



MARCHÉS PUBLICS

Délit de favoritisme: nul n'est censé ignorer le CMP?

L'ESSENTIEL

■ Stopper la corruption

Dans un contexte de multiplication des affaires de corruption à la fin des années 80, le délit de favoritisme est venu sanctionner des pratiques visant à favoriser un candidat à un marché public.

■ Conception extensive

La jurisprudence a développé une conception extensive des éléments constitutifs du délit de favoritisme, à la fois pour les personnes concernées, les actes, les types de marchés.

■ Le problème de l'intentionnalité

Même si ce délit est intentionnel, la jurisprudence, au fil des décisions, a donné une interprétation large: le seul constat de la violation d'une règle en connaissance de cause suffit à constituer l'intention coupable.

UNE ANALYSE DE

Didier SEBAN et Isabelle GUTTADAURO,
avocats à la Cour, cabinet Seban & Associés

Incriminé depuis la loi du 3 janvier 1991, le délit d'octroi d'avantages injustifiés ou de « favoritisme » sanctionne pénalement les violations de la réglementation applicable au libre accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Dans sa rédaction, actuellement en vigueur, l'article 432-14 du Code pénal dispose: « Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende 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, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt natio-

nal 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 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. »

A la fin des années 80, des « affaires » de corruption et d'octroi d'avantages injustifiés à des entreprises privées en liaison directe avec les besoins de financement des partis politiques ont été révélées. Le principe d'égalité restait donc en pratique lettre morte, en raison du vide pénal et de l'inadaptation des textes répressifs préexistants, ainsi que de l'absence de dissuasion pour les opérateurs en cause.

À NOTER

Le délit de favoritisme permet de sanctionner des pratiques favorisant un candidat, même si l'existence de contreparties n'a pas été prouvée.

Face à ces pratiques, il est apparu nécessaire d'élaborer un dispositif juridique ayant pour objectif la moralisation de la vie économique et financière.

Le délit mentionné à l'article n° 432-14 du Code pénal permet, en théorie, de sanctionner des pratiques destinées à favoriser un candidat, alors même que l'existence d'une contrepartie n'aurait pas été établie. Pourtant, ce délit est source de nombreuses inquiétudes pour les détenteurs de l'autorité publique, car la jurisprudence apprécie sévèrement l'intentionnalité de l'infraction. Dès lors, il devient essentiel que les acheteurs publics soient parfaitement informés du risque pénal qu'ils encourent.

RÉFÉRENCES

- Article 432-14 du Code pénal.

I. Le champ d'application de l'article 432-14 du Code pénal

A. L'application de l'article 432-14 dans le temps

Les modifications du Code des marchés publics (CMP) survenues en 2001 ont amené à s'interroger sur l'application du délit dans le temps. Le CMP de 2001 prévoyait, en effet, une augmentation des seuils permettant de passer des marchés sans formalités. Le ministère de la Justice avait, cependant, anticipé cette situation en élaborant une circulaire permettant aux praticiens de connaître la portée de l'article 432-14.

Aux termes de cette circulaire ministérielle, la nouvelle réglementation de 2001 n'avait « aucune incidence sur la survie juridique de la disposition législative ou réglementaire du Code des marchés publics à laquelle les faits de favoritisme commis antérieurement à la réforme portent atteinte » (1). La circulaire consacrait donc la survie transitoire des dispositions de l'ancien Code des marchés publics pour les marchés engagés antérieurement à l'entrée en vigueur du nouveau code.

De même, la Cour de cassation a refusé de reconnaître une portée rétroactive au CMP (2) en s'appuyant sur le fait qu'il ne constituait pas le support légal de l'infraction; seul l'article 432-14 constitue l'élément légal du délit de favoritisme. Or cet élément n'a pas été modifié par une réforme pénale plus douce. Cette analyse de la Cour de cassation sera également reconduite pour la seconde réforme entrée en vigueur le 8 janvier 2004.

La Chambre criminelle vient d'ailleurs de réitérer sa jurisprudence du 28 janvier 2004 (3). 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 de l'article 432-14, seul support légal de l'incrimination, n'a pas été modifié.

B. Le champ d'application matériel

Les contrats publics et conventions de DSP

Le champ d'application de l'article 432-14 du Code pénal était initialement réservé aux marchés publics. L'incrimination concernait ainsi tous les marchés publics, tels que définis

par les articles 1^{er} et suivants du Code des marchés publics, c'est-à-dire, d'une manière générale, les marchés de travaux, de fournitures et de services passés par l'Etat, ses établissements publics administratifs, les collectivités locales et leurs établissements publics ainsi que leurs mandataires.

Ensuite, le champ d'application a progressivement été élargi aux délégations de service public par la loi « Sapin » du 29 janvier 1993. Enfin, la loi du 8 février 1995 a soumis à l'incrimination :

- les contrats passés par les sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public;
- les contrats passés par les établissements publics industriels et commerciaux.

2. L'application du délit aux procédures adaptées

Une difficulté juridique réside dans le fait de savoir si le délit de favoritisme s'appli-

À NOTER
Les spécialistes sont partagés sur la possibilité d'appliquer le délit de favoritisme aux marchés à procédure adaptée.

que aux procédures adaptées mentionnées dans les articles 28 et 40 du Code des marchés publics de 2004.

La procédure adaptée est mise en œuvre selon les modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché.

Concernant les conditions de publicité, il est prévu que l'acheteur public choisit la publicité, à condition que celle-ci soit adaptée au montant, à la nature des travaux, fournitures et services proposés. Au-delà de 90 000 euros HT, l'acheteur doit cependant réaliser une publicité soit au « Bulletin officiel des annonces des marchés publics » (BOAMP), soit dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Actuellement, pour les marchés de fournitures et de services, les seuils en dessous desquels la procédure adaptée est possible sont de 150 000 euros HT pour l'Etat et de 230 000 euros HT pour les collectivités territoriales (article 28 II du CMP). Pour les marchés de travaux, ce seuil est de 230 000 euros HT (article 28 III du CMP).

Toutefois, les marchés de travaux, de fournitures et de services d'un montant inférieur à 4 000 euros HT peuvent être passés sans

publicité ni mise en concurrence préalables (article 28, modifié par le décret du 26 novembre 2004).

De sérieux arguments militent en faveur de l'application du délit aux nouveaux marchés passés selon la procédure adaptée.

L'article 1^{er} du Code des marchés publics 2004 consacre un principe général garantissant l'égalité des candidats devant la commande publique « quel que soit leur montant [du marché] ».

Par ailleurs, le CMP 2004 dispose que les marchés passés en dessous des seuils doivent être : « passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques » (article 28). Dans cette hypothèse, chaque administration met en place un régime propre de passation. Or, le délit de favoritisme sanctionne « la violation des dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics [...] ».

La définition administrative de l'acte réglementaire (acte de portée générale et impersonnelle édicté par une personne publique ou une personne privée investie d'une mission de service public) permet d'étendre le délit aux formalités de passation élaborées par chaque administration et qui sont contenues dans le « règlement interne de passation », s'il en existe un et s'il a été approuvé par l'organe délibérant, ce qui a amené de nombreuses collectivités à ne pas faire approuver leur règlement interne.

Toutefois, l'application du délit aux procédures adaptées ne fait pas l'unanimité.

Selon une partie de la doctrine, la violation par l'acheteur public des règles qu'il se serait fixées 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.

C. Le champ d'application personnel

Le délit de favoritisme ne peut, en l'état des textes, être appliqué aux personnes morales. >

(1) Circulaire Crim. 2002-06-G3/04-03-2002.

(2) Crim., 28 janvier 2004, n° 02-86.597; JCP A 2004, 20.

(3) Crim., 1^{er} juin 2005, n° 04-87123.

1. Les personnes physiques

Les dépositaires de l'autorité publique

Il s'agit des personnes investies d'un pouvoir de décision ou de contrainte sur les individus et sur les choses dans le cadre de la passation de marché. Ce pouvoir de contrainte se manifeste dans l'exercice de fonctions permanentes ou temporaires qui leur sont confiées par la puissance publique.

La jurisprudence administrative étend néanmoins la qualité d'auteur au président d'une SEM, au président d'un office HLM, ainsi qu'à toute personne exerçant des fonctions de représentant des collectivités territoriales (4) ou des établissements publics.

La Chambre criminelle a reconnu la qualité d'auteur au directeur général des services d'une commune, agissant en qualité de représentant ou agent d'une collectivité territoriale, qui a le pouvoir d'intervenir dans le déroulement d'une procédure d'attribution de marchés en vue de préparer ou de proposer les décisions prises par d'autres (5). La condition préalable à l'incrimination est constituée lorsque ces personnes ont le pouvoir d'intervenir a priori dans la passation d'un marché public, de sorte que les organes et instances de contrôle intervenant a posteriori sont exclus de la répression. Leur éventuelle complicité pourra cependant être recherchée.

Les personnes chargées d'une mission de service public - les personnes investies d'un mandat électif

Il s'agit des élus locaux (maires et conseillers municipaux, présidents des conseils généraux ou régionaux, conseillers généraux ou régionaux), nationaux (députés et sénateurs) et les administrateurs élus des établissements publics. L'incrimination peut, de même, être appliquée aux présidents des groupements de collectivités territoriales. Ces personnes doivent : avoir la qualité de membre des commissions d'appel d'offres ou d'ouverture de plis ou de personne responsable du marché (PRM) ; ou, de manière générale, avoir eu au moment des faits le pouvoir d'intervenir dans la procédure d'attribution du marché ou de la délégation.

Les personnes agissant « pour le compte de »

Les personnes investies d'un mandat électif, soumises au Code des marchés publics ou à la loi « Sapin » du 29 janvier 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, peuvent également donner mandat à une autre personne pour effectuer en leur nom un certain nombre d'actes juridiques, en particulier la signature des marchés et des conventions de délégation de service public.

Le pouvoir d'intervention dans un marché

Toute personne ayant le pouvoir d'intervenir dans la procédure d'attribution du marché, à tout moment de la procédure (acte préparatoire, publicité, mise en concurrence, analyse de la décision, choix final de l'opérateur) peut se rendre coupable du délit de favoritisme. Par ailleurs, l'ensemble des agents publics (élus et fonctionnaires, y compris ceux relevant des services techniques) peut être poursuivi si ces agents ont le pouvoir d'intervenir dans la procédure de marché.

Il convient cependant de souligner que les membres des commissions d'appel d'offres et la personne responsable du marché, ou son représentant, sont les plus exposés à l'incrimination.

En ce qui concerne les membres des commissions d'appel d'offres, chaque comportement, même accessoire, ayant participé à la commission de l'infraction est punissable. C'est sur ce fondement que la responsabilité d'un membre d'une commission d'appel d'offres a pu être retenue, même si la décision d'attribution était prise par la collégialité, dès lors que « le prévenu - président de conseil général - [...] n'a émis [...] aucune réserve » (6).

Quant à la personne responsable du marché, ses fonctions, dans la procédure, couvrent l'ensemble de la passation (de la définition du besoin de l'administration à la notification du marché). Elles se prolongent ensuite pendant l'exécution du marché (acceptation de sous-traitants, réception).

Dans certaines matières particulièrement techniques, le juge peut considérer que la responsabilité de la PRM s'efface devant celle des techniciens (services techniques, infor-

matiques, services gestionnaires des parcs automobiles ou des espaces verts), eu égard à l'exclusivité des connaissances spécifiques détenues par ces derniers. Ainsi, les tribunaux répressifs pourront éluder la responsabilité pénale de la PRM pour ne retenir que celle de l'agent fautif du service, en se fondant sur la théorie du « monopole de la compétence technique dans leurs secteurs d'activité ».

Par ailleurs, l'acheteur public a fréquemment recours à des prestataires extérieurs qui définissent pour lui ses besoins et/ou l'aident à choisir le futur titulaire du marché. Ces prestataires peuvent être des personnes de droit public (dans le cadre de conventions d'assistance passées avec les DDE, par exemple) ou privé (architectes, courtiers d'assurance, bureaux d'étude). Ainsi, le responsable d'un bureau d'étude ou l'architecte chargé de diligenter une procédure de marché pourra être poursuivi, bien qu'il ne soit pas fonctionnaire ou élu ou agent de l'Etat, si, par son action, il amène la personne publique à violer les règles de mise en concurrence.

2. Sur l'imputabilité du délit aux personnes morales

Les dispositions de l'article 432-14 du Code pénal ne prévoient pas la possibilité d'engager la responsabilité pénale des personnes morales et, notamment, celle des collectivités territoriales. En l'état de la législation, seules les personnes physiques peuvent donc faire l'objet de poursuites pénales.

Néanmoins, à compter du 31 décembre 2005, les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, seront pénalement responsables « des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » (article 121-2, alinéa 1^{er} du Code pénal).

Toutefois, aux termes de l'article 121-2, alinéa 2 du Code pénal : « les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de délégations de service public ». En exigeant que l'infraction soit commise dans l'exercice d'activités déléguables, la loi exclut les infractions commises lors de la passation de ces conventions. En revanche, les établissements publics ne sont pas soumis à cette condition particulière et pourront engager leur responsabilité du chef de favoritisme.

(4) Président d'un syndicat mixte des ordures ménagères, CA Paris, 9^e correctionnelle, 16 avril 1999, JD 1999-023215; directeur d'un syndicat intercommunal de distribution d'eau (Crim, 24 novembre 1999, JD 1999-004850).
 (5) Crim, 20 avril 2005, n° 04-83.017.
 (6) TGI Orléans, 5 juin 1996.

II. Les éléments constitutifs du délit

A. Les éléments matériels

Deux éléments matériels doivent être réunis : l'octroi d'un avantage injustifié à autrui et le non-respect des dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

1. L'octroi d'un avantage injustifié à autrui

L'avantage injustifié peut résulter de tout agissement ou abstention, dès lors que ces comportements tendent à empêcher l'application du principe d'égalité ou de liberté d'accès. Il peut s'agir d'un acte matériel (communication d'un document, entretien privilégié, suppression ou substitution de documents dans les dossiers de candidature ou d'offres) ; d'une pratique administrative (publicité insuffisante, négociation inéquitable, analyse partielle des offres) ou d'actes juridiques (décision d'attribution reposant sur des critères illégaux). Dans nombre de décisions, le caractère injustifié de l'avantage apparaît fortement lié à la violation même de la réglementation (7), à savoir, l'attribution d'un marché au mépris des règles du Code des marchés publics (8). Par ailleurs, l'avantage doit être procuré à « autrui », l'avantage accordé à soi-même n'entrant pas dans la qualification du délit d'octroi d'avantage injustifié mais dans celui de la prise illégale d'intérêt prévu et réprimé par l'article 432-12 du Code pénal.

2. La violation d'une règle garantissant la liberté d'accès et l'égalité entre les candidats

Tout acte portant atteinte à une disposition législative ou réglementaire consacrant la libre concurrence consomme le délit. Une telle disposition est à rechercher en premier lieu dans le Code des marchés publics. L'article 1^{er} du CMP énonce des principes d'application directe, dont les violations peuvent constituer l'élément matériel du délit. Les manquements aux règles relatives à l'égalité de traitement et à la liberté d'accès des candidats peuvent être constatés à diverses étapes.

Avant le lancement de la procédure :

La Cour de cassation a jugé que le délit pouvait résulter d'une procédure de passation

inadaptée (choix d'une procédure d'urgence) ayant eu pour conséquence de limiter le nombre des candidats et de favoriser les offres déposées (9). Il existe également une atteinte à la concurrence lorsque le seuil à partir duquel l'Etat ou les collectivités publiques doivent procéder par la voie d'un marché a été frauduleusement diminué (10).

Une pratique également répréhensible concerne le « fractionnement » ou le « saucissonnage » du marché. Le montage consiste à diviser le marché en plusieurs commandes afin de faire descendre les seuils pécuniaires et éviter ainsi des procédures lourdes (11).

Le recours à une société « prête-nom » afin de dissimuler le véritable titulaire du marché et de cacher un fractionnement de la commande constitue le délit de favoritisme (12). Le fait de fournir à l'un des candidats une information privilégiée sur la consistance ou le coût d'une opération projetée (13).

Parmi les montages récurrents répréhensibles figure la pratique de la « concurrence de façade » ou pratique dite « du sur-mesure ». Les collectivités insèrent des clauses au cahier des charges, imposant des conditions si particulières qu'elles ne pourraient être remplies que par une seule entreprise (14). A l'inverse, une définition floue des besoins ayant pour implication un choix arbitraire de la part de l'acheteur public demeure tout autant répréhensible. Des pratiques de « publicité réduite » dans un journal local, alors que l'importance du marché aurait imposé une publicité plus large, sont également sanctionnées. Par ailleurs, la réduction des délais exigés pour la réception des candidatures ou la remise des offres en cas d'appel d'offres porte atteinte à la concurrence.

Lors de l'examen des offres :
Le non-respect des critères d'attribution définis au préalable et sur lesquels doivent s'effectuer le choix de l'attributaire du marché public (tels que le prix, le coût d'utilisation, la valeur technique, le délai d'exécution...) est constitutif du délit de favoritisme. La collectivité doit justifier son choix, en fonction des garanties professionnelles et financières de l'entreprise attributaire. De même, le choix

d'un candidat qui ne correspondrait pas à l'offre la plus intéressante constitue le délit. Le juge pénal apprécie donc l'opportunité du choix de l'administration.

La renégociation d'une offre menée avec certains candidats après l'ouverture des plis, afin qu'ils modifient celle-ci pour être en position de moins-disant, constitue également un avantage injustifié (15), de même que la conclusion d'avenants ayant pour conséquence de bouleverser l'économie du marché en accordant, sans mise en concurrence, des prestations nouvelles au titulaire déjà choisi. Ces avenants ont souvent pour point de départ une sous-évaluation volontaire du coût du marché afin de procéder à la déclaration d'un appel d'offres infructueux et de choisir le candidat selon la procédure négociée.

Constitue également le délit, l'omission d'écarter une offre non conforme avec l'objet du marché pour permettre à son bénéficiaire de concourir.

Les déclarations abusives d'infructuosité, afin de permettre à un candidat déterminé de l'emporter et les irrégularités relatives à la composition d'un jury ou d'une commission d'appel d'offres sont réprimées (16).

Une rupture d'égalité existe également lorsque des candidats ont pu participer, même passivement, aux assemblées délibératives ou aux commissions d'appel d'offres, bénéficiant ainsi de renseignements privilégiés.

Après l'attribution du marché :

La conclusion ou l'exécution du marché avant sa notification constitue le délit de favoritisme (17).

La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 a étendu aux délégations de service public, le champ d'application du délit.

La violation des règles de procédure de passation de la délégation

Les articles du Code général des collectivités territoriales (CGCT) et ceux de la loi « Sapin » soumettent les conventions de délégation

(7) Crim., 11 décembre 2002, JD 2002-018102.

(8) Crim., 12 novembre 1998, JD 97-85333.

(9) Crim., 19 novembre 2003, JD 2003-021728.

(10) Crim., 7 mai 2002, JD 2002-015338.

(11) Crim., 28 janvier 2004, Bull. Crim., 2004, n° 23.

(12) Crim., 26 janvier 2005, n° 04-2542.

(13) Crim., 10 mars 2004, JD 2004-023191;

Crim., 20 avril 2005, n° 04-83017.

(14) Crim., 30 juin 2004, JD 2004-024820.

(15) CA Orléans, 3 mars 1998.

(16) Crim., 15 septembre 1999, JD 1999-003934.

(17) Crim., 2 avril 1998, JD n° 1998-002045.

tion des collectivités territoriales et celles de l'Etat à une procédure de mise en concurrence (appel public à la concurrence, établissement de la liste des candidats admis à déposer une offre, communication du dossier aux entreprises retenues, phase de négociation et choix du titulaire). Toutefois, peu de décisions des juges répressifs sont venues sanctionner les atteintes à la liberté et à l'égalité des candidats. En revanche, les juridictions administratives ont pu retenir de telles atteintes. Rompt ainsi l'égalité entre les candidats à la délégation, le décideur public qui accepte une candidature d'une entreprise ne remplissant pas les critères d'admission déterminés par la collectivité publique (18). Afin de relever les composantes matérielles du délit, le juge pénal est donc amené à se positionner sur la légalité des actes des administrations pris à l'occasion des procédures de passation de marchés et de délégations de service public.

Cette intervention d'une juridiction judiciaire dans une matière réservée traditionnellement aux juridictions administratives est conforme à la loi (article 111-5 du Code pénal) mais pose des problèmes pratiques importants compte tenu de la méconnaissance par le juge judiciaire des contraintes de la commande publique. Les juges du fond doivent préciser les règles qui ont été délibérément méconnues. A défaut, la Cour de cassation n'a d'autre alternative que de censurer la juridiction qui n'a pas justifié sa décision (19).

B. L'élément intentionnel du délit

Le délit de favoritisme est un délit intentionnel et ne peut donc être réprimé en l'absence d'intention. La jurisprudence en a apporté une définition très stricte.

1. La définition jurisprudentielle

L'intention coupable peut résulter de divers éléments, tels que :

– La gravité des faits ou les manquements répétés aux règles de mise en concurrence. Plus la violation est évidente ou « manifeste », plus l'intention sera constituée.

– L'expérience ou l'ancienneté du prévenu. Les juges répressifs établissent une présomption de compétence à l'égard d'un « professionnel » qui, par définition, doit être à même de connaître les règles de passation de marchés (20). La qualification de l'auteur en matière de commandes publiques permet de déduire l'intention coupable. Ainsi en est-il d'un prévenu qui, « compte tenu de sa qualité de président de la commission d'appel d'offres, de son ancienneté et de sa parfaite connaissance des dossiers avait nécessairement participé à l'infraction » (21).

La Chambre criminelle considère qu'un élu local a la compétence nécessaire pour respecter les règles du Code des marchés publics. Or, dans la mesure où la technicité des règles est croissante, cette analyse demeure particulièrement sévère à l'égard des élus. Les juges présument ainsi la connaissance de la loi et, par suite, la volonté de méconnaître les dispositions légales ou réglementaires. Cette présomption est renforcée et devient irréfragable, contrairement aux principes généraux du droit pénal, lorsque le prévenu est un élu de longue date (22).

– Les études, les stages, les formations au droit des marchés publics, suivis par le prévenu. Le prévenu, titulaire de mandats électifs et avocat, est présumé avoir reçu une formation en droit des marchés, de sorte que son intention coupable peut se déduire de celle-ci (23).

– La violation, en connaissance de cause, des prescriptions légales ou réglementaires de mise en concurrence (24).

Depuis la loi du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, la Cour de cassation a donné une interprétation très large de la notion d'intention. L'interprétation qu'elle donne de l'élément intentionnel conduit à considérer l'infraction comme un délit matériel. La seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire de mise en concurrence (dol général) implique l'intention coupable (25). L'intention ne consiste donc pas à vouloir favoriser un attributaire. La position de la Cour de cassation implique que « l'intention de favoriser » (dol spécial) constitue simple-

ment le mobile ayant incité le prévenu à commettre le délit.

Certaines juridictions du fond n'ont toutefois pas hésité à apprécier différemment l'élément intentionnel. Les juges du fond énonçaient que la seule violation d'une règle de passation des marchés publics ne suffisait pas à constituer le délit (26). Toutefois, la Cour de cassation n'a pas entendu confirmer cette tendance en rappelant que l'intentionnalité se déduisait de la méconnaissance d'une règle de mise en concurrence (27). Pourtant, il serait souhaitable que la Cour de cassation retienne « l'intention de favoriser » comme composante de l'intentionnalité, dans la mesure où le délit de favoritisme sanctionne une atteinte volontaire au devoir de probité.

2. L'indifférence du mobile

Le mobile du prévenu n'a aucune incidence sur la responsabilité pénale de l'auteur de l'infraction. La faute pénale intentionnelle constituant le délit de favoritisme peut trouver sa cause dans l'attribution préférentielle frauduleuse liée à un réseau d'amitiés, de parenté, de relations personnelles ou encore dans « le localisme ». Les juges répressifs sont tenus de sanctionner pénalement une attribution préférentielle d'un marché, même lorsque les mobiles de l'acte reposent sur la protection des intérêts de la collectivité attributive (28). Ces mobiles ne pourront être utilement invoqués que pour l'abaissement du quantum de la peine.

C. Les éléments justificatifs

La jurisprudence résiste à recevoir favorablement les causes d'irresponsabilité pénale.

1. L'erreur de droit

En application de l'article 122-3 du Code pénal, il n'y a pas d'infraction lorsque l'intéressé a pu légitimement croire qu'il se trouvait dans l'obligation légale d'accomplir l'acte qu'on lui reproche. Toutefois, la jurisprudence affirme de manière constante que, compte tenu de sa qualité, un élu ne saurait valablement prétendre ignorer les dispositions légales ou réglementaires (29).

2. Le commandement de l'autorité légitime

Le moyen de défense tiré de l'ordre reçu de l'autorité légitime (article 122-4 du Code

(18) TA Nantes, 11 avril 1996, « Cie des transports de l'Atlantique ».

(19) Crim., 10 mars 2004, JD 2004-023191.

(20) Crim., 14 janvier 2004, JD 2004-021971.

(21) Crim., 15 décembre 2004.

(22) Crim., 15 septembre 1999, Dr. Pénal, 2000, n° 28.

(23) Crim., 5 mai 2004.

(24) Crim., 14 janvier 2004, JD 004-021971.

(25) Crim., 24 mai 1994, Bull. n° 203.

(26) CA Paris, 20 janvier 2000, BJCP 2001, n° 14, p. 66; CA d'Alençon-Provence, 27 mars 2002, JD 2002-080336.

(27) Crim., 14 janvier 2004, n° 03-83396.

(28) TGI Orléans, 14 mai 1997.

(29) Crim., 10 avril 2002, Dr. Pénal, 2002, comm. 105.

pénal) n'est pas non plus admis en jurisprudence. Le directeur des services techniques d'un conseil général qui sur l'ordre de son autorité supérieure (le président de la collectivité) charge une société privée d'exécuter des travaux conclus hors marchés, se rend coupable du délit de favoritisme dès lors que «le prévenu disposait des moyens intellectuels et de l'autorité suffisante pour résister aux demandes d'un président d'une collectivité territoriale» et «qu'en égard à ses fonctions, le prévenu ne pouvait méconnaître le caractère manifestement illégal de la demande qui lui a été faite» (30).

3. L'état de nécessité

Pour être utilement invoqué, l'état de nécessité (article 1227 du Code pénal) nécessiterait l'existence d'un danger menaçant, actuel ou imminent et certain justifiant la violation des règles protectrices de la liberté d'accès et d'égalité entre candidats. La jurisprudence en la matière est rare et rigoureuse. En effet, il a été 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» (31).

III. Les modalités de la répression

A. Les sanctions

Le délit de favoritisme est sanctionné, à titre principal, d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans et de 30 000 euros d'amende.

Par ailleurs, peuvent également être prononcées, à titre de peines complémentaires, l'interdiction des droits civils, civiques et de famille, l'interdiction de pratiquer une activité professionnelle dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise, la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus et l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée.

En outre, la condamnation définitive du chef du délit de favoritisme entraîne l'exclusion des listes électorales pendant un délai de cinq ans (article L.7 du Code électoral).

Toutefois, la rigueur de cette disposition est tempérée par la possibilité pour le condamné de solliciter le relèvement de cette peine (article 132-21, alinéa 2 du Code pénal).

B. La prescription

Le délit de favoritisme est un délit instantané. Il se prescrit par trois ans à compter du jour où les faits ont été accomplis. Toutefois, le point de départ du délai peut être reporté lorsque le délit a pris un caractère occulte. Lorsque l'acte irrégulier pris en violation des règles de concurrence a été dissimulé, le délai de prescription de l'action publique ne commence à courir que du jour où les faits ont été révélés et ont pu, de ce fait, être constatés dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique (32).

De même, la prescription du délit est interrompue par tout acte de poursuite ou d'instruction, notamment par le soit-transmis du procureur de la République sollicitant une enquête préliminaire ou par les actes d'enquête accomplis la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés.

C. La recherche des responsabilités satellites : la complicité et le recel

1. La complicité de favoritisme

La complicité vise les dirigeants d'entreprises ou les entreprises elles-mêmes, ainsi que les personnes intervenant a posteriori dans les passations. La complicité de favoritisme permet d'engager la responsabilité de la PRM, qui ne serait pas nécessairement à l'origine du manquement constitutif du délit de favoritisme. Ainsi, alors que seul son adjoint avait effectivement commis le délit de favoritisme, la complicité du maire qui s'était borné à signer un marché litigieux, sans contrôler la régularité des procédures, a été retenue (33).

2. Le recel de favoritisme

Le délit de recel de favoritisme permet d'engager la responsabilité pénale des candidats qui ont, en connaissance de cause, bénéficié de l'infraction. Le délit est constitué lorsque l'attributaire privilégié aurait eu connaissance de la partialité de l'acheteur public, et si l'attributaire a obtenu effectivement le marché.

La jurisprudence exige que soit rapportée la preuve d'un avantage personnel procuré à la personne physique, différent de l'avantage qui serait procuré à la personne morale dont elle est l'organe, le représentant ou le salarié. Toutefois, la Cour de cassation n'hésite pas à valider les décisions des juges du fond qui déclarent coupable du chef de recel de favoritisme le dirigeant de la société illégalement

attributaire du marché (34). Récemment, la Chambre criminelle a validé un arrêt d'appel qui condamnait l'architecte et le président d'un bureau d'étude pour recel de favoritisme dans l'attribution frauduleuse d'un marché de maîtrise d'œuvre (35). La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel au motif que les prévenus

A NOTER

Le recel de favoritisme peut viser à la fois la société bénéficiaire de l'infraction et son dirigeant, personne physique.

avaient «bénéficié, en connaissance de cause, du produit de l'attribution irrégulière du marché de maîtrise d'œuvre».

En définitive, la jurisprudence actuelle qui tend à sanctionner le délit de favoritisme, y compris en l'absence d'intention de favoriser, est fortement critiquable. Il est regrettable qu'une répression fondée uniquement sur le non-respect des règles formelles puisse avoir pour conséquence de privilégier un formalisme pointilleux plutôt que le respect des principes de mise en concurrence et d'égalité dans le souci d'obtenir une prestation au juste prix et de qualité. La Cour de cassation infléchira-t-elle sa jurisprudence pour tenir compte du nouveau Code? A ce titre, le nouveau Code des marchés publics exprime deux principes directeurs mis en lumière par la circulaire n° 05-03/G3 de février 2005 du ministère de la Justice: la simplification administrative, ainsi que la libéralisation de l'achat public et la progression de la liberté contractuelle. En outre, il est à noter qu'il existe un déséquilibre important entre les communes qui ont les moyens nécessaires pour apprécier la légalité de leurs marchés et celles bénéficiant de moyens plus modestes.

Compte tenu de la complexité des règles à respecter, de la multiplicité des sources et des réformes incessantes relatives aux règles applicables aux marchés publics, il apparaît nécessaire de guider l'achat public dans les différentes étapes de la passation des marchés publics afin de contourner l'écueil pénal. Les acheteurs publics, dont les besoins de sécurité juridique sont manifestes, pourront dès lors appréhender pleinement un éventuel risque pénal. ■

(30) Crim., 15 décembre 2004.

(31) Crim., 26 janvier 2005.

(32) Crim., 19 mai 2004, Gaz Pal., janvier 2005, p. 17.

(33) CA Colmar, 14 novembre 1997.

(34) Crim., 10 mars 2004, n° 02-85.285.

(35) Crim., 20 avril 2005, n° 04-83.017.