

[Jurisprudence] Favoritisme : condamnation de l'agent qui n'est pas intervenu dans la procédure d'attribution

Réf. : Cass. crim., 7 septembre 2022, n° 21-83.121, FS-B [N° Lexbase : A18848HA](#)

N2875BZI



par Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie

le 10 Octobre 2022

Mots clés : favoritisme • délégation de service public • savoir-faire • compétences techniques • avantage injustifié

Un agent public peut être poursuivi du chef du délai d'octroi d'avantage injustifié alors même qu'il n'est pas intervenu dans la procédure de passation d'un contrat de la commande publique.

Aux termes de l'article 432-14 du Code pénal [N° Lexbase : L7454LBP](#), qui incrimine le délit d'octroi d'avantage injustifié — plus connu sous le **nom de délit de favoritisme** — « est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros, dont le montant peut être doublé ou porté au double du produit tiré de l'infraction, 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 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 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 contrats de concession ».

Les dispositions de l'article 432-14 du Code pénal déterminent ainsi une liste exhaustive des personnes susceptibles, à raison de leur qualité, d'être l'auteur du favoritisme, qui comprend notamment les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission de service public ou investies d'un mandat électif public. Soit, à titre d'illustration, les maires, présidents d'établissement public de coopération intercommunal, les dirigeants de sociétés d'économie mixte locale, les ordonnateurs... mais aussi les agents publics **ayant participé à la mise en œuvre de la consultation**.

attributaire de la délégation de service public de restauration scolaire, des informations précises, notamment, sur les prix, dans le cadre de la consultation pour l'attribution de ladite DSP, au détriment des autres candidats et soumissionnaires. Précision d'importance : l'agent était employé, **à temps partiel**, à la fois pas le candidat sortant, et par l'autorité délégante.

L'agent n'exerçait aucune fonction, et ni aucune prérogative déterminante, en droit comme en fait, dans le cadre de la procédure de passation de la délégation de service public. En particulier, il n'avait aucun pouvoir de décision sur le choix de l'attributaire, ni de tâche relative à l'analyse des offre. Cette circonstance **ne l'exclut pas du périmètre des auteurs susceptibles** de commettre le délit de favoritisme.

La Cour de cassation relève, en suite de la cour d'appel, que l'agent « jouait un rôle déterminant dans l'organisation de la restauration scolaire », notamment en ce qu'il cumulait « les fonctions de responsable du restaurant » pour le compte du candidat sortant dans le cadre de la DSP en cours et « des fonctions d'agent territorial en charge des missions que la commune ne pouvait déléguer dans ce domaine ». L'agent est ainsi regardé, au regard de ses fonctions effectives, comme « la cheville ouvrière de la restauration scolaire de la ville, interlocuteur incontournable de la mairie pour tout ce qui avait trait à ce sujet ». Le prévenu « disposait ainsi du pouvoir d'intervenir dans la procédure d'attribution de la DSP au regard des multiples missions qu'[il] assumait, de sa connaissance approfondie du fonctionnement de la restauration scolaire, du rôle qu'[il] jouait tant au sein de la mairie que du groupement en charge de la DSP pour la mise en œuvre de la politique municipale de restauration scolaire et de l'expertise qu'[il] apportait en la matière aux élus ».

En d'autres termes, **le savoir-faire et les compétences techniques** dont dispose l'agent, en considération de son affectation, lui permettait, d'une part, d'avoir accès à des informations privilégiées et, d'autre part, d'influer sur la procédure de publicité et de mise en concurrence. En l'espèce, plus précisément, il était reproché à l'agent d'avoir fourni au soumissionnaire, futur attributaire, des informations privilégiées, lui permettant d'optimiser son offre dans le cadre des négociations. L'agent est donc coupable d'avoir procuré à l'attributaire un avantage injustifié de nature à porter atteinte au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les contrats de la commande publique.

Ainsi, le périmètre des auteurs potentiels du délit de favoritisme **ne se limite pas aux élus et aux personnels assumant des pouvoirs de choix ou de direction** ; il peut également s'agir d'un agent d'exécution, dès lors qu'il joue, en fait et de manière concrète, un rôle déterminant dans le choix de l'attributaire, en violation des règles du code de la commande publique.

À retenir

La plus grande prudence s'impose aux agents publics et aux élus, à l'égard des sociétés candidates à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Un soin tout particulier doit être mis en œuvre pour la prévention des situations de potentiel conflit d'intérêt, par l'information des acteurs concernés et la mise en place de procédures internes de signalement.

© *Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable*