



Favoritisme et corruption

Rozen Noguellou

DANS **REVUE FRANÇAISE DE FINANCES PUBLIQUES** 2019/3 N° 147 , PAGES 45 À 54
ÉDITIONS **LEXTENSO**

ISSN 0294-0833

DOI 10.3917/rffp.147.0045

Date de mise en ligne : 09/09/2024

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-revue-francaise-de-finances-publiques-2019-3-page-45?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour Lextenso.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur cairn.info/copyright.

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Favoritisme et corruption

Rozen NOGUELLOU*

RÉSUMÉ

Le délit de favoritisme présente les caractéristiques d'une infraction très large dont le champ d'application comme les éléments constitutifs sont particulièrement difficiles à cerner et dont les conséquences sont particulièrement sévères.

The misdemeanour of favouritism has the characteristics of a very wide-ranging criminal offence, the jurisdiction and the components of which are particularly difficult to define. The consequences for this type of crime are especially severe.

Le Code pénal prévoit deux délits distincts : la corruption d'une part, le délit de favoritisme d'autre part. Le favoritisme est donc autre chose que la corruption même si, on y reviendra, les deux peuvent se retrouver. Il est aussi plus récent puisqu'il a été institué par la loi du 3 janvier 1991, laquelle a accompagné la création d'une mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public de la création d'une nouvelle incrimination, le délit de favoritisme.

Le délit de favoritisme n'est d'ailleurs plus désigné comme tel dans le Code pénal. Il est défini comme le délit « d'avantage injustifié »

* Professeur à l'Université Paris I (École de Droit de la Sorbonne).

en matière de commande publique. Plus précisément, aux termes de l'article 432-14 du Code pénal :

« Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 euros, dont le montant peut être 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'État, 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 ».

La rédaction de cette disposition a évolué pour prendre en compte les transformations du droit de la commande publique : sont ainsi visés les contrats de « concession » et non les seules conventions de délégation de service public. L'objectif demeure le même : s'assurer que les règles encadrant la passation des contrats de la commande publique soient bien respectées par les élus et, plus largement, ceux qui doivent les mettre en œuvre.

On relèvera à cet égard que contrairement à d'importants pans du droit de la commande publique, le délit de favoritisme n'a pas d'origine européenne. Si le droit européen a cherché à renforcer l'effectivité des règles de passation posées par les directives, il l'a fait par un mécanisme de recours devant le juge « civil », qu'il s'agisse du juge administratif si le contrat est administratif ou du juge judiciaire s'il est de droit privé. Cette voie de droit est le référé précontractuel, qui peut conduire à la remise en cause du contrat, mais pas à la condamnation des donneurs d'ordres.

Le délit de favoritisme a donc une origine interne et un but différent de celui poursuivi par le droit de l'Union européenne. Il ne s'agit pas d'assurer la libre concurrence entre entreprises : l'objectif de ce délit est clairement la lutte contre la corruption.

Les enjeux sont importants : l'attribution des marchés publics et des concessions est un moment « propice » à la corruption. Les sommes en jeu peuvent être importantes, les contrats couvrir de nombreuses années (notamment pour les concessions) et il est évident qu'il est nécessaire

d'encadrer ce moment particulier qui est celui de l'attribution du contrat public.

On rappellera qu'à l'origine les règles relatives à l'attribution des marchés publics poursuivaient un objectif de protection des deniers publics, ce qui était évidemment en lien avec la corruption, mais vu de l'administration. Cet objectif s'est peu à peu dilué dans un autre objectif, venant du droit de l'Union européenne, qui est d'assurer la libre et égale concurrence entre entreprises. Le lien avec la corruption existe là encore, mais on passe du point de vue de l'administration à celui des entreprises : la corruption a en effet des incidences dévastatrices sur le jeu de la concurrence entre entreprises.

On devrait donc se féliciter de l'existence de cette infraction, laquelle participe à l'exigence de probité publique.

Il nous semble toutefois qu'une appréciation plus réservée peut être faite. Le délit de favoritisme, tel qu'il est défini, soulève en effet de nombreuses questions. Dans le même temps, il fait planer sur les élus un risque pénal qui peut paraître disproportionné. En d'autres termes, on se trouve face à une infraction très large, dont le champ d'application (I) comme les éléments constitutifs (II) sont difficiles à cerner et dont les conséquences sont particulièrement sévères (III). Il convient dès à présent d'observer que cela peut conduire à des comportements frileux de la part des collectivités publiques, qui vont hésiter à recourir à tel ou tel montage contractuel, voire même, parfois à des comportements contre-productifs pour les finances publiques.

I. – UN CHAMP D'APPLICATION LARGE

Le délit de favoritisme a un champ d'application particulièrement large, qui tient à l'évolution des textes et de la jurisprudence sur la commande publique.

A. S'agissant des contrats

Le champ d'application de l'infraction s'est étendu à la suite des réformes du droit de la commande publique. À l'origine, seuls les marchés publics étaient visés, puis, à partir de 1993 et de la loi Sapin, les conventions de délégation de service public ont été ajoutées. Désormais, l'infraction vise à la fois les marchés et les concessions.

Un certain nombre d'observations peuvent être faites sur ce point.

On relèvera, d'abord, que le champ du délit de favoritisme n'est pas lié au fait que le contrat soit un contrat administratif. Ainsi, les marchés publics et les concessions soumis au droit privé (notamment parce que le donneur d'ordre n'est pas une personne publique), entrent dans le champ de l'infraction.

Par ailleurs, tous les contrats susceptibles d'être qualifiés de marchés publics et de concessions entrent dans le champ de l'infraction. Avant l'intervention des textes de 2015 et 2016 relatifs à la commande publique, c'est-à-dire alors qu'il existait des marchés publics soumis au code des marchés publics et d'autres qui étaient régis par d'autres textes (tout particulièrement par l'ordonnance du 6 juin 2005), la Cour de cassation avait pu indiquer que : « *il résulte des termes de cet article qu'il s'applique à l'ensemble des marchés publics et non pas seulement aux marchés régis par le Code des marchés publics, lequel a été créé postérieurement à la date d'entrée en vigueur dudit article dans sa rédaction actuelle ; que ces dispositions pénales ont pour objet de faire respecter les principes à valeur constitutionnelle de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; que ces principes, qui constituent également des exigences posées par le droit de l'Union européenne, gouvernent l'ensemble de la commande publique ; qu'il s'en déduit que la méconnaissance 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, et, notamment, de son article 6, qui rappelle les mêmes principes, entre dans les prévisions de l'article 432-14* »¹.

De ce point de vue, une question se pose pour les marchés publics et les concessions qui sont bien des marchés et concessions mais qui échappent à toute procédure de passation *stricto sensu* parce qu'ils relèvent de la catégorie des contrats *in house*. Sont-ils néanmoins concernés par le délit de favoritisme ?

La question est d'autant plus importante que l'on assiste à une multiplication des structures intervenant *in house*. On commencera par relever que les contrats *in house* sont bien des marchés publics et des concessions : ils bénéficient juste d'une dérogation quant aux règles de passation en raison de la qualité du cocontractant. Par ailleurs, l'article 432-14 vise l'avantage procuré à « autrui » sans faire de distinction selon la qualité de l'opérateur économique. Cependant, l'objet de l'infraction est de s'assurer que « la liberté d'accès et l'égalité

1. Cass. crim., 17 février 2016, n° 15-85363

des candidats » sont respectées, ce qui suppose, en principe, l'existence de procédures de passation, lesquelles n'existent pas ici. Il nous paraît pourtant impossible d'écarter les marchés et concessions *in house* du champ de l'infraction. Le problème existait déjà antérieurement avec les marchés dits « exclus » des procédures parce que d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées : le juge judiciaire n'avait pas hésité à les faire entrer dans le champ du délit de favoritisme. On relèvera, à tout le moins, que la question de savoir si l'on se trouve ou non dans le champ du *in house* peut donner lieu, si elle est mal résolue, à la constitution du délit de favoritisme. La Cour de cassation l'a jugé à propos de l'attribution sans mise en concurrence d'un marché à une société d'économie mixte qui ne pouvait pas bénéficier de l'exception du *in house*².

On relèvera enfin, même si cela peut paraître contradictoire avec l'idée selon laquelle le délit de favoritisme pose problème par le caractère extensif de son champ d'application, que la liste des contrats visés est insuffisante. On peut en effet se demander pourquoi ce champ devrait être réduit aux seuls contrats de la commande publique. Dès lors qu'il s'agit d'imposer aux collectivités publiques des comportements vertueux pour assurer tant la probité que le jeu de la concurrence, ce champ paraît trop limité. Il est ainsi surprenant que les conventions d'occupation du domaine public ne soient pas dans le champ et que l'on n'ait pas profité de l'ordonnance du 19 avril 2017 pour les inclure. Ces conventions peuvent, lorsqu'elles présentent de lourds enjeux économiques, donner lieu à du favoritisme. Puisqu'elles font désormais l'objet d'une procédure de passation, il pourrait être opportun de les viser expressément.

De même, le référé précontractuel a été étendu à la constitution des SEMOP (sociétés d'économie mixte à opération unique), qui constituent un mode institutionnel de réalisation de commandes publiques. La même extension devrait se retrouver pour le délit de favoritisme car on voit bien comment le choix d'un actionnaire dans une structure de ce type peut donner lieu à des comportements déviants.

B. S'agissant des personnes

En vertu de l'article 432-14, l'auteur du délit de favoritisme peut être « une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée

2. Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-88373

d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte nationales 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 ».

Ainsi – largement – défini, ce champ d'application vise à la fois des personnes relevant de collectivités publiques et d'autres qui peuvent relever de personnes privées.

S'agissant du côté « public », ne sont *a priori* visées que des personnes physiques. Peut-on pour autant envisager la mise en cause, pour favoritisme, d'une collectivité locale ? Cela paraît difficile dans la mesure où le Code pénal ne permet la mise en cause de la responsabilité pénale des personnes publiques que pour des infractions commises dans le cadre d'activités susceptibles de faire l'objet de délégation de service public (C. pénal, art. 121-2). Or l'activité en cause en l'espèce est la passation d'un contrat public, laquelle ne peut, naturellement, faire l'objet d'une telle convention. C'est d'ailleurs une partie de la difficulté : seuls les individus peuvent voir leur responsabilité pénale engagée pour une infraction dont le caractère véritablement intentionnel est pourtant assez discutable (ou, à tout le moins, l'est dans un grand nombre de cas).

Cela étant dit, le spectre des personnes physiques visées est large : on y trouve aussi bien des élus (personnes investies d'un mandat électif public) que des administratifs (agents de l'État, des collectivités territoriales...). Tous les agents sont donc concernés, y compris ceux relevant de services techniques.

Les personnes affiliées à des personnes publiques ne sont pas seules concernées. Les personnes relevant de sociétés d'économie mixte (nationale ou locale) le sont également. Plus largement, sont visées les personnes « chargées d'une mission de service public ». Il y a d'ailleurs là une rédaction un peu étonnante dans la mesure où seules des personnes morales peuvent être chargées d'une telle mission : on doit donc considérer que les sociétés à qui sont confiées des concessions de service public (le texte pénal étant d'interprétation stricte, seules les concessions de service public sont concernées), peuvent voir leur responsabilité pénale engagée s'il apparaissait qu'elles auraient d'une manière ou d'une autre favorisé autrui pour l'obtention d'un marché ou d'une concession (ce qui pourrait être le cas, par exemple, de l'intervention d'une de leurs filiales).

Enfin, on relèvera que l'entreprise privée bénéficiaire de l'infraction peut également voir sa responsabilité pénale engagée pour complicité ou recel de délit de favoritisme.

II. – DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU DÉLIT ENGLOBANTS

Comme tout délit pénal, le délit de favoritisme suppose la réunion de trois éléments constitutifs : un élément matériel, un élément oral et un élément légal. Sur ces trois points, une conception particulièrement extensive de l'infraction a été retenue et, surtout, une conception de l'infraction qui ne fait aucun cas de l'intention véritablement délictuelle de la personne en cause.

a) S'agissant de l'élément matériel – c'est-à-dire du fait de conférer un « avantage injustifié » –, celui-ci découlera de l'attribution du contrat en violation des règles applicables. Il n'est donc pas nécessaire que l'auteur de l'infraction se soit enrichi ou qu'il ait tiré un bénéfice quelconque de la commission du délit.

b) L'élément légal tiendra à ce que l'autorité administrative (ou assimilée) en cause a adopté 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 concessions ».

Cela soulève plusieurs problèmes. Il convient, d'abord, d'identifier les règles applicables : sont naturellement concernées les règles figurant dans les deux ordonnances (marché public et concessions) et leurs textes d'application (et qui seront prochainement codifiées dans le Code de la commande publique), ce qui entraîne l'application des principes généraux de la commande publique – à savoir liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats et transparence des procédures. Ainsi, les principes de la commande publique peuvent trouver à s'appliquer, ce qui a pour incidence que des contrats exclus de toute obligation procédurale peuvent néanmoins entrer dans le champ du délit de favoritisme³.

L'autre difficulté tient à ce que les règles applicables aux contrats de la commande publique sont parfois complexes à suivre. Il faut, dans un premier temps, identifier le contrat et l'on sait que la distinction entre marché public et concession – fondée sur le risque – est tout sauf simple à mettre en œuvre. Dans le même ordre d'idées, la frontière

3. V. pour un marché à procédure adaptée : Cass. crim., 14 févr. 2007, n° 06-81924.

entre contrats entrant dans le champ d'obligations procédurales précises comme les marchés et les conventions de délégation de service public et contrats soumis à des règles plus souples, comme par exemple les conventions domaniales, peut être difficile à tracer⁴. Enfin, même quand la qualification du contrat est évidente, il est possible d'hésiter sur les règles procédurales devant être respectées (pour ne donner qu'une illustration, certaines procédures comme le dialogue compétitif ou la procédure négociée font l'objet d'un encadrement qui conduit souvent à s'interroger sur le point de savoir s'il est possible ou non d'y avoir recours).

Un dernier élément de complexité tient à ce que, dans le cadre du délit de favoritisme, les règles en cause vont être appliquées par le juge judiciaire alors qu'elles relèvent traditionnellement du champ de compétence du juge administratif. Le juge judiciaire est ainsi amené à se prononcer sur le respect de règles de passation complexes, qu'il n'a pas l'habitude de manier, ce qui peut même conduire à des solutions plus ou moins cohérentes entre les deux ordres de juridiction.

c) Enfin, et c'est sans doute la critique la plus forte que l'on peut faire au délit de favoritisme, l'élément intentionnel – requis par l'article 121-3 du Code pénal – est en réalité absent du champ d'application de ce délit. Plus précisément, le juge judiciaire considère que l'intention coupable est nécessairement avérée lorsqu'un élu ne respecte pas les règles encadrant la passation des contrats publics, l'élément intentionnel étant caractérisé par « l'accomplissement, en connaissance de cause, d'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 »⁵. Tout est dans le « en connaissance de cause », le juge pénal se montrant peu compréhensif à l'égard d'élus qui sont censés connaître la loi, y compris lorsqu'elle est complexe. On relèvera à cet égard que contrairement à la corruption, le délit de favoritisme ne suppose aucun enrichissement, aucun profit personnel, pour celui qui s'en est rendu coupable.

On a donc, avec le délit de favoritisme, une infraction pénale dont les contours sont particulièrement larges.

4. V. par exemple, les contrats de mobilier urbain qui, après, avoir été considérés comme des contrats domaniaux, ont été qualifiés de marchés publics (CE, 4 nov. 2005, Sté Jean-Claude Decaux, n° 247298 et 247299), puis, plus récemment, de concessions de services (CE, 25 mai 2018, Sté Girod Médias, req. n° 416825).

5. Cass. crim., 14 janvier 2004, n° 03-83396.

III. – UNE SANCTION TROP SÉVÈRE ?

À titre d'observations générales, on relèvera que ce délit obéit aux règles de prescription pénale, qui prévoient désormais un délai de prescription de six ans (courant « à compter du jour où les faits la consommant ont été commis » sauf si « les actes irréguliers ont été dissimulés ou accomplis de manière occulte », auquel cas le délai de prescription ne court, qu'à partir du jour où ils sont apparus et ont pu être constatés dans des conditions permettant l'exercice des poursuites⁶) et que l'action pénale peut être mise en mouvement par le préfet comme par des tiers, via une constitution de partie civile. De ce point de vue, les entreprises concurrentes peuvent évidemment agir puisqu'elles peuvent invoquer un préjudice civil. C'est aussi le cas des collectivités publiques pour lesquelles le délit peut engendrer un « surcoût de frais »⁷.

Aux termes de l'article 432-14 du Code pénal, peuvent être prononcées des peines de prison maximale de deux ans et une peine d'amende de 200 000 euros, pouvant être portée au double du produit tiré de l'infraction. La principale crainte des élus locaux réside toutefois dans la peine d'inéligibilité qui peut accompagner ces condamnations pénales. Jusqu'à une décision du Conseil constitutionnel du 11 juin 2010⁸, l'inéligibilité était automatiquement attachée à toute condamnation pour délit de favoritisme. C'est désormais au juge pénal d'apprécier l'opportunité de prononcer une telle peine complémentaire (C. pénal, art. 432-17⁹).

*

* *

Le délit de favoritisme a la grande vertu de renforcer l'effectivité des règles du droit de la commande publique. Les élus locaux sont désormais particulièrement attentifs au bon respect des règles applicables. Ce délit soulève toutefois d'importants problèmes d'application, liés, principalement, aux incertitudes que peut rencontrer l'application du droit des marchés publics et des concessions. Il paraît nécessaire de recentrer cette infraction sur les hypothèses traduisant de véritables dérives d'élus locaux et de réels manquements à la probité :

6. Cass. crim., 27 octobre 1999, n° 98-85214.

7. Cass. crim., 8 juin 1999, n° 98-82897.

8. Décision n° 2010-617 QPC, 11 juin 2010.

9. Celle-ci peut prendre la forme d'une interdiction des droits civils – et donc de l'inéligibilité – ou d'une interdiction d'exercer une fonction publique

cela impliquerait de renforcer l'appréciation portée tant sur le caractère intentionnel de l'infraction que sur l'élément matériel. Il ne faut en effet pas perdre de vue ce qui doit constituer l'objectif principal de cette infraction : sanctionner les comportements déviants et assurer la protection du bien commun. La violation des règles du droit de la commande publique ne devrait donner lieu à une sanction pénale que si l'on se trouve dans l'une de ces hypothèses.