

La nécessaire réforme du délit de favoritisme

COMMANDE PUBLIQUE // Le délit d'octroi d'avantage injustifié sanctionne des irrégularités en l'absence de véritable caractère intentionnel, créant une forte insécurité auprès des acheteurs publics. L'inscription à un prochain ordre du jour du Parlement de la redéfinition de ce délit apparaît nécessaire.

LA
CHRONIQUE
de Thomas
Rouveyran*



A plusieurs reprises, a été envisagée la possibilité de revoir les conditions légales du délit de favoritisme défini à l'article L. 432-14 du Code pénal : dans le cadre tout d'abord du projet de réforme des juridictions financières de septembre 2009 ; au travers ensuite des propositions de Jean-Pierre Giran dans son rapport de février 2012 sur le fonctionnement de la démocratie locale. En tout dernier lieu enfin, Jean-Louis Nadal, dans son rapport « Renouer la confiance publique » rendu en janvier 2015, préconise à nouveau de revoir la définition du délit pour préciser son caractère intentionnel « afin que les actes accomplis de bonne foi ou relevant d'une simple erreur ou omission n'entrent plus dans le champ de la répression ».

Une source de forte insécurité pour les acheteurs publics

Rappelons que le Code pénal punit jusqu'à deux ans d'emprisonnement le fait par un élu, un administrateur ou un agent de l'Etat, d'une collectivité territoriale, d'un établissement public, d'une société d'économie mixte ainsi qu'aux personnes agissant pour leur compte 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. Or, la Cour de cassation, notamment dans un arrêt du 11 janvier 2004, a jugé que l'accomplissement en simple connaissance de cause d'un acte contraire aux règles de la commande publique pouvait être sanctionné en vertu de ce délit, alors même qu'aucune véritable intention délictueuse n'était en cause. Pour un élu ou un agent ayant un certain niveau de responsabilité, l'infraction est donc réalisée dès que l'irrégularité est commise, le juge pénal présumant dans ce cas que la personne dispose des compétences nécessaires pour avoir agi sciemment. Le délit relève ainsi d'une infraction quasi matérielle, ce qui va à l'encontre même des objectifs du législateur de 1991 et du principe constitutionnel d'interprétation stricte de la règle pénale. Or, si les décisions sont relativement peu nombreuses en la matière, elles inquiètent toutefois très fortement les élus et agents agissant dans le champ de la commande publique.

Des sanctions seulement dans les cas de violations manifestes

Tout acte relatif à un marché public ou une délégation de service public, pour autant, doit être d'abord motivé par un objectif économique, qui est d'apporter une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur. Certes, la passation de cet acte doit respecter le régime légal et/ou réglementaire qui lui est applicable, mais la sécurisation de la procédure ne peut constituer la seule préoccupation. Or, trop souvent par exemple, le seul critère ou le critère principal retenu est celui du prix dès lors qu'il est considéré selon les acheteurs publics comme

La crainte de la sanction pénale est de nature à décourager les élus ou agents dans l'engagement de procédures créatives et nouvelles (recours au sourcing, recherche de solutions innovantes...).

incontestable du point de vue pénal. De manière plus générale, la crainte de la sanction pénale est de nature à décourager les élus ou agents dans l'engagement de procédures créatives et nouvelles (recours au sourcing, recherche de solutions innovantes...). Et elle peut fortement réduire à l'avenir la portée des nouvelles procédures issues des directives 2014 en cours de transposition, tout particulièrement les procédures concurrentielles

avec négociation ou encore de partenariat d'innovation.

Or, ne devraient être pénalement sanctionnés que les cas les plus graves de violation des règles de la commande publique, lorsque l'intention de favoriser un candidat est réelle. Rappelons d'ailleurs que, dès lors qu'un acte est illégalement commis sans intention délictueuse, il encourt néanmoins sa censure devant les juridictions administratives (nullité ou modification de l'acte illégal). Mais l'auteur de l'acte est également susceptible d'être poursuivi devant la Cour de discipline budgétaire et financière : l'article L313-6 du Code des juridictions financières sanctionne ainsi le fait pour un fonctionnaire ou un agent de l'Etat ou d'une collectivité de procurer ou tenter de procurer un avantage injustifié à autrui en méconnaissance de ses obligations au détriment du Trésor ou de l'organisme public intéressé.

Au demeurant, une des vingt propositions du rapport Nadal est de revoir en profondeur les missions et les pouvoirs de la Cour de discipline budgétaire et financière en vue d'étendre son champ d'intervention.

A l'occasion de la transposition en cours des directives marchés et concession, qui a pour effet de redéfinir les contrats de la commande publique en droit interne, une réforme du délit d'octroi d'avantage injustifié apparaît particulièrement opportune ; l'objectif étant de clarifier le champ d'application du délit pour le limiter aux cas de manquements les plus graves, lors de la passation de contrats de la commande publique précisément identifiés.

*Avocat associé au cabinet Seban & Associés.