

Numéro du rôle : 7193

Arrêt n° 42/2021  
du 11 mars 2021

## ARRÊT

---

*En cause* : la question préjudicielle relative à l'article 314 du Code pénal, posée par le Tribunal correctionnel francophone de Bruxelles.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents F. Daoût et L. Lavrysen, et des juges J.-P. Moerman, R. Leysen, Y. Kherbache, T. Detienne et D. Pieters, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président F. Daoût,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\* \*

## I. *Objet de la question préjudicielle et procédure*

Par jugement du 23 mai 2019, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 3 juin 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 ? ».

Des mémoires et mémoires en réponse ont été introduits par :

- la Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles (STIB), assistée et représentée par Me E. Roger France et Me A. Schurmans, avocats au barreau de Bruxelles;
- le Conseil des ministres, assisté et représenté par Me N. Bonbled et Me C. Dupret Torres, avocats au barreau de Bruxelles.

Par ordonnance du 13 janvier 2021, la Cour, après avoir entendu les rapporteurs T. Detienne et L. Lavrysen, a décidé que l'affaire était en état, qu'aucune audience ne serait tenue, à moins qu'une partie n'ait demandé, dans le délai de sept jours suivant la réception de la notification de cette ordonnance, à être entendue, et qu'en l'absence d'une telle demande, les débats seraient clos le 27 janvier 2021 et l'affaire mise en délibéré.

Aucune demande d'audience n'ayant été introduite, l'affaire a été mise en délibéré le 27 janvier 2021.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

Quatre prévenus (deux anciens employés de la « Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles » (STIB) et deux entrepreneurs) sont poursuivis devant la chambre correctionnelle du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, notamment pour délit d'entrave à la liberté des soumissions en matière de marchés publics, tel qu'il est sanctionné par l'article 314 du Code pénal. Il est reproché aux prévenus d'avoir frauduleusement convenu de ne pas respecter les règles essentielles en matière de marchés publics afin, notamment, de favoriser directement certains d'entre eux, au préjudice de la STIB, qui s'est constituée partie civile.

Cette violation systématique des règles, pratiquée à l'insu de la STIB, a permis de mettre en place un système de concurrence fictive au moyen de faux documents « scindant les marchés » (saucissonnage) pour rester en deçà des seuils légaux et masquant le fait que tous les marchés étaient en réalité exclusivement attribués à une entité unique regroupant cinq sociétés contrôlées par les deux mêmes personnes, à savoir deux des quatre prévenus.

En l'espèce, les faits se sont déroulés dans le contexte des attributions de marchés dans le cadre de la « maintenance et [des] petites réparations » des stations de métro de la STIB.

Au cours des débats devant le Tribunal, s'est posée la question de l'applicabilité de l'article 314 du Code pénal aux marchés publics par procédure négociée. En effet, par un arrêt du 9 mars 2016 (P.16.0103.F), la Cour de cassation a jugé que la mise en concurrence protégée par cet article n'est requise qu'entre les personnes qui ont répondu à un marché public ayant fait l'objet d'une publicité préalable (à l'exclusion des marchés publics attribués à la suite d'une procédure négociée).

Dans son réquisitoire, le ministère public a contesté cette interprétation de l'article 314 du Code pénal, dénonçant une discrimination, qui pourrait être injustifiée, selon que la procédure retenue par le pouvoir adjudicateur est assortie ou non d'une publicité préalable et bénéficie ou non donc de la protection de l'article 314 du Code pénal.

En conséquence, il a demandé au Tribunal de poser à la Cour la question reproduite plus haut.

### III. *En droit*

- A -

A.1. Dans ses deux mémoires, la STIB, partie civile devant le juge *a quo*, considère que, contrairement à ce qui a été jugé par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 mars 2016, le terme « adjudication » figurant à 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.

Répondre à la question préjudicielle en donnant à l'article 314 du Code pénal la même interprétation que la Cour de cassation reviendrait à créer une discrimination en totale inadéquation avec la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, ainsi qu'avec les articles 10 et 11 de la Constitution.

A.2.1. Le Conseil des ministres soutient, à titre principal, que la question préjudicielle appelle une réponse négative, 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 adjudicateur 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.2.2. À titre subsidiaire, le Conseil des ministres soutient que la différence de traitement repose sur un critère objectif : l'organisation d'une adjudication au cours de la procédure en question. Il s'agit d'un élément constitutif de l'infraction prévue par l'article 314 du Code pénal, ce qui exclut, par conséquent, l'adjudication non publique de son champ d'application.

Le Conseil des ministres considère aussi que l'article 314 du Code pénal, tel qu'il est interprété par la Cour de cassation dans son arrêt du 9 mars 2016, est justifié et proportionné au but qu'il poursuit. En effet, cette disposition n'a pas pour objectif de sanctionner la corruption en matière de marchés publics.

A.2.3. À titre très subsidiaire, le Conseil des ministres propose que la Cour donne à l'article 314 du Code pénal une interprétation conforme. Compte tenu de l'évolution qu'a subie la « convention de gré à gré » depuis qu'elle est devenue la « procédure négociée », le Conseil des ministres admet que, sous certaines de ses formes, la procédure négociée se rapproche des procédures soumises à l'article 314 du Code pénal, notamment en ce qu'elle peut exiger la publication d'un avis de marché.

Le Conseil des ministres en déduit que seule la procédure négociée sans publicité préalable correspond véritablement à l'hypothèse de la convention de gré à gré qui est clairement exclue du champ d'application de l'article 314 du Code pénal.

Il propose donc à la Cour 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, l'article 314 viole les articles 10 et 11 de la Constitution.

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 ».

A.2.4. Le Conseil des ministres répond aux arguments développés par la STIB que la définition qu'elle donne de l'adjudication est une définition contemporaine qui ne recouvre pas le sens qui a été donné à ce terme à l'époque de son insertion dans l'article 314 du Code pénal. L'adjudication était conçue comme le mode de conclusion d'un marché par l'État, par opposition au mode alternatif et exceptionnel qu'était le marché de gré à gré. Il s'agissait donc bien de l'adjudication publique d'un marché. Ce n'est qu'un siècle plus tard que la notion d'adjudication s'est étendue à d'autres modes de passation de marchés publics.

Quant aux procédures négociées, elles ont aussi pris des formes variées : procédure concurrentielle avec négociation, procédure négociée directe avec publication préalable et procédure négociée sans publicité préalable.

Si les principes relevés comme essentiels par la STIB, à savoir la sauvegarde de l'égalité et la libre concurrence, le sont effectivement, ils ne déterminent par contre pas, selon le Conseil des ministres, le champ d'application de l'article 314 du Code pénal.

Les éléments constitutifs de cette disposition sont le caractère public de l'adjudication et l'absence de procédure négociée, puisqu'il s'agit d'éviter le risque d'entente entre les parties.

Quant à l'arrêt *Parking Brixen* de la Cour de justice de l'Union européenne invoqué par la STIB, il concernait une concession de service, et donc une forme de contrat qui n'était pas régulée par les directives européennes. La Cour de justice a jugé que les principes fondamentaux de l'Union européenne s'y appliquaient, en ce compris le principe de transparence.

Le Conseil des ministres conteste la pertinence de la jurisprudence invoquée, ainsi que la conclusion que la STIB en tire.

- B -

B.1.1. La question préjudicielle porte sur l'article 314 du Code pénal, qui dispose :

« 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 ».

B.1.2. Le juge *a quo* soumet cette disposition au contrôle de la Cour, dans l'interprétation selon laquelle elle ne concerne pas les marchés publics conclus par procédure négociée.

Il se réfère à ce propos à un arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 2016, par lequel celle-ci a jugé :

« 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, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 [relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de service], 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 » (Cass., 9 mars 2016, P.16.0103.F).

B.1.3. La Cour est invitée à examiner la compatibilité de la disposition en cause ainsi interprétée avec les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'elle fait naître une différence de traitement entre les victimes d'une entrave à la concurrence, selon que celle-ci a été commise dans le cadre d'un marché conclu par procédure négociée ou dans le cadre d'un marché public conclu selon une procédure ouverte ou restreinte.

B.2.1. Il ressort du jugement *a quo* que les prévenus sont poursuivis pour diverses infractions commises « dans l'intention de contourner les dispositions de la loi relative aux marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services du 24 décembre 1993 ». Pour répondre à la question préjudicielle, il y a donc lieu d'avoir égard à la réglementation relative aux marchés publics telle qu'elle était établie par la loi du 24 décembre 1993 « relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services » (ci-après : la loi du 24 décembre 1993), sans prendre en considération les modifications législatives et réglementaires ultérieures en cette matière.

B.2.2. Il ressort également du jugement *a quo* que les marchés litigieux « semblent bien [...] s'analyser comme des marchés conclus par procédure négociée ». Il apparaît qu'il s'agissait de procédures négociées sans publicité. Il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur la question de savoir si les marchés litigieux pouvaient ou non donner lieu à cette procédure.

La Cour limite son examen à cette hypothèse.

B.2.3. L'article 17, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 définissait le marché public par procédure négociée comme suit :

« Le marché public est dit par procédure négociée lorsque le pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux ».

L'article 17, § 2, de la même loi énumérait limitativement les hypothèses dans lesquelles la procédure négociée sans publicité pouvait être utilisée. L'article 17, § 3, de la même loi énumérait limitativement les hypothèses dans lesquelles la procédure négociée avec publicité pouvait être utilisée. En dehors de ces hypothèses, les marchés publics devaient être passés par adjudication publique ou restreinte ou par appel d'offres général ou restreint.

B.3. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'exclut pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée.

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.

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.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

L'article 314 du Code pénal, interprété comme excluant les marchés conclus avec l'État ou avec une personne de droit public selon la procédure négociée sans publicité, ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi rendu en langue française et en langue néerlandaise, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, le 11 mars 2021.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

F. Daoût