

MATTHIEU HENON,
avocat associé – SCP Seban
et associés

JÉROME CONSIGLI,
juriste

Favoritisme

La Cour de cassation a récemment jugé que le délit de favoritisme trouve à s'appliquer à l'ensemble des contrats de la commande publique, dont ceux soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.

Rationalisation

La réforme des marchés publics et contrats de concession entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016, guidée par un souci de rationalisation, vise une unification du corpus juridique de la commande publique.

Eclaircissement

La ratification des textes «marchés» et «concessions» pourrait conduire à un éclaircissement des règles dont l'irrespect peut constituer le délit d'octroi d'avantage injustifié.

susmentionnées». La caractérisation du délit d'octroi d'avantage injustifié nécessite par ailleurs, à l'instar de tout délit, une part d'intentionnalité que la jurisprudence réduit toutefois à la seule conscience de méconnaître la règle prescrite; cette conscience est en outre souvent présumée, du fait de la qualité de l'auteur du manquement qui «ne saurait se prévaloir d'une ignorance de ces dispositions pour justifier son comportement» (2). Il n'est pas dit que le souhait exprimé lors des débats devant le Sénat sur le projet de loi «Sapin 2» (3), pour exiger que le manquement ait été commis «en connaissance de cause», serait de nature à influencer sur cette jurisprudence.

Enfin, le délit requiert la méconnaissance de «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».

Cette violation, au cœur de l'incrimination, peut être retenue à chaque stade de la passation, de la définition des besoins au choix de la procédure de passation, le lancement de la consultation, l'examen des offres et l'exécution du contrat. Ainsi, le délit d'octroi d'avantage injustifié peut consister dans le fractionnement des marchés afin de demeurer sous les seuils des procédures formalisées (4) ou dans le fait de favoriser une entreprise locale alors que le critère unique de choix de l'attributaire du marché était celui du prix de la prestation sollicitée (5).

En revanche, la question des textes dont la méconnaissance pouvait être sanctionnée sur ce fondement a été longuement débattue, notamment quant au fait de savoir si le délit devait s'appliquer aux opérations ne constituant stricto sensu ni un marché

relevant du code des marchés publics, ni une délégation de service public soumise au code général des collectivités territoriales. La question s'était par exemple successivement posée pour les marchés à procédure adaptée et ceux régis par l'ordonnance du 6 juin 2005. Enfin tranchée par la Cour de cassation le 17 février 2016 (6), cette dernière ques-

Gestion locale et risque pénal (6)

La commande publique et la menace du délit de favoritisme

Depuis sa création par la loi du 3 janvier 1991, le délit de favoritisme, devenu depuis délit d'octroi d'un avantage injustifié, n'a eu de cesse de s'étendre par l'effet de réformes législatives successives et de la jurisprudence. Des marchés publics aux délégations de service public, puis aux contrats relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005, c'est aujourd'hui peu ou prou l'ensemble de la commande publique qui est concernée par ce délit.

LE DÉLIT DE FAVORITISME

Conçu pour garantir l'équité dans l'achat public, le délit de favoritisme, prévu à l'article 432-14 du code pénal, réprime 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». Cet avantage injusti-

fié, nécessairement attribué à un tiers et non à soi-même, est largement interprété puisqu'il peut aussi bien viser le bénéficiaire d'une information privilégiée dans le processus de passation, que l'attributaire du marché lui-même (1).

Le favoritisme est un délit attribué à un tiers et non à soi-même, est largement interprété puisqu'il peut aussi bien viser le bénéficiaire d'une information privilégiée dans le processus de passation, que l'attributaire du marché lui-même (1). Le favoritisme est un délit attribué à un tiers et non à soi-même, est largement interprété puisqu'il peut aussi bien viser le bénéficiaire d'une information privilégiée dans le processus de passation, que l'attributaire du marché lui-même (1). Le favoritisme est un délit attribué à un tiers et non à soi-même, est largement interprété puisqu'il peut aussi bien viser le bénéficiaire d'une information privilégiée dans le processus de passation, que l'attributaire du marché lui-même (1).



À NOTER

La conscience de la commission du délit de favoritisme est souvent présumée, du fait de la qualité de son auteur qui «ne saurait se prévaloir d'une ignorance de ces dispositions pour justifier son comportement».

tion semble avoir perdu de sa pertinence par l'effet de la récente réforme des marchés publics.

IMPACTS DE LA RÉFORME DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

L'application du délit de favoritisme aux marchés à procédure adaptée (7) et aux opérations relevant de l'ordonnance du 6 juin 2005, formellement exclus du code des marchés publics et du code général des collectivités territoriales, a été longuement débattue avant d'être tranchée par la positive par la chambre criminelle de la Cour de cassation.

La réforme opérée par l'ordonnance du 23 juillet 2015, unifiant le droit de la commande publique et rendant applicable aux acheteurs publics un corpus juridique unique, éteint définitivement ce débat pour les faits postérieurs à son entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016. L'ensemble des marchés passés en application de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et de ses décrets d'application du 25 mars 2016 sont désormais qualifiés de «marchés publics» et sont soumis au respect des «principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures» (8). Le délit de favoritisme s'applique ainsi à l'ensemble de ces marchés, dont certains pouvaient anciennement relever de l'ordonnance du 6 juin 2005 (9) ou des contrats de partenariat issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 (10). La même œuvre unificatrice rationalise également le droit des «contrats de concession», dorénavant régis par l'ordonnance du 29 janvier 2016 (11) et son décret d'application du 1^{er} février 2016, qui regroupent sous ce vocable les concessions de travaux, les concessions de service et les délégations de service public.

L'article 432-14 du code pénal ne visant expressément que les «délégations de ser-

RÉFÉRENCES

- Code pénal, art. 432-14.
- Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics.
- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

vice public», une incertitude pourrait naître quant à l'application du délit à ces «contrats de concession». Le projet de loi «Sapin 2» (12), par lequel le gouvernement souhaite ratifier les ordonnances «concessions» et «marchés», semble devoir résoudre cette difficulté puisqu'il prévoit en son article 10 – dans sa version adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 14 juin 2016 et par le Sénat le 8 juillet 2016 – de modifier l'article 432-14 du code pénal pour remplacer les termes de «délégations de service public» par ceux de «contrats de concession».

Toujours est-il que, le délit d'octroi d'avantage injustifié constituant une infraction instantanée (13), et le manquement devant s'apprécier par référence à la législation applicable à la date de sa commission, la question du champ d'application de ce délit pour les faits non prescrits, antérieurs au 1^{er} avril 2016, n'est pas concernée par la réforme. Dès lors, les règles applicables antérieurement trouveront à s'appliquer à ces faits.

APPLICATION RÉSIDUELLE DE LA JURISPRUDENCE DU 17 FÉVRIER 2016

Les ordonnances «marchés» et «concessions» et leurs décrets d'application prévoient que ces nouvelles dispositions s'appliquent aux «marchés publics» et aux «contrats de concessions» pour lesquels une consultation est engagée, ou un avis d'appel à la concurrence ou un avis de concession envoyé à la publication, à

compter du 1^{er} avril 2016. Pour les contrats antérieurs, il conviendra de se référer aux règles alors en vigueur.

C'est ainsi que l'arrêt du 17 février 2016 de la chambre criminelle de la Cour de cassation (précité), qui a tranché la question de l'application du délit de favoritisme aux marchés relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (14), trouvera à s'appliquer de manière résiduelle aux faits commis antérieurement au 1^{er} avril 2016.

Rappelons que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 novembre 2012 (15), avait pris position en excluant ces opérations du champ d'application du délit de favoritisme, motif tiré du principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

La Cour de cassation s'est donc prononcée en sens inverse en jugeant que l'article 432-14 du code pénal «s'applique à l'ensemble des marchés publics et non pas seulement aux marchés régis par le code des marchés publics». La Cour de cassation s'est appuyée pour ce faire sur le respect des «principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures», lesquels «constituent également des exigences posées par le droit de l'Union européenne». Elle confère ainsi au délit de favoritisme un champ d'application qui concerne «l'ensemble de la commande publique», y compris pour les marchés passés avant le 1^{er} avril 2016. ▣

DÉJÀ PARUS

- «Le fonctionnaire, un citoyen soumis à un régime spécifique», «La Gazette» du 24 octobre, p. 60-61.
- «Les collectivités territoriales et les infractions de presse», «La Gazette» du 7 novembre, p. 54-56.
- «Les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)», «La Gazette» du 14 novembre, p. 56-57.
- «Les règles d'urbanisme et la lutte contre l'insalubrité», «La Gazette» du 21 novembre, p. 54-55.
- «La délicate proximité avec les "satellites"», «La Gazette» du 28 novembre, p. 62-63.

(1) Cass. crim., 11 décembre 2002, n°02-80.699.

(2) Cass. crim., 23 juillet 2014, n°14-90.024, QPC.

(3) Dans l'adoption en première lecture le 8 juillet 2016 du projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(4) Cass. crim., 10 septembre 2008, n°08-80.589.

(5) Cass. crim., 22 janvier 2014, n°13-80.759.

(6) Cass. Crim., 17 février 2016, n°15-85.363.

(7) Cass. Crim., 14 février 2007, n°06-81.924.

(8) Cass. crim., 17 février 2016, n°15-85.363.

(9) 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.

(10) Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

(11) Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

(12) Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre

la corruption et à la modernisation de la vie économique.

(13) Cass. crim., 27 octobre 1999, n°98-85.214.

(14) 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.

(15) Cour d'appel de Paris, pôle 5, chambre 12, 26 novembre 2012, série «Gestion locale et risque pénal».