
1991-2021 : 30 ans du délit de favoritisme, bilan et perspectives

REVUE COMPLEMENT CONTRATS PUBLICS - N° 221 - Juin 2021

[Plus d'informations](#)

Dossier - La commande publique face au droit pénal

Simon Daboussy

Avocat – associé

ADDEN AVOCATS MEDITERRANEE

Auberi Gaudon

Avocat Senior

ADDEN AVOCATS MEDITERRANEE

En trente ans, le cadre juridique applicable au délit de favoritisme a évolué et le juge pénal lui a conféré un champ d'application très large. Si les tentatives de remise en cause de ce délit se sont soldées par des échecs, il n'en demeure pas moins que ce délit devra nécessairement être adapté à l'évolution des règles de la commande publique.

Le début de l'année 2021 a marqué les trente ans du délit d'octroi d'avantage injustifié, plus communément appelé délit de favoritisme, qui fut introduit par la [loi n° 91-3 du 3 janvier 1991](#) relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

L'introduction d'une infraction pénale en lien exclusif avec la méconnaissance des dispositions applicables en matière de commande publique était alors justifiée par le souci de moraliser l'action publique en réponse notamment aux nombreuses affaires de financement occulte de partis politiques.

Le délit de favoritisme a depuis lors donné fréquemment lieu à des poursuites, souvent suivies de condamnations, dont certaines ont eu un retentissement médiatique important en raison de la notoriété des personnalités impliquées.

Plutôt plébiscité par la société civile, qui y voit là un garde-fou contre les arrangements politico-économiques et la sanction légitime de la méconnaissance de l'intérêt général lors de l'usage des deniers publics, le délit de favoritisme souffre en revanche d'une certaine impopularité chez les professionnels du droit, qui regrettent des condamnations trop souvent automatiques et insuffisamment caractérisées par les juridictions pénales, et les élus, sur lesquels pèse principalement la menace d'une procédure pénale lors de la conclusion des contrats.

Faut-il alors considérer que, motivé par un souci d'exemplarité de l'action publique, le juge pénal s'est éloigné de la volonté initiale du législateur en forgeant une jurisprudence trop sévère à l'égard des prévenus soupçonnés de favoritisme ? Ou bien peut-on au contraire estimer que plus de trente ans après la création de ce délit, le non-respect par les responsables publics des dispositions régissant la commande publique résulte nécessairement d'un acte volontaire visant à s'y soustraire, le plus souvent au profit de l'un des candidats ?

Au terme de trente années d'existence, il apparaît que le cadre juridique applicable au délit de favoritisme a évolué, malgré la stabilité de ses éléments constitutifs, et que l'interprétation extensive à laquelle s'est rapidement livré le juge pénal a conduit à lui conférer un champ d'application très large. Malgré les tentatives de remise en cause qui se sont multipliées au cours de la dernière décennie, le délit de favoritisme ne semble pour l'heure pas sérieusement menacé.

L'évolution du cadre juridique applicable au délit de favoritisme

Issu de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 introduisant l'obligation de transparence des procédures et des règles relatives à la publicité et à la mise en concurrence lors de la passation de certains contrats, le délit de favoritisme a été codifié à l'article 432-14 du nouveau Code pénal entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 et consistait alors dans « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, d'un établissement public n'ayant pas le caractère industriel ou commercial, d'une collectivité territoriale ou d'un de ses établissements publics ou d'une société d'économie mixte, ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susvisées, 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 passés par l'Etat et les collectivités ou organismes mentionnés plus haut ». Les évolutions introduites par des lois successives ont permis d'en étendre progressivement le champ d'application, tant du point de vue des personnes susceptibles d'être poursuivies que des contrats dans le cadre desquels l'infraction peut être commise.

Si en 1991 seuls les marchés de travaux, de fournitures et de services étaient visés, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dit « loi Sapin », a rapidement étendu le délit aux délégations de service public. Elle a dans le même temps élargi le champ des auteurs potentiels de cette infraction aux personnes exerçant au sein des EPIC qui en étaient initialement exclus. La loi n° 95-127 du 8 février 1995 va plus loin en visant expressément les contrats passés par les sociétés d'économie mixte (SEM) d'intérêt national chargées d'une mission de service public et par les SEM locales. Enfin, plus récemment, la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « loi Sapin II », a élargi de manière notable le champ d'application du délit de favoritisme en substituant au terme « délégations de service public » la catégorie plus large des « concessions ». Un délit de favoritisme peut donc désormais être commis à l'occasion de la passation de tous les types de concessions, y compris d'aménagement.

S'agissant des « marchés publics », visés comme tels à l'article 432-14 du Code pénal depuis 1995, l'entrée en vigueur en 2016 de l'ordonnance relative aux marchés publics et de son décret d'application ⁽¹⁾, puis plus récemment du Code de la commande publique ⁽²⁾, a mis fin à un débat déjà partiellement tranché par la Cour de cassation ⁽³⁾, en unifiant sous ce terme les marchés anciennement passés en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 mais également les nouveaux marchés de partenariat.

Initialement circonscrit à certains marchés, aucun pan de la commande publique ne semble aujourd'hui plus échapper au cadre dans lequel s'inscrit le délit de favoritisme.

L'évolution des règles applicables en matière de commande publique, notamment lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code des marchés publics en 2004 ayant introduit des procédures de passation plus souples telles que la procédure adaptée, n'ont pas pour autant conduit à réduire le champ d'application du favoritisme aux seuls contrats soumis à des formalités précisément définies par les textes. L'administration indiquait ainsi dans une circulaire du 22 février 2005 relative au délit de favoritisme « Dans ce cadre, il est nécessaire d'apprécier non pas la violation d'obligations formelles et précisément définies par le code des marchés publics mais l'adaptabilité des règles que l'acheteur public se sera fixé. Une certaine prudence s'impose afin de se conformer à l'esprit du nouveau code des marchés publics, qui a souhaité privilégier la négociation et l'adaptation de l'offre à la demande dans le respect des principes de la commande publique. Concernant les marchés de moins de 4 000 euros HT, la mise en œuvre de l'action publique pourra certes résulter de la violation des obligations réglementaires de définition préalable des besoins et de choix de l'offre économiquement la plus avantageuse visées à l'article 1^{er} du code des marchés publics » ⁽⁴⁾. Il était ainsi établi que tous les contrats visés à l'article 432-14, quelles que soient les formalités qui étaient applicables, pouvaient donner lieu à des poursuites sur ce fondement ⁽⁵⁾.

Quant aux auteurs de ce délit, que l'on pensait limitativement énumérés à l'[article 432-14 du Code pénal](#), il est apparu que le principe de responsabilité pénale des collectivités territoriales introduit en 1994 par le nouveau Code pénal ⁽⁶⁾-pouvait s'appliquer en matière de favoritisme. En effet, au terme d'une décision remarquée, une juridiction de première instance a admis la culpabilité d'une commune de ce chef ⁽⁷⁾.

Il est toutefois intéressant de relever qu'aucun des textes législatifs précités n'est venu modifier l'essence même du délit, dont les éléments constitutifs sont « la méconnaissance des dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats » et le « fait de procurer un avantage à autrui », ce qui le distingue du délit de prise illégale d'intérêt fixé par l'[article 432-12 du Code pénal](#), et restent ainsi inchangés depuis 1991. Seule l'entrée en vigueur en 1994 du nouveau Code pénal et de son article 121-3 a supprimé le caractère initialement non-intentionnel du délit de favoritisme au profit de l'intentionnalité désormais exigée en matière criminelle et délictuelle, sauf dispositions contraires qui n'ont jusqu'à aujourd'hui pas été ajoutées à l'article 432-14. Pour qu'il y ait favoritisme, il faut donc que la personne ait commis en « connaissance de cause » un acte contraire aux dispositions visées, ce qu'il revient au juge d'apprécier ⁽⁸⁾.

L'amende encourue en cas de délit de favoritisme a pour sa part été progressivement alourdie au fil des années. Était initialement prévue une sanction de deux ans d'emprisonnement assortie d'une amende dont le montant était plafonné à 200 000 francs (convertis à hauteur de 30 000 euros à compter du 1^{er} janvier 2002). Depuis la [loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013](#), le montant de l'amende a été porté à 200 000 euros et peut atteindre le « double du produit tiré de l'infraction ». La Cour de cassation a toutefois rappelé qu'il appartient au juge pénal sanctionnant des faits constitutifs de favoritisme de motiver la peine prononcée en tenant compte de la personnalité du prévenu, de sa situation personnelle et du montant de ses ressources comme de ses charges ⁽⁹⁾. En cas de recel, le montant de l'amende infligée n'est donc pas uniquement corrélé au profit tiré par l'entité qui a bénéficié en connaissance de cause de l'infraction malgré l'évolution du texte en ce sens.

Enfin, à l'instar de l'ensemble des délits prévus par le Code pénal, les faits constitutifs de favoritisme ont vu leur délai de prescription augmenté de trois à six ans du fait de la modification de l'[article 8 du Code de procédure pénale](#) issue de la [loi n° 2017-242 du 27 février 2017](#) ⁽¹⁰⁾. Cet allongement du délai de prescription est de nature à faciliter l'engagement de poursuites, d'autant plus qu'il s'agit d'une infraction instantanée dont le délai court en principe à compter de la commission des faits délictueux ⁽¹¹⁾, sauf à ce qu'ils aient été dissimulés ⁽¹²⁾.

Le délit de favoritisme en proie à l'interprétation extensive du juge pénal

Les évolutions législatives intervenues au cours des trente dernières années et ayant impacté directement ou indirectement les dispositions de l'[article 432-14 du Code pénal](#) ont contribué à élargir le champ d'application du délit d'octroi d'avantage injustifié. C'est cependant principalement l'œuvre du juge pénal qui a conduit à ce que des poursuites soient fréquemment engagées et à ce que ce délit soit tant redouté par les responsables de l'achat public. La Cour de cassation s'est en effet livrée à une lecture de plus en plus extensive de l'[article 432-14 du Code pénal](#), en ce qui concerne aussi bien les éléments matériels que l'élément moral du délit.

Il apparaît assez aisément, à la lecture de cet article, que les éléments matériels constitutifs du délit de favoritisme sont définis largement, notamment en ce qu'il est fait mention de la méconnaissance des « 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 concessions ». Si certains ont pu s'interroger sur le champ des dispositions et des contrats ici visés, le juge a opté pour une lecture extensive en considérant par exemple qu'y étaient soumis les marchés passés en application de l'[ordonnance n° 2005-649 du 6 mars 2005](#) alors que celle-ci faisait référence aux simples « marchés » et non aux « marchés publics » ⁽¹³⁾.

Dans le même sens, le juge pénal a pris l'initiative de considérer que la soumission volontaire d'un acheteur à une procédure de passation pouvait conduire à ce qu'il soit poursuivi pour favoritisme s'il procurait à autrui un avantage injustifié en méconnaissance des règles qu'il s'était lui-même fixé, alors même qu'elles n'étaient pas obligatoires ⁽¹⁴⁾ et que l'administration était plutôt encline à privilégier la position inverse ⁽¹⁵⁾. Pour apprécier la méconnaissance par ces derniers des dispositions applicables, le juge a également pu tenir compte des dispositions figurant au sein des guides internes d'aide à l'achat élaborés à l'initiative des acheteurs publics alors qu'il ne s'agit pas littéralement de dispositions législatives et réglementaires au sens des dispositions précitées ⁽¹⁶⁾.

Cette interprétation large des règles dont la méconnaissance peut constituer un délit de favoritisme s'est également traduit par des décisions refusant que les dispositions nouvellement applicables aux marchés publics, qui allaient dans le sens d'un assouplissement des règles précédentes pour les marchés passés en dessous de certains seuils, bénéficient aux auteurs d'infractions commises avant leur entrée en vigueur. La Cour a en effet cassé le raisonnement tenu en ce sens par le juge du fond au motif « que les dispositions réglementaires nouvelles du Code des marchés publics, modifiant les conditions de passation desdits marchés, ne s'appliquent pas aux infractions commises avant leur entrée en vigueur, dès lors que le texte législatif, support légal de l'incrimination, n'a pas été modifié » ⁽¹⁷⁾. Tel était également la position adoptée par l'administration ⁽¹⁸⁾, qui n'est pas si étonnante dans la mesure où les changements apportés à la réglementation des marchés publics ne sauraient être interprétés comme un assouplissement de la loi pénale qui autoriserait sa rétroactivité.

Quant à la qualification d'« avantage injustifié », qui constitue l'autre élément matériel constitutif du délit de favoritisme, les décisions rendues ces dernières années témoignent également d'une conception très large de cette notion puisque ce dernier peut intervenir à tout moment de la procédure, y compris en cours d'exécution du marché ⁽¹⁹⁾.

En ce qui concerne la caractérisation de l'élément intentionnel du délit, l'analyse des décisions de la Cour de cassation montre que celle-ci se réfère souvent uniquement à la qualité de l'auteur pour présumer le degré de compétence de ce dernier en matière de commande publique, ce d'autant plus du fait de la qualification grandissante des décideurs ⁽²⁰⁾. Ainsi, l'exercice de plusieurs mandats électifs et des fonctions de président de la commission d'appel d'offres suffit à considérer que le prévenu avait nécessairement conscience de l'irrégularité commise ⁽²¹⁾. C'est uniquement lorsque le prévenu établit qu'il y a eu une défaillance dans le contrôle de la procédure de passation relevant d'entités extérieures, ou qu'il ignorait de manière évidente les règles applicables, que ce dernier parvient à être relaxé faute d'intention de commettre le délit en cause ⁽²²⁾.

La relative sévérité dont a pu faire preuve le juge pénal en matière de favoritisme n'a enfin pas épargné les infractions connexes que sont le recel, qui concerne le bénéficiaire de l'avantage injustifié, et la complicité.

Dans le premier cas, si le juge condamne pour recel l'entreprise attributaire dont il est avéré qu'elle a consciemment profité de l'attribution irrégulière, il peut en aller de même de l'entreprise sous-traitante et ses dirigeants dès lors que l'infraction est caractérisée à leur égard ⁽²³⁾. Dans le second cas, le juge pénal se montre enclin à reconnaître comme complice toute personne dont les responsabilités auraient dû conduire à s'opposer à la commission de l'irrégularité. Tel est notamment le cas du signataire du contrat, ou de la personne responsable lorsqu'elle a délégué sa signature à un adjoint. Surtout, plusieurs décisions de la Cour de cassation confirment sa propension à regarder comme complices certains responsables du seul fait de leur passivité, alors même qu'ils ne sont pas directement à l'origine de l'irrégularité. Très récemment, la Cour a ainsi condamné l'ordonnateur d'un office public HLM au motif que celui-ci était, du fait de ses fonctions, « soumis à l'obligation qui en découle de prévenir et réparer les irrégularités susceptibles de survenir, notamment, dans le cadre de la passation des marchés publics » ⁽²⁴⁾. S'il peut paraître sévère, le raisonnement du juge suprême n'en reste pas moins peu étonnant au regard de sa jurisprudence antérieure au terme de laquelle il avait déjà pu considérer qu'un président d'université, en qualité d'ordonnateur, était coupable de favoritisme dès lors qu'il aurait nécessairement dû s'apercevoir que le montant des

dépenses engagées pour le service « traiteur » excédait les seuils de conclusions des marchés de gré à gré ⁽²⁵⁾.

Le délit de favoritisme, invité à se réinventer, n'est toutefois pas sérieusement menacé

Le délit de favoritisme a vraisemblablement les faveurs de la Cour de cassation dont les arrêts concluent rarement à la relaxe des prévenus poursuivis de ce chef. En témoigne également le fait que cette dernière se montre peu sensible aux appels qui lui ont été lancés tendant à ce que la constitutionnalité de l'article 432-14 du Code pénal soit examinée par le Conseil constitutionnel dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) ⁽²⁶⁾. Les requérants contestant notamment le délit en cause au regard du principe de légalité des délits et des peines, la Cour de cassation a considéré, dans sa dernière décision en date, que la question n'était pas sérieuse au motif que « le législateur ayant défini lui-même les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale, et la modification des dispositions réglementaires n'étant pas de nature à influencer sur la définition du délit de favoritisme, lesdites dispositions étant, à l'époque des faits, contenues dans le code des marchés publics, l'article 432-14 du code pénal ne porte pas atteinte aux principes de légalité et des peines et de prévisibilité de la loi » ⁽²⁷⁾. Les motifs ici adoptés sont de nature à doucher les espoirs de ceux qui militent de longue date en faveur de la saisine du Conseil constitutionnel.

Si la menace d'une QPC portant sur le délit d'octroi d'avantage injustifié semble s'éloigner au fil des décisions de la Cour de cassation refusant son renvoi aux Sages, il n'en demeure pas moins que ce délit devra nécessairement être adapté à l'évolution des règles de la commande publique. Pour ne citer qu'un exemple, on peut notamment s'interroger sur la manière dont le juge pénal composera avec les dispositions permettant aujourd'hui aux acheteurs publics de recourir au « sourçage » ⁽²⁸⁾, c'est-à-dire de consulter ou solliciter préalablement des opérateurs économiques en leur faisant part de leur projet avant l'engagement de toute procédure de passation ⁽²⁹⁾. D'autant plus lorsque l'on sait que des pratiques de ce type, telles que la consultation d'un cabinet d'architecture pour réaliser des « travaux préparatoires » gratuitement avant l'attribution d'un marché de maîtrise d'œuvre, a déjà été sanctionnée ⁽³⁰⁾.

L'interprétation à laquelle s'est livrée la Cour de cassation ces trente dernières années semble ainsi peu compatible avec les textes récemment entrés en vigueur dont la finalité est notamment de réintroduire de la souplesse dans le cadre des procédures d'achat public.

Il lui faudra donc, éventuellement avec l'aide du législateur, s'adapter à ces nouvelles règles, sous peine de dissuader les acheteurs publics de faire usage des procédés novateurs qui sont désormais à leur disposition.

1) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

2) Depuis le 1^{er} avril 2019.

3) Cass. crim. 17 février 2016, n° 15-85.363 ; confirmé par Cass. crim. 4 mars 2020, n° 19-83.446.

4) Circulaire du 22 février 2005 (CRIM.05-3/G3-22.02.2005) relative au délit de favoritisme ; voir également rép. min. n° 53800 JOAN Q 12 décembre 2006, p. 12982.

5) Cass. crim. 14 février 2007, n° 06-81.924.

6) Code pénal, art. 121-2

7) TGI de Foix 3 novembre 2014, n° 1317000007 : cette décision a été rendue dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), de sorte que le juge n'a pas à caractériser les éléments constitutifs de l'infraction

8) Cass. crim. 14 janvier 2004, n° 03-83396.

- 9) Cass. crim. 15 mars 2017, n° 16-83.838.
- 10) « L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise ».
- 11) Cass. crim. 5 mai 2004, n° 03-85.503.
- 12) Cass. crim. 5 mai 2004, n° 03-85.503.
- 13) Cass. crim. 17 février 2016, n° 15-85.363 ; confirmé par Cass. crim., 4 mars 2020, n° 19-83.446.
- 14) Cass. crim. 15 mai 2008, n° 07-88.369.
- 15) Circulaire du 22 février 2005 (CRIM.05-3/G3-22.02.2005) relative au délit de favoritisme : « Enfin, en l'absence de jurisprudence sur ce point, la violation par l'acheteur public des règles qu'il se serait fixé ne saurait en elle-même être constitutive de favoritisme, l'article 432-14 du code pénal ne visant que la violation de dispositions législatives ou réglementaires. »
- 16) Cass. crim. 4 mars 2020, n° 19-83.446 ; TGI Créteil 15 janvier 2018, n° 15153000246.
- 17) Cass. crim. 1^{er} juin 2005, n° 04-87.123 ; voir également Cass. crim. 28 janvier 2004, n° 02-86597.
- 18) Circulaire du 22 février 2005 (CRIM.05-3/G3-22.02.2005) relative au délit de favoritisme.
- 19) Cass. crim. 22 janvier 2014, n° 13-80.759 : l'offre de l'attributaire avait été retenue comme moins disante sur une option n° 2 alors que le marché a finalement été exécuté par cette dernière conformément à l'option n° 1 pour laquelle un concurrent avait remis une offre moins disante.
- 20) Pour un exemple où le juge tient compte des études suivies par le prévenu et de ses diplômes : TGI Créteil 15 janvier 2018, n° 15153000246.
- 21) Cass. crim. 8 mars 2006, n° 05-85.276.
- 22) CA Paris 20 janvier 2000, n° 111/415.
- 23) Cass. crim. 20 avril 2005, n° 04-83.017.
- 24) Cass. crim. 29 janvier 2020, n° 19-82.942.
- 25) Cass. crim. 17 décembre 2008, n° 08-82.319.
- 26) Voir notamment : Cass. crim. 30 novembre 2011, n° 11-82961.
- 27) Cass. crim. 18 décembre 2019, n° 19-81.724.
- 28) Ou « sourcing ».
- 29) CCP, art. R. 2111-1.
- 30) Cass. crim. 20 avril 2005, n° 04-83.017.

Mes annotations (0)
