

Le processus du marché: quand le juge pénal s'y intéresse-t-il?

Bart De Bie & Bart Verstraeten



Introduction

- Casus
- Fraude vs Intégrité





Casus

- Le conseil communal du village de Lordegem a décidé de lancer une adjudication publique pour l'achat d'une nouvelle infrastructure de TIC (un serveur, des ordinateurs fixes et des ordinateurs portables) y compris la base software nécessaire (OS+ ensemble d'office), combiné avec un contrat de maintenance.

Best IT est présent sur le marché avec trois autres concurrents.

- Le **fil d'échevin** de travaux publics a une entreprise en informatique **DigIt** qui travaille souvent en *sous-traitance* de **Best IT**.



Casus (suite)

- Les concurrents de **Best IT** sont occupés en ce moment avec d'autres grands projets et ne sont pas intéressés par le projet de **Lordegem**.
- **Best IT** convient avec les concurrents qu'ils soumettront tous une *offre plus chère*.
- Un directeur de Best IT informe l'échevin qu'ils seront les *moins chers*.
- L'échevin convient également que pendant la livraison, un ordinateur fixe et un ordinateur portable devront être installés dans un club de football, dont **l'échevin** est le président.



Casus (suite)

- ➔ Environ deux mois plus tard, le marché public est attribué à **Best IT**.
- ➔ **Paul**, un employé de l'administration communale, trouve bizarre que **Best IT** soit le moins cher, alors qu'il sait par des collègues de communes voisines qu'il était toujours plus cher. Il soupçonne que quelque chose ne va pas et recherche qui est derrière **DigIt** ...
- ➔ Compte tenu des bonnes relations entre le **secrétaire communal** et **l'échevin** de travaux publics, **Paul** décide de ne plus agir.
- ➔ A titre de remerciement pour cette excellente coopération, **l'échevin** reçoit trois caisses de « Château Angélus » comme cadeau, livrées à son domicile.



Fraude

- ➔ Processus d'adjudication= **sensible à la fraude**
- ➔ **Délits** les plus communs
 - ▣ Obstacle à la liberté d'enchérir
 - ▣ Conflits d'intérêts
 - ▣ La corruption
 - ▣ Le détournement
 - ▣ Faux en écriture
- ➔ Qui est **responsable**?
 - ▣ Personne physique
 - ▣ Personne morale



Conflits d'intérêts

- ➔ **Sous-traitance à l'entreprise du fils d'échevin?**
- ➔ *"Le fonctionnaire dirigeant pose des actes qui, de par sa fonction personnelle, donne théoriquement la possibilité de veiller aux intérêts personnels"*
- ➔ Mélange de l'intérêt général et de l'intérêt personnel
- ➔ = 'délit de mise en danger'
 - ▣ Quelle que soit l'occasion saisie
 - ▣ Quel que soit l'avantage octroyé
- ➔ P.e. le fonctionnaire dirigeant (in)directement impliqué dans l'entreprise qui réalise les travaux



Obstacle à la liberté d'enchérir

- **Rendez-vous préalable en vue d'attribuer la mission + offres de la concurrence plus chères?**
- "Faire obstacle à la liberté d'enchérir en attribuant des travaux, des fournitures et des services"
- **Moyens**
 - ▣ violence
 - ▣ donations ou promesses
 - ▣ moyens frauduleux
- P.e. Limiter l'inscription à un seul candidat par l'introduction d'autres candidatures fictives



Faux en écriture

- ➔ **Offre d'un concurrent rédigée pour n'avoir aucune chance d'obtenir le marché**
- ➔ *"mensonge dans un écrit protégé par la loi qui s'impose à la confiance publique et donne lieu à un désavantage possible"*
- ➔ **Faux matériel vs intellectuel**
- ➔ *"avec l'intention de fournir - à lui-même ou à un autre - un avantage illégitime" ou "avec l'intention de nuire"*
- ➔ P.e. Prendre en charge un engagement dont on sait qu'on ne peut pas le respecter



Le détournement

- **Mettre à disposition des PC's au club de football dont l'échevin est président?**
- *"détention précaire du fonctionnaire sous de strictes conditions d'utilisation"*
- **Le détournement** ne doit pas nécessairement être en sa propre faveur
- P.e. Utiliser de l'argent public pour des affaires privées



La corruption

- ➔ **Trois caisses de vin après réception, suite à la coopération fructueuse?**
- ➔ *“Le fonctionnaire reçoit/ demande, de manière (in)directe, une proposition, une promesse ou un avantage quelconque en échange d’une compensation dans l’exercice de ses fonctions”*
- ➔ Quel que soit le **volume** ou la **valeur**
- ➔ acte **unilatéral**
- ➔ Quid des cadeaux pour services rendus?
- ➔ P.e. donations, cadeaux, réductions et primes



Qui est pénalement responsable?

➤ Personne physique

- ▣ auteur
- ▣ complice

➤ Personne morale

- ▣ Loi de 4 mai 1999 relative à la responsabilité pénale de la personne morale
- ▣ auteur
- ▣ complice



Responsabilité pénale des PM

- **Champ d'application rationae personae**
- en principe toute personne de morale
 - ▣ de droit privé
 - ▣ de droit public
 - ▣ ...
- Bon nombre de 'PM politique' sont explicitement exclues
 - ▣ état fédéral/région/ communauté
 - ▣ Commission Communautaire / Commission communautaire commune
 - ▣ provinces/ agglomération de Bruxelles/communes
 - ▣ CPAS



Responsabilité pénale des PM

➔ Effectivement **soumises**

- ▣ La plupart des institutions publiques
 - CBFA
- ▣ Administrations personnalisées
 - Régie des Bâtiments
- ▣ Corporations professionnelles de droit public
- ▣ Intercommunales
- ▣ Entreprises publiques autonomes
- ▣ Etablissements publics de crédit



Responsabilité pénale des PM

- ➔ **Allocation pour l'entité juridique**
- ➔ **Allocation**
 - ▣ matérielle
 - ▣ morale
- ➔ en principe tous les délits



Responsabilité pénale des PM

➔ Allocation matérielle

➔ Le délit

- ❑ soit lien intrinsèque avec la réalisation de l'objectif, soit prise en charge des intérêts de la PM
- ❑ pour le compte de la PM



Responsabilité pénale des PM

➤ Allocation morale

➤ élément moral

▣ négligence

- dol général
- dol direct
- dol éventuel
- dol exceptionnel

➤ juge doit vérifier

▣ décision prise intentionnellement au sein de PM

▣ négligence en ligne de causalité

- Délit rendu possible par :
 - manque d'organisation
 - mesures de sécurité insuffisantes
 - contraintes budgétaires déraisonnables



Responsabilité pénale des PM

- **Contrôle et surveillance insuffisants**
 - ▣ négligence
 - ▣ **dol éventuel**
- Vouloir **s'abstenir** sans nécessairement vouloir les conséquences directes
- Vouloir continuer malgré certaines conséquences **indésirables**
- Intérêt?



Responsabilité pénale des PM

- ➔ **Cumul possible des poursuites à l'encontre de la personne morale et de la personne physique**
 - ▣ délits intentionnels
- ➔ **Négligence**
 - ▣ Erreur la plus lourde



Responsabilité pénale des PM

➤ Conclusion

➤ RP comme auteur/complice

- ▣ délits intentionnels
- ▣ délits accidentels

➤ Gestion des intérêts

- ▣ Éviter le délit
- ▣ **Signalement de délit: manque de contrôle et de surveillance**

➤ L'entreprise la plus vulnérable

- ▣ solvabilité de la PM



Instruments de l'intégrité

1. Evaluation de l'intégrité de vos marchés publics (www.aanbestedingsrapport.be)
2. Instrument **actif** de gestion des conflits d'intérêt
3. Règlement "Sonnette d'alarme"

Une bonne gestion de l'intégrité peut prévenir beaucoup de misère !



Aanbestedingsrapport.be

- ➔ **Evaluation de base**
- ➔ Enquête **en ligne** (30 répondants)
- ➔ **Auto-investigation:**
 - ▣ Où se situe votre administration dans les procédures d'achat/de gestion au niveau des risques suivants :
 - Légalité
 - Performance
 - Intégrité
 - ➔ A chaque phase du processus d'achat
 - ▣ Quel niveau de maturité possèdent vos mesures de gestion?
- ➔ **Suggestions d'amélioration** concrètes et applicables



Instrument actif des conflits d'intérêts

- ➔ Va au-delà de **régime de récusation** (art. 10 Loi marchés publics)
- ➔ **Point de départ :**
 - ▣ Prudence
 - ▣ Ouverture
 - ▣ Possibilité de contrôler
- ➔ **Concret:**
 - ▣ Etablir un registre des intérêts (mandats, portefeuille, bien de valeurs mobilières, droits de vote, capital foncier,...)
 - ▣ Sur base d'une déclaration d'honneur des intervenants
 - ▣ Mise à jour annuelle !
 - ▣ Baliser clairement les limites (à quel niveau de l'organisation, parenté, ...)
 - ▣ A suivre effectivement (& possibilité éventuelle de sanction)
 - ▣ Effectuer des vérifications aléatoires afin de vérifier la justesse



Dénonciateurs

→ Dénonciateur

- ❑ Irrégularité grave
- ❑ Ne peut pas être soulevé/résolu par la voie normale

→ Rapporter

- ❑ ≠ valeurs et normes propres
- ❑ Infraction à des ègle(s)
- ❑ Dommage à l'organisation

→ Ne pas rapporter

- ❑ Peur de conséquences négatives pour sa propre personne
- ❑ Ne pas s'attendre à des conséquences
- ❑ Manque de confiance en la personne à qui les faits sont rapportés



Se taire est d'argent, parler est d'or



Rapport interne ou externe ?

- Recherche Université Tilburg (2001)
 - ▣ **Employeurs** : contre une notification directe et externe
 - ▣ **Employés**: besoin d'un organisme indépendant
- Stichting van de Arbeid (Pays-Bas) et PIDA (Angleterre)
 - ▣ D'abord rapport interne
 - ▣ Après rapport externe si...
 - Message interne pas possible
 - Ne mène à une action corrective
 - ▣ Conseil de la Commission Privacy (2006)
 - ▣ Système de rapport 'interne'
 - ▣ Avoir suffisamment des "gestionnaires des plaintes" indépendants
 - ▣ Caractère subsidiaire
 - ▣ Irrégularités graves

Il ne s'agit pas de choisir entre interne et externe, mais d'offrir de multiples canaux.



Règlement "Sonnette d'alarme"

Composants 'filet de sécurité'

- Champ d'application
- Un ou plusieurs canaux de reporting
- Un volet Recherche
- Un volet Protection
- Une communication appropriée

La constante: une alternative sécurisée, claire et acceptée pour garder la silence ou des indiscretions.



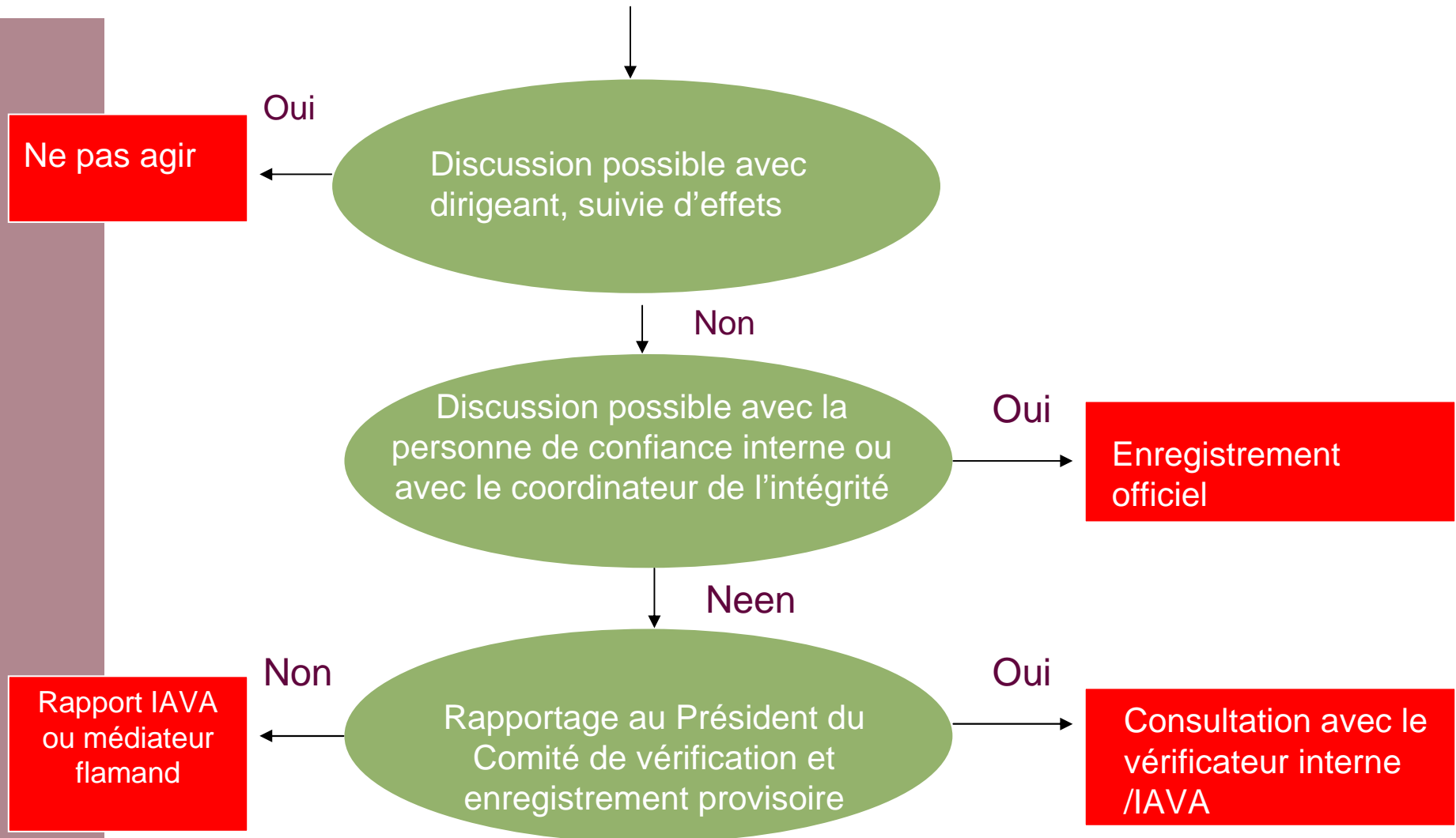
Points d'attention

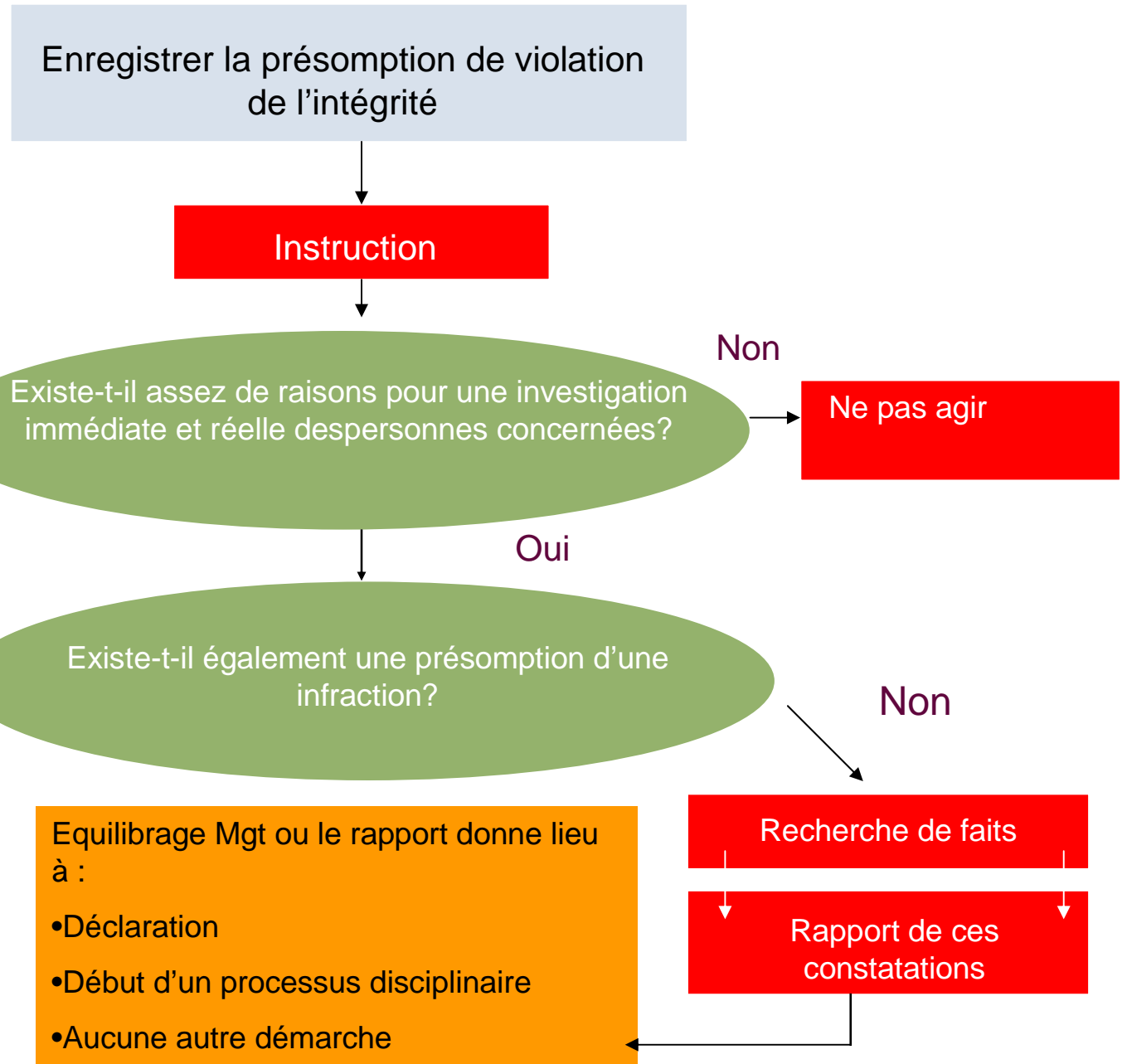
Implémentation

- ▣ *Responsabilité propre du rapporteur*
- ▣ *Responsabilité du management de ligne*
- ▣ *Une structure claire et de multiples canaux de reporting*
- ▣ *Des seuils bas pour rapporter des incidents*
- ▣ *Approche professionnelle et énergique*
- ▣ *Crédibilité du filet de sécurité*
- ▣ *Enseignements à tirer de l'incident pour toute l'organisation*



Observation de présomption d'une violation de l'intégrité (selon le champ d'application)







Conclusion

- ➔ **Risque pénal**
 - ▣ Pas seulement auteur effectif
 - ▣ Egalement les autres acteurs impliqués
 - Personnes physiques
 - Personnes morales
 - ▣ Effets liés
 - Longue durée et fin de l'incertitude → facteur de stress
 - Nuire à la réputation
- ➔ **Mieux vaut prévenir que guérir**
 - ▣ Une gestion proactive de l'intégrité = arme forte



Thank you!

Independent Forensic Auditors

www.i-force.be