personnes publiques elles-mêmes. Pourtant, la prévention de ce risque demeure, pour une large part, fondue dans les instruments plus généraux de lutte contre les atteintes à la probité. Une approche ciblant plus précisément les contrats publics devrait alors être développée.