



## Le délit d'octroi d'avantage injustifié

Par **Matthieu Hénon**, [cabinet Seban et Associés](#)

Le délit d'octroi d'avantage injustifié, plus connu sous le nom de favoritisme, compte certainement parmi les incriminations les plus redoutées des élus et agents publics officiant en matière de commande publique.

Conçu pour garantir l'équité dans l'achat public, que le Législateur entendait ainsi préserver « *des convoitises qu'il ne pouvait manquer de susciter* » (travaux préparatoires à la loi n°91-3 du 3 janvier 1991), ce délit recouvre, en effet, un champ d'application extrêmement large et qui ne cesse de s'étendre.

Son appréhension jurisprudentielle et doctrinale extensive - et donc mal comprise - en font, de surcroît, un délit souvent perçu comme purement formel, trop 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.

Aussi n'est-il pas inutile de rappeler les éléments constitutifs du délit d'octroi d'avantage injustifié (1.), ainsi que les sanctions encourues (2.).

### 1. Les éléments constitutifs du délit d'octroi d'avantage injustifié

Le délit de favoritisme, prévu et réprimé par l'article 432-14 du Code pénal, sanctionne 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 délégations de service public* ».

Il vise les « *personne(s) dépositaire(s) de l'autorité publique ou chargée(s) d'une mission de service public ou investie(s) d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées* ».

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

Sur le plan matériel (1.1.), le délit de favoritisme 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, voire plus largement à la commande publique.

Ces manquements doivent présenter, conformément au principe consacré par l'article 121-3 du Code pénal, un caractère intentionnel ; la matérialité de cet élément intentionnel (1.2.) s'avère toutefois, en jurisprudence, particulièrement limitée.

## **1.1. L'élément matériel du délit de favoritisme**

Le délit de favoritisme implique la réunion de deux éléments matériels cumulatifs :

- Le fait de procurer ou de tenter de procurer un avantage injustifié (1.1.1) ;
- La méconnaissance de dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics (1.1.2.).

### **1.1.1. L'avantage injustifié**

Elément central de l'infraction, le délit de favoritisme réprime le fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié.

Le bénéficiaire de l'avantage litigieux doit donc être un tiers, l'avantage consenti à soi-même n'entrant pas dans la qualification du favoritisme, mais dans celle du délit de prise illégale d'intérêt, prévu et réprimé par l'article 432-12 du Code pénal.

Par ailleurs, il n'est pas requis que l'avantage litigieux ait été effectif ; le simple fait de tenter de procurer à autrui un tel avantage – sans y parvenir – suffit à consommer l'infraction, pourvu que cette tentative se soit concrétisée par un commencement d'exécution.

Sur le fond, la notion d'avantage a pu susciter quelques interrogations, notamment sur la question de savoir si le seul fait d'être bénéficiaire d'un marché pouvait constituer l'avantage prohibé, étant entendu que si un marché constitue une source de profit pour son attributaire, il comporte également des contraintes liées à son exécution.

Cette question a été tranchée par l'affirmative, la jurisprudence considérant que l'avantage injustifié peut consister dans l'attribution d'un marché au mépris des règles du Code des marchés publics (*Crim. 11 décembre 2002, JD 2002-018102*).

L'avantage injustifié peut également consister dans le fait de disposer d'une information privilégiée, notamment sur la consistance ou le coût de l'opération, ou encore sur le nombre et la qualité des concurrents.

### **1.1.2. La méconnaissance de la réglementation**

Le délit de favoritisme est constitué dès lors que l'avantage injustifié procède d'un manquement aux dispositions législatives ou réglementaires garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics.

Semblent ainsi exclues du champ de la répression les manquements à des textes ne présentant pas de caractère légal ou réglementaire, tels par exemple que des directives communautaires non transposées dans l'ordre juridique interne.

En tout état de cause, le manquement doit être apprécié par référence à la législation applicable à la date de sa commission, le délit d'octroi d'avantage injustifié constituant une infraction instantanée.

Il doit également être précisément énoncé par le Juge pénal, qui est ainsi amené à connaître d'une matière traditionnellement réservée aux Juridictions administratives.

Sur le fond, le texte d'incrimination ne vise pas précisément les textes dont la méconnaissance est sanctionnée.

On peut bien évidemment affirmer sans se tromper qu'il s'agit au premier chef du Code des marchés publics et des dispositions légales complémentaires soumettant spécifiquement certains établissements publics et opérations, qui en sont normalement exclus, aux principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement qu'il édicte.

Il en résulte que le délit d'octroi d'avantage injustifié a aujourd'hui vocation à s'appliquer, non seulement aux marchés publics stricto sensu, mais encore aux délégations de services publics, aux contrats passés par les sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public, aux contrats passés par les établissements publics industriels et commerciaux, ainsi qu'aux sociétés d'économie mixte locales (*Crim. 25 juin 2008, n°07-88.373*).

Dans ce cadre, les manquements aux règles relatives à l'égalité de traitement et à la liberté d'accès des candidats peuvent être constatés à diverses étapes de la passation des contrats, de la définition de la procédure applicable à l'exécution du contrat, en passant par la procédure de consultation et l'examen des offres.

Les manquements au Code des marchés publics susceptibles de constituer le délit de favoritisme sont donc nombreux, et relativement bien identifiés en jurisprudence, par référence à un ensemble de procédures formalisées par le Code des marchés publics.

La difficulté apparaît s'agissant d'opérations spécifiques exclues de ces procédures formalisée, et dont la soumission au délit de favoritisme est débattue.

Tel est notamment le cas des marchés à procédure adaptée ou encore des opérations relevant des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées, non explicitement visés par le Code pénal comme constituant « *des dispositifs législatifs ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* ».

La question a toutefois été récemment tranchée pour les marchés à procédure adaptée, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ayant considéré que l'article 432-14 du Code pénal incriminant le délit de favoritisme visait « *tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalité préalable et ceux qui sont soumis à un tel formalisme* » (*Crim. 14 février 2007 : n°06-81.924*).

La question demeure s'agissant des opérations relevant de l'ordonnance précitée du 6 juin 2005, au point de voir s'opposer la doctrine pénale, tenante de l'exclusion au visa du principe d'interprétation stricte de la Loi pénale (*J.-D. DREYFUS, « Portée du délit de favoritisme : dura lex sed lex », AJDA 2007, p. 853*), et la doctrine administrative, partisane d'une extension du champ de l'incrimination à la notion, plus large, de commande publique (*A. RUELLAN, « Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 ? », Etude, AJDA 2008, p. 1139 ; Avis de la MIEM : Le Moniteur, Lettre d'actualité du 22 avril 2010*).

## **1.2. L'élément intentionnel du délit de favoritisme**

La loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000, en créant un nouvel article 121-3 du Code pénal, a consacré le principe d'intentionnalité des délits et supprimé ainsi la catégorie des infractions matérielles, dont relevait jusqu'alors le favoritisme.

Dès lors, le délit d'avantage injustifié ne peut être constitué qu'en cas d'intention dûment établie (*Crim. 30 avril 2003 : JD n°2003-019543*).

Pour autant, la jurisprudence considère désormais classiquement que cet élément intentionnel se résume à un dol général, c'est à dire dans la seule conscience de méconnaître la règle prescrite ; aucun e intention de favoriser n'est requise.

L'élément intentionnel du délit de favoritisme est ainsi 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* » (Crim. 15 décembre 2004 : JD n° 2004-026835 ; Crim. 25 juin 2008, n°07-88.373).

Cette présomption s'affermite à mesure « *du nombre des manquements relevés* » (CA Grenoble, 27 septembre 1997 : JD n° 1997-043079), voire « *de l'ensemble des manœuvres ayant abouti à faire apparaître une entreprise comme étant la moins disante* » (Circ. crim. 98.4/G3 2 juillet 1998).

Ainsi, si le délit de favoritisme constitue, par application des dispositions de l'article 121-3 du Code pénal, une infraction intentionnelle, il demeure en pratique un délit quasi matériel.

## **2. Les sanctions du délit d'octroi d'avantage injustifié**

Le Code pénal punit le délit d'octroi d'avantage injustifié de différentes peines principales et complémentaires(2.1.).

Les faits réprimés au titre du délit de favoritisme relèvent également de sanctions prévues par d'autres textes, posant ainsi la question d'un éventuel cumul (2.2.).

### **2.1. Les peines prévues par le Code pénal**

L'article 432-14 du Code pénal punit le délit d'octroi d'avantage injustifié d'une peine principale maximale de deux d'emprisonnement et de 30.000 € d'amende.

Par ailleurs, l'article 432-17 du Code pénal édicte différentes sanctions susceptibles d'être prononcées à titre de peines complémentaires.

Il s'agit tout d'abord de la peine complémentaire d'interdiction des droits civils, civiques et de famille ; dans ce cadre, le Juge pénal peut notamment prononcer l'interdiction du droit de vote et l'inéligibilité pour une durée maximale de cinq ans.

Par application de l'article 131-26 du Code pénal, cette interdiction, qui peut porter sur tout ou partie des droits précités, emporte interdiction d'exercer une fonction publique.

Le Juge pénal peut également prononcer, à titre de peine complémentaire facultative, l'interdiction d'exercer une fonction publique ou l'activité professionnelle à l'occasion de

laquelle l'infraction a été commise, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus, ainsi que l'affichage ou la diffusion de la décision de condamnation.

## **2.2. Les sanctions prévues par d'autres textes**

On sait que la sanction d'inéligibilité prévue par l'article L. 7 du Code électoral et visant notamment l'auteur reconnu coupable de favoritisme, a été déclarée inconstitutionnelle comme méconnaissant les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (*Décision n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010*).

Rappelons toutefois que l'inéligibilité reste encourue, à titre de peine complémentaire, pour une durée maximale de 5 ans.

Par ailleurs, il importe de souligner que l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières sanctionne le fait pour un fonctionnaire ou un agent de l'Etat ou des collectivités territoriales, de procurer ou tenter de procurer à autrui « *en méconnaissance de ses obligations [...] un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé* ».

La sanction encourue à ce titre est une peine d'amende dont le montant ne peut être inférieur à 300 euros ni excéder le double du montant du traitement ou salaire brut annuel alloué à l'agent concerné à la date des faits.

L'initiative des poursuites devant la Cour de discipline budgétaire et financière sur ce fondement ressort de la compétence du Procureur Général près la Cour des Comptes, sous un délai de prescription de cinq ans à compter de la commission des faits.

Cette action étant indépendante de l'action publique exercée par le Parquet, la question du cumul de cette pénalité avec les sanctions pénales demeure toutefois posée.

**Matthieu Hénon**  
[cabinet@seban-associes.avocat.fr](mailto:cabinet@seban-associes.avocat.fr)