

## COMMANDE PUBLIQUE

# La nécessaire réforme du délit d'octroi

## L'ESSENTIEL

## ■ Incrimination redoutée

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.

## ■ Appréhension incertaine

Son appréhension jurisprudentielle et doctrinale parfois incertaine, voire 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.

## UNE ANALYSE DE

Matthieu HENON et Karine de CARVALHO,  
SCP Seban et associés

Conçu pour garantir l'équité dans l'achat public que le législateur entendait ainsi préserver « des convoitises qu'il ne pouvait manquer de susciter » (1), ce délit recouvre un champ d'application extrêmement large et qui ne cesse de s'étendre. Plusieurs propositions d'amendement ont été déposées, notamment au cours de l'année 2009, en vue de préciser le champ d'application du délit de favoritisme ainsi que son caractère intentionnel, toutes ont été rejetées à ce jour. Une réforme du délit d'octroi d'avantage injustifié apparaît indispensable afin d'en préciser les éléments constitutifs et rompre avec une insécurité juridique entravant les politiques publiques, sans pour autant le dépénaliser, les réelles atteintes à l'équité dans la commande publique demeurant lourdement sanctionnées.

## I. 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

## A NOTER

**Le délit de favoritisme peut, par principe, être reproché aux « personnes morales, à l'exclusion de l'Etat », au titre des actes commis « pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».**

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.

Par application des dispositions de l'article 121-2 alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal, le délit de favoritisme peut, par principe, être également reproché aux « personnes morales, à l'exclusion de l'Etat », au titre des actes commis « pour leur compte, par leurs organes ou représentants ».

Dans ce cadre, les collectivités territoriales pourraient ainsi voir leur responsabilité pénale engagée au titre d'actes commis par leurs organes et représentants, sous réserve qu'il s'agisse d'activités « susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service

## RÉFÉRENCES

- Code pénal, art. 121-2 et 432-10 à 432-16.
- Code des juridictions financières, art. L. 313-6.

public». Ce principe de responsabilité semble toutefois demeurer théorique, les termes du texte d'incrimination visant spécifiquement élus et agents, et non leurs personnes publiques de rattachement. Le champ d'imputabilité du délit n'en demeure pas moins extrêmement vaste.

## A - Sur le plan matériel

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. Précisons d'emblée que 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 s'avère toutefois, en jurisprudence, particulièrement limitée.

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

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

### 1) L'avantage injustifié

Élément 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

**A NOTER**  
L'avantage injustifié peut consister dans l'attribution d'un marché au mépris des règles du Code des marchés publics.

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 peut 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. En réalité, il ressort de la Jurisprudence rendue en la matière que l'avantage injustifié peut consister dans l'attribution d'un marché au mépris des règles du Code des marchés publics (2). 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.

### 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 ayant soumis certains établissements publics et contrats, qui en sont normalement exclus, aux principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement qu'il édicte :

- la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée;
- la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marché et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence;

- la loi du 11 décembre 1992 relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications;

- la loi du 29 janvier 1993, dite loi « Sapin », relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques;

- la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de services publics.

Il en résulte que le délit d'octroi d'avantage injustifié a aujourd'hui vocation à s'appliquer, non seulement aux marchés publics stricto

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

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 prestations « in house » (3).

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.

- Dès la définition de la procédure applicable : la jurisprudence a ainsi pu sanctionner au titre du délit de favoritisme le choix d'une procédure de passation inadaptée ayant eu pour conséquence de limiter le nombre de candidats et de favoriser les offres déposées (4), au moyen d'une déclaration abusive de l'urgence (5) ou d'un fractionnement de l'opération (6).

- Durant la procédure de consultation : la jurisprudence sanctionne, sous la qualification de délit de favoritisme, la diffusion d'informations privilégiées à un candidat (7) ou l'accès d'un candidat aux offres de ses concurrents (8).

- A l'occasion de l'examen des offres, par exemple lorsqu'un critère d'attribution défini au préalable et nécessaire au choix de l'attributaire du marché n'est pas respecté.

(1) Travaux préparatoires à la loi n°91-3 du 3 janvier 1991.

(2) Crim. 11 déc. 2002, Juris-Data n° 2002-018102; Crim. 12 nov. 1998, Juris-Data n° 97-85333.

(3) Crim. 25 juin 2008, n°07-88.373.

(4) Crim. 19 nov. 2003, Juris-Data n° 2003-021728.

(5) Crim. 14 déc. 2005, n°05-83.205.

(6) Crim. 7 mai 2002, Juris-Data n° 2002-015338.

(7) Crim. 20 avr. 2005: Bull. crim. n°139.

(8) Crim. 23 mai 2007: n°06-87.898.

■ ■ ■ - Après l'exécution du contrat : la conclusion de marchés de régularisation postérieurement à l'exécution de l'opération concernée, ou le recours à des avenants en vue de confier à l'attributaire des travaux supplémentaires sans nouvelle mise en concurrence sont ainsi susceptibles de consommer le délit de favoritisme.

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

La difficulté est autre s'agissant de certaines opérations spécifiques exclues de ces procédures formalisées, et dont la soumission au délit de favoritisme est débattue. Tel est notamment le cas des marchés à procédure adaptée, permettant au pouvoir adjudicateur d'attribuer des marchés n'excédant pas certains montants selon des modalités de publicité et de mise en concurrence qu'il détermine. Les modalités de publicité et de mise en concurrence applicables à ce type de marché ne procèdent donc pas à proprement parler de dispositions législatives ou réglementaires,

**A NOTER**  
Méconnaissant le principe constitutionnel d'interprétation stricte de la loi, jurisprudence, doctrine et pratique administrative élargissent le champ de l'incrimination de favoritisme des « marchés publics » à la « commande publique ».

mais de la décision du pouvoir adjudicateur.

Dès lors, la loi pénale étant d'interprétation stricte, la méconnaissance de ces règles de publicité et de mise en concurrence ne devrait pas donner lieu à

l'application du délit de favoritisme, faute de constituer « un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires » au sens de l'article 432-14 du Code pénal. De même, les 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 soumises au Code des marchés publics ne constituent pas, par hypothèse, des marchés publics au sens de l'article 432-14 du Code pénal réprimant le délit de favoritisme. Là encore, le principe constitutionnel d'interprétation stricte de la loi pénale devrait conduire à exclure ces

marchés du champ de l'incrimination de favoritisme (9).

L'idée contraire s'est toutefois imposée en doctrine s'agissant des marchés à procédure adaptée (10). Elle a récemment été consacrée en jurisprudence en cette matière, la Chambre criminelle de la Cour de cassation considérant que l'article 432-14 du Code pénal incriminant le délit de favoritisme vise « 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 » (11). En l'état actuel du droit, la jurisprudence ne s'est toutefois, à notre connaissance, pas encore prononcée en faveur de l'application du délit de favoritisme aux marchés relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005. La doctrine semble néanmoins s'orienter vers cette solution (12), de même que la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et la direction des affaires juridiques du ministère des Finances (13).

Ainsi, jurisprudence, doctrine et pratique administratives élargissent le champ de l'incrimination de favoritisme des « marchés publics » à la « commande publique ». Ce mouvement d'élargissement, contraire au principe constitutionnel d'interprétation stricte de la loi pénale, est facteur d'insécurité juridique pour les acteurs publics et nécessite, à tout le moins, une clarification des textes.

## B - L'élément intentionnel du délit de favoritisme

La loi 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 (14). La portée de ce principe a toutefois été considérablement limitée par la jurisprudence qui, de surcroît, se montre très réticente à admettre le bénéfice de causes d'irresponsabilité pénale en la matière.

### 1) Un délit quasi matériel

Le délit de favoritisme réprime la méconnaissance d'une règle ayant pour effet d'assurer l'égalité des candidats face aux marchés publics; la constitution du délit ne requiert donc nullement que l'auteur ait agi dans le

but de favoriser un candidat. La jurisprudence en déduit que l'élément intentionnel du délit de favoritisme consiste en un dol général, c'est-à-dire dans la seule conscience de méconnaître la règle prescrite; aucune intention de favoriser n'est requise. L'élément

**A NOTER**  
Aucune intention de favoriser n'est requise : la jurisprudence déduit que l'élément intentionnel du délit de favoritisme consiste en un dol général, c'est-à-dire dans la seule conscience de méconnaître la règle prescrite.

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 mécon-

naissance 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 présume généralement l'intention 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 présumement sa connaissance de la loi, et par suite sa volonté de 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 » (15). Cette présomption s'affermite à mesure « du nombre des manquements relevés » (16), voire « de l'ensemble des manœuvres ayant abouti à faire apparaître une entreprise comme étant la moins disante » (17).

La Haute juridiction privilégie ainsi une conception legaliste du délit et de son élément intentionnel, qu'elle déduit de la matérialité du manquement et de la qualité de son auteur. Certaines juridictions pénales de fond ont certes pu entrer en voie de relaxation en considérant que la seule violation d'une règle de passation de marchés publics ne suffisait pas à constituer le délit (18). Il n'en demeure pas moins que 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 dé-

lit quasi matériel. Cette acception jurisprudentielle de l'élément intentionnel du délit de favoritisme s'explique aisément, sur le plan répressif, par la complexité de la matière et des opérations concernées, qui rend délicate la caractérisation d'une véritable intention. Reste que cette position méconnaît la réalité des collectivités: nombreuses sont celles en effet qui, du fait de leur taille et de leurs ressources financières limitées, ne disposent pas des moyens humains et techniques suffisants pour se prémunir efficacement de tout risque d'erreur ou omission dans l'application de la réglementation des marchés publics.

Elus et agents publics se trouvent ainsi exposés à un risque pénal réel, quand bien même ils n'auraient agi que de bonne foi, dans l'intérêt de leur collectivité et alors même qu'aucun candidat n'aurait été injustement avantagé. Cette situation est d'autant plus préoccupante que la jurisprudence se montre très réticente à admettre les causes de droit commun d'irresponsabilité pénale ou d'atténuation de responsabilité pénale en la matière.

## 2) Irresponsabilité pénale et atténuation de responsabilité

La jurisprudence écarte classiquement l'erreur de droit consacrée par l'article 122-3 du Code pénal, tiré de la méconnaissance des règles de passation des marchés publics, en considérant que, compte tenu des fonctions et de l'expérience de l'auteur, elle ne présente pas un caractère invincible (19).

De même, le juge pénal se montre très réticent à admettre la cause d'irresponsabilité tirée du commandement de l'autorité légitime, invoqué par un agent public ayant agi sur ordre de sa hiérarchie, au motif que l'agent «dispose des moyens intellectuels et de l'autorité suffisante pour résister aux demandes d'un président d'une collectivité territoriale», et, «qu'eu égard à ses fonctions, il ne pouvait méconnaître le caractère manifestement illégal de la demande qui lui a été faite» (20). Il en va de même de l'état de nécessité, dont l'appréciation jurisprudentielle est extrêmement rigoureuse; il a ainsi pu être jugé que «la menace d'un amoncellement d'ordures ménagères non traitées sur les aires de stockage des deux fours (...) dont le fonctionnement était arrêté, n'était pas de nature à être mieux conjurée par la mise en place de

marchés irréguliers de transports d'ordures excédentaires» (21).

Infraction intentionnelle par principe, le favoritisme n'en demeure pas moins, dans les faits, un délit quasi matériel du fait d'une appréciation légaliste de l'intention en Jurisprudence.

L'élément intentionnel du délit est ainsi généralement déduit de la matérialité des manquements constatés et de la qualité de l'auteur, qui n'est de surcroît guère admis à s'exonérer de sa responsabilité au titre des causes habituelles d'irresponsabilité pénale, telle que l'erreur de droit.

Elus et agents publics sont ainsi exposés à un risque pénal réel, y compris au titre de simples erreurs ou omission exclusives de

**A NOTER**  
Le juge pénal se montre très réticent à admettre la cause d'irresponsabilité tirée du commandement de l'autorité légitime, invoqué par un agent public ayant agi sur ordre de sa hiérarchie.

toute atteinte effective et préjudiciable à la concurrence dans les marchés publics. Cette situation, combinée à l'insécurité juridique entourant la matérialité du délit, apparaît d'autant

plus contestable que le délit d'octroi d'avantage injustifié est sévèrement réprimé.

## II. 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. 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 (*lire ci-dessous*).

### A - 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 ans d'emprisonnement et de 30 000 euros 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.

### B - Autres sanctions

#### 1) Dispositions du Code électoral

Si le Code pénal ne contient plus de peines accessoires, attachées de plein droit à une condamnation pénale, l'article L. 7 du Code électoral inséré par la loi n° 95-65 du 19 janvier 1995 relative au financement de la vie publique a longtemps semblé en rétablir une en indiquant que «ne doivent pas être inscrites sur la liste électorale, pendant un délai de cinq ans à compter de la date à laquelle la condamnation est devenue définitive, les personnes condamnées pour l'une des infractions prévues par les articles 432-10 à 432-16 [...] du Code pénal ou pour le délit de recel de l'une de ces infractions». Aux termes de cet article, l'auteur reconnu coupable du délit de favoritisme était donc de plein droit frappé d'inéligibilité et d'une interdiction de droit de vote.

Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par un arrêt de la Cour de cassation du 7 mai 2010, a toutefois jugé les dispositions précitées de

(9) J.-D. Dreyfus, «Portée du délit de favoritisme: dura lex sed lex», AJDA 2007, p. 853.  
(10) Circ. Crim. du 4 mars 2002: CRIM 2002-06/G3 P; Circ. Crim. du 22 février 2005, Crim. 05-3/G3.  
(11) Crim. 14 février 2007: n°06-81.924.  
(12) A. Ruellan, «Le délit de favoritisme est-il applicable aux marchés des entités soumises à l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005?», AJDA 2008, p.1139.  
(13) Le Moniteur, Lettre d'actualité du 22 avril 2010.  
(14) Crim. 30 avril 2003, Juris-Data n° n°2003-019543.  
(15) Crim. 15 déc. 2004: Juris-Data n° n°2004-026835;

Crim. 25 juin 2008, n°07-88.373.  
(16) CA Grenoble 27 sept. 1997, Juris-Data n° n°1997-043079.  
(17) Circ. crim. 98.4/G3 2 juillet 1998.  
(18) CA Paris 20 janv. 2000, BJCP 2001, n°14, p.66; CA Aix-en-Provence 27 mars 2002, Juris-Data n° n°2002-080336.  
(19) Crim. 15 sept. 1999, Juris-Data n°1999-003934; Crim. 10 avr. 2002: Dr. pén. 2002, comm. 105.  
(20) Crim. 15 déc. 2004, n°03-83.474.  
(21) Crim. 26 janv. 2005, n°04-84.805.



■ ■ ■ L'article L. 7 du Code électoral inconstitutionnelle, comme méconnaissant les dispositions de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (22). Ainsi, toutes les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation à cette peine automatique ont recouvré la capacité de s'inscrire sur les listes électorales dans les conditions déterminées par la loi. Il importe toutefois de souligner que si la peine d'inéligibilité ne constitue plus une peine accessoire, c'est-à-dire automatique, elle demeure une peine complémentaire susceptible d'être prononcée par le juge pénal.

## 2) Dispositions du Code des juridictions financières

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. Précisons que

cette action est indépendante de l'exercice de l'action publique par le magistrat du parquet. La question du cumul de cette pénalité avec les sanctions pénales pourrait ainsi se poser. D'emblée, le principe « non bis in idem », impliquant qu'une personne ne peut être puni deux fois pour le même fait, semble devoir faire théoriquement obstacle à ce cumul de sanctions.

Il pourrait certes être opposé, comme en matière de droit pénal fiscal (23), que les sanctions édictées par l'article 432-14 du Code

**A NOTER**  
Avec la décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010, toutes les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation à cette peine automatique ont recouvré la capacité de s'inscrire sur les listes électorales.

pénal et celles de l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières n'auraient pas la même finalité et seraient donc cumulables. Une telle solution nous apparaît toutefois particulièrement contestable, au regard du principe précité. Le délit d'octroi d'avantage injustifié, dans sa rédaction et son acception jurisprudentielle actuelles, nous semble constituer une infraction quasi matérielle dont le champ d'application demeure incertain et facteur d'insécurité juridique pour les acteurs publics. Ajoutée à la lourdeur des sanctions encourues, cette situation peut constituer un frein aux politiques publiques, et produire ainsi un effet contraire au légitime objectif de prophylaxie juridique poursuivi par le législateur de 1991.

En ce sens, une réforme de l'article 432-14 du Code pénal incriminant ce délit nous semble

nécessaire, non dans le sens d'une dépenalisation, mais dans celui d'une précision accrue de sa matérialité et d'une redéfinition de son élément intentionnel, afin de ne sanctionner pénalement que les comportements véritablement frauduleux.

C'est au demeurant le sens de l'étude d'impact du 3 septembre 2009 portant sur le projet de loi réformant les juridictions financières, qui préconise « une adaptation à la marge du « délit de favoritisme » [...] pour préciser le caractère intentionnel du délit » (24). Ne relèveraient alors de sanctions pénales que les manquements aux règles de passation des marchés publics procédant d'une véritable intention délictueuse, c'est-à-dire ceux commis volontairement en vue de favoriser indûment un candidat.

Les autres manquements demeureraient sanctionnés, mais sur le fondement de l'article L. 313-6 du Code des juridictions financières. Cette modification de l'article 432-14 du Code pénal pourrait également s'accompagner d'une précision de l'élément matériel du délit et plus particulièrement des contrats visés. ■

(22) Déc. n°2010-6/7 QPC du 11 juin 2010: NOR CSCX1015594S.

(23) Crim. 6 nov. 1997, Bull. crim. 1997, n°379; Crim. 1<sup>er</sup> mars 2000, Bull. crim. 2000, n°98.

(24) Projet de loi portant réforme des juridictions financières, étude d'impact établie en application de l'article 8 de la loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution, p.43 et 44.

# VOTRE AVIS NOUS INTERESSE!

La Gazette fait partie de votre univers professionnel ?

Vous recevez son Quotidien en ligne, lisez l'Hebdomadaire, consultez son site, utilisez ses services ?

Pour répondre encore plus efficacement à vos attentes et mieux vous connaître, nous avons besoin de votre avis.

Inscrivez-vous au Panel Gazette sur [www.lagazette.fr](http://www.lagazette.fr)