

Sourcing et risque pénal

Si le recours au sourcing recèle de nombreux avantages pour les acheteurs publics, cet outil doit être manié avec précaution. Il s'agit en effet d'un outil vecteur de risques sur le plan pénal, l'acheteur pouvant être condamné au titre du délit d'octroi d'avantage injustifié en cas d'utilisation abusive du sourcing...

À l'occasion de la seconde conférence des ministères économiques et financiers sur l'achat public innovant du 30 janvier 2014 à Bercy, la Direction des Affaires Juridiques a mis en œuvre un *Guide pratique de l'achat public innovant*. Issu de la concertation menée depuis avril 2013, ce document proposait notamment un tableau des bonnes et des mauvaises pratiques en matière d'achat public innovant sous la forme de « 15 facteurs clés de succès ».

Notamment, ce guide préconisait, dès 2013, le recours à la pratique du sourcing aussi appelé sourçage, tenant à « la recherche et à l'évaluation d'opérateurs économiques innovants, leur mise en relation avec des acheteurs étant une démarche active pour repérer, dans un domaine donné, des procédés émergents ou innovants »⁽¹⁾.

C'est dans ces circonstances que le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 – pris sur le fondement de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et transposant les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 – a consacré cette pratique et affirmé que l'acheteur a la possibilité de réaliser des consultations ou des études de marché, de solliciter des avis ou d'informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences⁽²⁾.

Un outil pratique au service des acheteurs publics...

La détermination des besoins constitue une étape indispensable et fondamentale du processus d'achat public.

Ainsi, « une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ceux-ci dans les documents de la consultation avant d'être une exigence juridique sont une condition pratique impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. La description précise du besoin en termes performancielles ou en référence à des spécifications techniques données est une condition pour que les soumissionnaires puissent avoir une bonne

Auteur

Sonia Kanoun

Avocat à la Cour

Matthieu Hénon

Avocat à la Cour – Associé Droit Pénal
Cabinet SEBAN et Associés

Mots clés

- Délit d'octroi d'avantage injustifié
- Égalité de traitement des candidats
- Liberté d'accès à la commande publique
- Transparence

(1) *Guide pratique de l'achat public innovant*, DAJ, version 2, p. 10.

(2) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 4.

compréhension de l'objet et des caractéristiques du projet de marché public et qu'ils puissent faire des offres précises et le mieux à même de satisfaire le besoin de l'acheteur, tout autant qu'elle garantit la transparence et l'égalité de traitement entre candidats. Elle conditionne aussi la bonne exécution du contrat par le titulaire. Elle est, en ce sens, la clef d'un achat réussi »^[3].

Cette évaluation des besoins peut toutefois s'avérer difficile en pratique, du fait par exemple de la technicité de l'objet du marché – fournitures ou prestations – ou des opérateurs susceptibles de le fournir. Le sourcing permet alors aux acheteurs de se renseigner sur leurs besoins, de mieux les définir dans leurs pièces de marché et de donner les moyens aux entreprises d'y répondre plus précisément.

Le sourcing peut avoir deux objets alternatifs : mieux connaître la structure du secteur d'activité concerné par le marché public dont la passation est envisagée ou mieux appréhender les pratiques des opérateurs économiques dans le domaine concerné^[4].

Selon la DAJ, ces recherches peuvent par exemple consister à :

- effectuer une veille dans le secteur économique concerné ;
- organiser ou participer à des salons professionnels afin de faire connaître ses besoins aux entreprises ou identifier de nouveaux besoins notamment dans le secteur de l'innovation ;
- rencontrer, bien avant le lancement de la consultation, plusieurs opérateurs économiques afin d'obtenir des informations sur le marché considéré, les acteurs évoluant sur ce secteur et les prestations ou produits proposés, etc.

Cette collecte d'information peut aussi prendre la forme de questionnaires envoyés à plusieurs fournisseurs ou prestataires.

Pratique vertueuse, encouragée et désormais consacrée par les textes, le sourcing n'en demeure pas moins porteur de certains risques, notamment en ce qu'il permet un rapprochement entre l'acheteur public et de potentiels candidats préalablement à la consultation.

Car s'il n'est pas possible d'écarter, par principe, la candidature d'un opérateur économique ayant participé, sous quelque forme que ce soit, à la préparation d'un marché public^[5], l'acheteur est tenu de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout risque d'atteinte au principe d'égalité de traitement^[6].

... mais un outil vecteur de risques

Le délit d'octroi d'avantage injustifié compte bien sûr parmi les incriminations les plus redoutées des acheteurs publics. Conçu pour garantir l'équité dans l'achat public, que le Législateur entend préserver « des convoitises qu'il ne

pouvait manquer de susciter »^[7], ce délit recouvre, en effet, un champ d'application étendu et qui s'étend encore. Son appréhension jurisprudentielle en fait, de surcroît, un délit souvent perçu comme purement formel, prompt à sanctionner des actes pourtant accomplis de bonne foi ou relevant d'une simple erreur ou omission, bien plus que d'une intention délictueuse ferme et résolue.

Pour mémoire, ce délit, défini aux termes des dispositions de l'article 432-14 du Code pénal, réprime le fait « de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession ».

Il peut être reproché à tout élu local ou national, à tout agent de l'administration publique territoriale, de l'État et de leurs groupements, établissements publics et sociétés d'économie mixtes, ainsi qu'aux personnes agissant pour leur compte.

Sur le plan matériel, il réprime l'octroi d'un avantage injustifié par la méconnaissance de la réglementation garantissant le libre accès et l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics.

Élément central de l'infraction, le délit de favoritisme sanctionne ainsi le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié qu'il ait été effectif ou non ; tenter de procurer à autrui un tel avantage – sans y parvenir – suffit en effet à consommer l'infraction, pourvu que cette tentative se soit concrétisée par un commencement d'exécution.

Cette notion d'avantage injustifié a pu susciter quelques interrogations, notamment sur la question – tranchée par l'affirmative^[8] – de savoir si le seul fait d'être bénéficiaire d'un marché pouvait constituer l'avantage prohibé.

L'avantage injustifié peut en tout cas consister dans le fait de disposer d'une information privilégiée, notamment sur les besoins et les attentes de la personne publique, la consistance de l'opération, ou encore son coût.

C'est sur ce point que se heurte la question du sourcing, parce qu'il entérine la participation d'éventuels candidats à la définition du besoin, rompant ainsi avec une tradition d'hermétisation entre candidats et acheteur public ; l'existence de liens entre eux était en effet habituellement pensée comme le ferment d'une rupture d'égalité entre candidats consultés et ceux qui ne l'auraient pas été.

Or, ces principes étant consacrés par l'article 1^{er} du Code des marchés publics – repris dans l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 – leur seule méconnaissance suffisait à consommer le manquement réprimé par l'article 432-14 précité^[9].

Certes, ces manquements doivent présenter, conformément au principe consacré par l'article 121-3 du Code

[3] *La définition du besoin*, DAJ, 9 août 2017.

[4] *La définition du besoin*, DAJ, *supra*.

[5] CJUE 3 mars 2005, *Fabricom SA*, aff. C-21/03 et C-34/03.

[6] Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016, art. 5.

[7] Travaux préparatoires à la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991.

[8] Cass. crim. 11 décembre 2002, n° 02-80699.

[9] Cass. crim. 14 février 2007, Bull. crim. n° 47.

pénal, un caractère intentionnel ; mais celui-ci est traditionnellement limité au fait d'enfreindre la règle prescrite sciemment – ce qui implique d'en avoir préalablement connaissance – et en conscience de ce que cette méconnaissance est pénalement réprimée. Considérant toutefois que « nul n'est censé ignorer la Loi », à plus forte raison un élu ou un agent public lorsqu'il s'agit des règles de passation de marchés publics, la jurisprudence tend en outre à présumer l'intention au regard de la qualité de l'auteur du manquement.

En d'autres termes, dès lors que l'auteur a la qualité d'élu ou d'agent public, les juges présumant sa connaissance de la loi, et, par suite, sa volonté d'en méconnaître les dispositions légales ou réglementaires. Selon une formule désormais classique, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère ainsi que « compte tenu de sa qualité » de « son expérience et de son ancienneté dans la fonction » l'auteur « ne pouvait ignorer les règles applicables » et a donc « nécessairement participé à l'infraction »^[10]. Cette présomption s'affermite à mesure « du nombre des manquements relevés »^[11], voire « de l'ensemble des manœuvres ayant abouti à faire apparaître une entreprise comme étant la moins-disante »^[12].

La conciliation du sourcing avec les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement entre les candidats

Bien sûr, puisque le sourcing est désormais prévu par les textes, sa stricte mise en œuvre ne peut en tant que tel présenter un caractère délictueux. Mais il n'en demeure pas moins que le sourcing ne peut aboutir à une rupture d'égalité de traitement des candidats à la commande publique pas plus qu'une atteinte à la liberté d'accès à celle-ci.

Ainsi, comme pour compenser la souplesse offerte aux acheteurs par l'article 4 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 précité, les dispositions de l'article 5 de ce même décret instituent une nouvelle obligation à la charge des acheteurs pour éviter que la concurrence ne soit faussée du fait de la participation d'opérateurs économiques dans la préparation de leurs marchés. L'article 5 dispose ainsi que « l'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires » ; ce n'est que s'il ne peut être remédié à une situation de distorsion de concurrence entre plusieurs opérateurs économiques par d'autres moyens

que les acheteurs peuvent exclure de leurs procédures de passation un opérateur en particulier.

En liant ces deux exigences au sein de son article 5, le décret du 25 mars 2016 formalise une articulation entre deux principes fondamentaux de la commande publique : la liberté d'accès à la commande publique, d'une part, et l'égalité de traitement entre les candidats, d'autre part, tous deux sanctionnés par l'article 432-14 du Code pénal incriminant le favoritisme.

Si le principe d'égalité de traitement entre les candidats impose aux acheteurs de prendre toutes mesures pour éviter les distorsions de concurrence pouvant résulter de l'accès de certains d'entre eux – ceux ayant été directement associés à la préparation du marché ainsi que les titulaires sortants ayant pu bénéficier d'informations concernant les prestations commandées par l'acheteur concerné – à des informations privilégiées, celui de la liberté d'accès à la commande publique prescrit de ne pas systématiquement exclure un candidat ayant participé à la préparation de leurs marchés. Rappelons, en effet, qu'une telle exclusion n'est en principe justifiée que si, d'une part, le candidat concerné a effectivement retiré de sa participation au marché un avantage concurrentiel et si, d'autre part, la possibilité lui a été laissée de faire la preuve que, dans les circonstances de l'espèce, il n'en a rien été.

Le nouveau droit des marchés publics confie ainsi aux acheteurs publics une responsabilité dans le cadre de la définition préalable de leurs besoins : celle de préserver l'effectivité des principes d'égalité de traitement des candidats et de liberté d'accès à la commande publique en appréciant, au cas par cas, les mesures les plus proportionnées et justifiées permettant de garantir que les opérateurs économiques qui auraient, de manière directe ou indirecte participé à la préparation de leurs marchés, ne seront pas favorisés par rapport à leurs concurrents potentiels.

L'acheteur public devra ainsi impérativement mettre à disposition, au sein des documents du marché public, l'ensemble des informations qu'il a communiquées à l'occasion du sourcing organisé antérieurement à la passation du marché. Les candidats au marché public disposeront du même degré d'informations, écartant tout risque de rupture d'égalité. Sur ce point, le juge administratif avait déjà censuré une procédure de passation de contrats publics au motif que l'un des candidats disposait d'informations privilégiées transmises par l'acheteur et qui n'avaient pas été transmises aux autres candidats^[13], rompant ainsi l'égalité de traitement entre les candidats à l'attribution du marché public.

De même, il est prudent que l'acheteur procède à une analyse sérieuse de ses besoins en objectivant les suggestions faites par les opérateurs sourcés et en évitant à tout prix de reprendre purement et simplement les propositions des opérateurs, ce qui pourrait en soi constituer le délit de favoritisme.

[10] Cass. crim. 15 décembre 2004 ; Cass. crim. 25 juin 2008, n° 07-88.373.

[11] CA Grenoble, 27 septembre 1997.

[12] Circ. crim. 98.4/G3 2 juillet 1998.

[13] TA Paris, ord. 26 avril 2010, Société TFN Bâtiment, req. n° 1006297-3/3.