

Le favoritisme : l'octroi d'un avantage injustifié

Délit d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public

Valeur sociale protégée

Le délit de favoritisme a été instauré par la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché, puis complété par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et par celle du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de service public.

Ce délit est donc né lors du récent mouvement de moralisation de la vie économique et financière et constitue un des délits regroupés dans le code pénal à la section "des manquements au devoir de probité". En effet, la probité est une notion large qui englobe la nécessaire impartialité des décideurs publics. Les élus tout comme les agents publics servent l'intérêt général et doivent donc prendre leurs décisions en toute impartialité, a fortiori quand leur décision pèse sur les finances publiques. Les scandales politico-financiers des années 1990 ayant fait apparaître des systèmes de financements occultes des campagnes politiques en échange d'attributions truquées de marchés publics, le législateur a instauré le nouveau délit de favoritisme pour mettre fin à ces pratiques.

Le délit de favoritisme protège donc l'impératif de probité des élus et agents publics tout en assurant le respect des règles de concurrence nécessaires au bon fonctionnement des marchés.

Élément légal

Article 432-14 du Code pénal

Élément matériel

Pour que l'élément matériel de l'infraction de favoritisme soit caractérisé, il faut réunir trois éléments constitutifs : la qualité de l'auteur (1), l'octroi d'un avantage injustifié (2) et la violation de dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et légalité des candidats dans les marchés publics (3)

1/ Qualité de l'auteur

Parmi les infractions d'atteintes à la probité, le délit de favoritisme est celui qui recouvre la plus large catégorie d'auteurs puisqu'il concerne aussi bien les élus et agents publics que les personnes privées intervenant dans la procédure d'attribution d'un marché public, à quelque stade que ce soit, ainsi que les mandataires des personnes susmentionnées.

Sont visées comme auteurs potentiels du délit de favoritisme :

a/ Les personnes dépositaires de l'autorité publique, soit toute personne qui dispose d'un pouvoir de décision et de contrainte sur les personnes et sur les choses, pouvoir qu'elle manifeste dans l'exercice des fonctions, permanentes ou temporaires, dont elle est investie par

délégation de la puissance publique. Cette définition englobe l'ensemble des représentants et fonctionnaires de l'Etat, des collectivités territoriales.

En revanche, ne peuvent être considérés comme auteurs les agents ou représentants de l'Etat exerçant un contrôle a posteriori sur les marchés publics (ex contrôleur financier, préfet dans le cadre de son contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales, comptable public). Ces personnes peuvent en revanche être poursuivies pour complicité. De même, les personnes assistant aux réunions de commissions d'attribution des marchés publics mais qui ne disposent que d'une voix consultative, ne peuvent être considérées comme auteurs (ex Directeur départemental CCRF).

b/ Les personnes chargées d'une mission de service public

c/ Les personnes investies d'un mandat électif public, soit l'ensemble des élus nationaux et locaux ainsi que les administrateurs élus des établissements publics.

Cette mention a été expressément ajoutée car tout élu n'est pas nécessairement "dépositaire de l'autorité publique" (les parlementaires notamment) même s'il a à connaître de l'attribution des marchés publics.

d/ Les personnes exerçant certaines fonctions spécifiques : Il s'agit des représentants, administrateurs ou agents de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt général national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locale.

Peuvent ainsi être visés comme auteur du délit de favoritisme : le président d'un syndicat mixte des ordures ménagères (*CA Paris 9^{ème} chambre correctionnelle, section B, 16 avril 1999, Juris-Data n°1999-023215*), le directeur d'un syndicat intercommunal de distribution d'eau (*Cass crim 24 novembre 1999, Juris-Data n°1999-004850*), le président d'un office d'HLM (*CA Aix-en-Provence, 17 mars 1998, Juris-Data n°1998-042976*)

e/ Les personnes agissant pour le compte de l'une de celle susmentionnées : toute personne privée qui peut se voir confier certaines attributions dans les procédures de marchés publics.

2/ L'octroi d'un avantage injustifié

Pour que l'infraction de favoritisme soit consommée, l'auteur doit avoir procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié. Toute la difficulté réside dans la définition de l'avantage injustifié. D'après la jurisprudence, peuvent être considérés comme des avantages injustifiés :

- Le simple non respect des règles de procédure des marchés publics (ex : conclusion de plusieurs marchés de gré à gré en dessous du seuil de déclenchement des procédures formalisées alors que le marché en cause, pris dans sa globalité, aurait dû donner lieu à un appel à la concurrence : *Cass crim 12 novembre 1998, Marcel Graud n°97-85.333*)
- La transmission d'une information privilégiée à un ou plusieurs candidat(s) au détriment des autres, comme la transmission de devis établis par les services de l'administration et qui permettent à l'entreprise d'établir une offre proche des attentes de l'administration (*CA Paris 23 mars 2000 Juris-Data n°2000-117773*)

- La participation à des commissions d'appel d'offre de certains candidats au détriment des autres (*CA Rennes 21 novembre 1996 n°1720/96*)

Par ailleurs, l'avantage injustifié doit être accordé "à autrui". Dans la très grande majorité des cas, "autrui" recouvre le bénéficiaire du marché. Cependant, certains auteurs considèrent que cet avantage peut également être accordé à un tiers (ex partis politiques).

3/ Violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de service public :

Le délit de favoritisme se consomme, enfin, quand l'avantage injustifié a été octroyé en violation d'une disposition législative ou réglementaire garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans l'attribution des marchés publics et délégations de services publics. Cette notion vise l'ensemble des lois et règlements qui instaurent les procédures particulières applicables en matière de marchés publics et de délégations de services publics (Code des marchés publics, loi n°91-3 du 3 janvier 1991, loi n°92-1282 du 11 décembre 1992, loi n°93-122 du 29 janvier 1993...). En revanche, la notion ne saurait recouvrir une directive européenne non encore transposée dans l'ordre juridique interne.

Exemples jurisprudentiels de violation des règles relatives aux marchés publics pouvant donner lieu à caractérisation du délit de favoritisme :

- Fractionnement du marché pour être en dessous des seuils réglementaires (*Cass crim 13 décembre 2000 Bull crim 2000 n°374 ; Cass crim 11 décembre 2002 Juris-Data n°2002-018102*)
- Insertion de clauses techniques très spécifiques dans le cahier des charges afin de favoriser nettement un candidat (*CA Bordeaux 17 mars 1997 Juris-Data n°1997-042976*)
- Déclarations d'urgence non justifiées (*CA Rennes 25 juillet 1996 n°1964/95*)
- Sous-estimation volontaire du coût du marché pour déclarer l'appel d'offre infructueux et ensuite attribuer le marché à un candidat qui n'est pas forcément le mieux disant (*CA Caen 20 avril 1998 Juris-Data n°1998-041752*)
- Publicité trop restreinte eu égard à l'importance du marché (CMP art 39 et 40)
- Réduction des délais de réception des offres (*CA Rennes 25 juillet 1996 n°1964/95*)
- Négociation avec certains candidats après ouverture des plis (*CA Orléans 3 mars 1998*)
- Modification de l'objet du marché après ouverture des plis
- Mise à l'écart d'un candidat sans motivation alors qu'il était le moins disant (*CA Grenoble 27 août 1997*)
- Irrégularité dans la composition de la commission d'appel d'offres
- Irrégularité dans les critères de choix qui sont définis dans le Code des marchés publics (Par exemple n'est pas un critère valable "l'implantation de proximité" de l'entreprise *TGI Vannes 4 décembre 1997*)
- Recours à des avenants bouleversant l'économie du marché initial (*CA Chambéry 10 mai 2000 Juris-Data n°2000-118619*)
- Recours abusifs à la sous-traitance dissimulant le véritable titulaire du marché.
- Régularisation du marché après son exécution (*Cass crim 2 avril 1998 Juris-Data n°1998-002045*)

La circulaire du 4 mars 2002 du ministère de la Justice attire l'attention de tous les praticiens sur les nouvelles dispositions du code des marchés publics (décret n° 2001 – 210 du 7 mars

2001) étendant le délit de favoritisme à la passation des marchés sans formalités préalables (donc même en dessous des seuils) en cas de manquement aux principes de libertés d'accès la commande, d'égalité de traitement, de transparence des procédures, à la définition précise des besoins et surtout au choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Élément moral

Conformément à l'article 121-3, al 1 du Code pénal*, le délit de favoritisme est nécessairement un délit intentionnel dans la mesure où l'article 432-14 ne prévoit pas expressément la faute d'imprudence, de négligence ou le manquement à une obligation de sécurité.

Cependant, la jurisprudence ne se montre guère exigeante quant à la preuve de cette intention en matière de favoritisme. En leur qualité d'agents publics ou d'élus, les auteurs de favoritisme sont présumés avoir pleine connaissance des dispositions légales relatives aux marchés publics et partant, sont présumés les méconnaître intentionnellement.

L'intention peut être déduite de la gravité des faits, du " nombre de manquements relevés " (CA Grenoble 27 septembre 1997 *Juris Data* 1997-043079), de l'ensemble des manœuvres ayant abouti à faire apparaître une entreprise comme étant la moins disante, de l'ancienneté des prévenus dans l'exercice de leurs fonctions (Cass. crim. 15 sept. 1999 *Pourvoi n° 98-87 588*)...

L'erreur de droit n'est pas admise par la jurisprudence comme cause d'irresponsabilité pénale. Les juges estiment en effet qu'en égard à leur qualité, les auteurs ne peuvent invoquer une méconnaissance des procédures relatives aux appels d'offre (ex un maire ne peut invoquer l'erreur de droit pour méconnaissance des règles des marchés publics alors qu'il était maire depuis quelques années après avoir été conseiller municipal *Cass crim 15 septembre 1999 Juris-Data n°1999-003934 ; Cass crim 10 avril 2002 Dr pén 2002, comm 105, obs Véron*)

Le mobile de l'auteur est indifférent à la caractérisation de l'infraction. Peu importe que l'auteur ait voulu s'enrichir personnellement ou voulu favoriser un membre de sa famille ou tout simplement souhaiter aider une entreprise locale. Cette infraction est constituée en l'absence de tout préjudice pour la collectivité ou le Trésor public.

Sanction pénale

Les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Par ailleurs, l'auteur de ce délit encourt les peines complémentaires prévues à l'article 432-17 CP pour les délits d'atteinte à la probité :

L'interdiction des droits civils, civiques et de famille pour une durée de cinq ans

L'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise (cette disposition n'est en revanche pas applicable à l'exercice d'un mandat électif ou de responsabilités syndicales : art 131-27 al 2 CP)

* Article 121-3 al 1 CP : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »

La confiscation des sommes et objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitutions

L'article L.7 du code électoral qui condamne automatiquement l'auteur de certains délits à une peine accessoire d'effacement des listes électorales pour une durée de cinq ans à compter de la condamnation définitive est applicable au délit de favoritisme. Cependant, cette disposition vient d'être abrogée par une décision du Conseil constitutionnel saisi par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (DC 10 juin 2010 n°20106-7).

Par ailleurs, les fonctionnaires condamnés pour favoritisme encourent une amende prévue par l'article L313-6 du Code des juridictions financières en cas d'octroi d'un avantage injustifié pécuniaire entraînant un préjudice pour le Trésor public. Ils peuvent être poursuivis par le Procureur général près la Cour des comptes devant la Cour de discipline budgétaire et financière.

Conditions de poursuite

1/ Prescription de l'action publique :

Le délit d'octroi d'un avantage injustifié est un délit instantané qui se prescrit par 3 ans à compter du jour où les faits le consommant ont été commis.

Toutefois, la cour de cassation a été amenée à se prononcer dans deux arrêts du 27 octobre 1999 sur la date de départ du délai de prescription, lorsque les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte, en la reportant au jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites.

La connaissance de cette infraction relève de la compétence des juridictions spécialisées en matière économique et financière. Par ailleurs, la loi du 3 janvier 1991 établissant le nouveau délit, a institué une Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public (MIEM). Cette administration procède, en principe, à des enquêtes et transmet ses constatations au Procureur de la République, en application de l'article 40 du code de procédure pénale, lorsqu'elles sont susceptibles de constituer le délit d'octroi d'avantage injustifié.

2/ Répression de la tentative et de la complicité :

La tentative est incriminée à titre principale dans l'infraction de favoritisme (" procurer ou tenter de procurer ").

Tout individu est susceptible d'être poursuivi comme complice, même s'il ne dispose pas de la qualité requise pour être auteur principal de l'infraction. Peu importe que le complice ait eu ou non une réelle influence sur la décision d'attribution du marché public ou de la délégation de service public.