



HAL
open science

Le délit dit de favoritisme ; La dialectique de l'utile et de l'efficace

Philippe Conte

► **To cite this version:**

Philippe Conte. Le délit dit de favoritisme ; La dialectique de l'utile et de l'efficace. Revue juridique de l'Océan Indien, 2006, 06, pp.93-106. hal-02543097

HAL Id: hal-02543097

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02543097>

Submitted on 25 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LE DELIT DIT DE FAVORITISME ; LA DIALECTIQUE DE L'UTILE ET DE L'EFFICACE

*Par Philippe CONTE
Professeur à l'Université de Bordeaux IV*

Il peut en être des lois comme des hommes ; certaines paraissent nées sous une mauvaise étoile, au point que tout leur destin en est marqué et que, bien qu'utiles, elles voient leur efficacité comme irrémédiablement affectée par ce vice originel.

La loi n°91-3 du 3 janvier 1991 sur la transparence et la régularité des procédures de marchés pourrait être du nombre, car si l'on trace – à la manière des astrologues – la carte du ciel de ce texte, on éprouve quelque inquiétude, tellement cette date du 3 janvier 1991 semblait vouée à être néfaste. En effet, votée dans le prolongement d'une succession d'affaires retentissantes et précédée par une curieuse amnistie encore dans toutes les mémoires, ce texte pourrait bien avoir dissimulé derrière la transparence revendiquée, quelques arrière-pensées plus opaques, de la part d'un personnel politique soucieux de blanchir sa réputation au moins autant que ses sources de financement. Or on conviendra qu'une loi conçue comme une entreprise publicitaire en faveur de ses propres auteurs est née sous de bien sinistres auspices, même aux yeux des électeurs les plus résignés au spectacle politique où les annonces prétendent suppléer les actes. De fait, la suite a montré, jusqu'à tout récemment encore, que cette volonté de rachat fut sans doute un vœux pieux puisqu'il ne semble pas que les marchés publics aient jamais cessé d'être une pompe à finances pour les partis politiques de toute obédience.

Pourtant la loi eut un avenir – au moins législatif –, mais conforme à ce destin tourmenté que les astres promettaient donc. En effet, son article 7, qui contenait l'infraction d'octroi d'un avantage injustifié – plus connue sous le nom de “ délit de favoritisme ” –, fut abrogé, mais pour mieux réapparaître en étant immédiatement intégré, pour ainsi dire à droit constant, dans le Code pénal nouveau, baptisé le 1^{er} mars 1994. Nouvelle naissance, nouvelle conjonction astrale pour un texte qui, ainsi, pouvait espérer être lavé de son péché originel, en faisant une entrée remarquée dans le temple du droit pénal, en son article 432-14 ? Toujours est-il que l'enfant fut en partie rejeté par son père, puisqu'il fut retouché par les lois n°93-122 du 29 janvier 1993 et n°95-127 du 8 février 1995, afin de lui donner meilleur visage. Entre temps, en effet, l'expérience avait révélé que le champ d'application de l'incrimination était trop étroit ; qu'aux marchés publics il fallait ajouter les conventions de délégation de service public et qu'à côté des organismes initialement visés, il était urgent de ranger certaines sociétés d'économie mixte, si bien qu'à l'issue de ces remaniements successifs, l'article 432-14, dans sa rédaction actuelle, réprime toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission

de service public ou investie d'un mandat électif public, toute personne 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, et encore toute personne agissant pour le compte de l'une de celles-là qui procure ou tente 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 conditions dans les marchés publics et les délégations de service public – on aura reconnu là, sans peine, le style du temps qui peinerait sans doute à subjugué un nouveau Stendhal.

Ainsi conçue, l'incrimination n'est pas dénuée d'ambiguïté ; elle paraît destinée à faire respecter les règles de la concurrence dans le secteur de “ l'économie publique ”, qui, effectivement, n'y est pas soustraite (C. com., art. L. 410-1). Le contenu en serait dès lors purement technique, voire technocratique, et dégage de toute préoccupation touchant à la morale politique. Si donc le texte procède d'une confession du législateur sur des pratiques inavouables, convenons qu'en la forme, il se présente comme un demi-aveu – au quart pardonné ? – ; inconfortable, cette position ne put d'ailleurs être longtemps tenue ; il a bien fallu ranger l'incrimination à un endroit et, assurément, on n'a pas choisi, pour le faire, quelque terrain neutre, comme le Code de commerce ou le Code des marchés publics. Le délit figure, dans le Code pénal, sous l'intitulé “ Des manquements au devoir de probité ”.

A ce titre, il côtoie d'autres infractions qui figuraient déjà dans l'ancien Code pénal, et en grand nombre ; la concussion, la corruption dite passive, le trafic d'influence dit passif, la prise illégale d'intérêt immédiate (“ le délit d'ingérence ”) ou différée, les destruction, soustraction et détournement de biens “ publics ”. Si la pérennité de ces incriminations à travers les âges (on pourrait presque remonter à Cicéron et à Verrès) atteste à elle seule leur nécessité, le fait que, pendant si longtemps, on n'ait pas éprouvé le besoin d'allonger leur liste peut faire douter de l'opportunité d'avoir introduit le délit de favoritisme en leur sein en 1991. Faut-il donc croire que, décidément, cette initiative du législateur ne fut qu'une campagne d'autopromotion réalisée par un détournement de la technique législative ? Si l'on consulte les recueils jurisprudentiels, où les décisions sont rares, ce soupçon ne peut qu'être renforcé, comme si l'incrimination nouvelle n'avait pas servi à grand chose. Envisagé sous cet angle particulier¹, ce sont donc deux questions que soulève l'article 432-14 ; était-il vraiment utile ? (I) Est-il réellement efficace ? (II)

¹ Qui ne permettra pas d'évoquer la totalité des difficultés soulevées par ce texte. Ainsi on ne s'interrogera pas sur le sens exact des expressions “ personne dépositaire de l'autorité publique ”, “ personne chargée d'une mission de service public ” ou encore sur la notion de société d'économie mixte locale (v. Crim. 16 janv. 2002, contr. et march. publ. 2002.116). Pour une étude d'ensemble, v. Matsopoulou, juris-cl. pénal, art. 432-14.

I/L'UTILITE DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PENAL

Peut-on croire à l'utilité d'une incrimination si peu avenante ? Mal née, mal rédigée, plusieurs fois retouchée, jamais vraiment revendiquée pour ce qu'elle est (un aveu – tardif – de pratiques intolérables), son étude n'intéresse-t-elle pas plus le spécialiste de la science politique que le juriste ? Pourtant, même s'il est exact que l'on peut de prime abord s'interroger (A), une analyse plus approfondie montre que ce délit sert bien à quelque chose (B).

A. Les incriminations traditionnelles garantissant la probité de l'“ administration ” (au sens large) couvraient un champ répressif tellement étendu que l'on doit mieux mesurer la nécessité qu'il y avait d'en accroître le nombre¹. A la diversité des comportements incriminés (1), s'ajoutait en effet la constance de certains choix de politique criminelle (2), le tout convergeant vers une répression laissant peu de place, apparemment, au “ vide juridique ”.

1. Quant à la diversité des comportements incriminés, tout d'abord, on notera que l'agent public (pour utiliser ce vocable commode) tombait déjà sous le coup de la loi qu'il fût vénal ou seulement partisan.

Ainsi, pour le premier, était-il réprimé s'il se comportait à la manière de l'auteur d'un abus de confiance, en soustrayant ou détournant divers actes ou fonds ou, plus largement, tout objet qui lui avait été remis en raison de ses fonctions ou de sa mission (art. 432-15)². De même, sont punissables ceux qui traitent leurs pouvoirs, actuels ou passés, à la manière d'une marchandise, dont ils pourraient faire commerce. Entre dans cette catégorie, selon l'article 432-11, l'auteur d'une corruption passive qui est coupable pour avoir sollicité ou agréé sans droit un avantage quelconque afin d'accomplir ou de s'abstenir d'accomplir un acte de sa compétence ou facilité par elle, à la façon dont est coupable de trafic d'influence passif celui qui, en vertu d'un tel accord, abuse de son influence réelle ou supposée pour faire obtenir d'une autorité ou administration publiques toute décision favorable ; semblablement, l'article 432-13 réprime celui qui, dans les cinq ans qui suivent l'expiration de ses fonctions publiques, monnaie son ancien titre pour obtenir, par exemple, en emploi dans une entreprise privée naguère soumise à son contrôle ou à sa surveillance. L'agent public partisan s'expose, quant à lui, aux peines du délit de prise illégale d'intérêt, défini par l'article 432-12 comme le fait d'avoir un intérêt dans une entreprise ou opération dont il a la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, à la manière dont il encourt les peines de l'article 432-10, incriminant la concussion sous ses deux variantes, l'une qui consiste à percevoir à titre de droits, contributions, impôts ou taxes, une somme non due ou excessive, l'autre à en accorder sans droit une exonération ou autre franchise.

¹ Cf Mescheriakoff, Le délit dit de favoritisme, *Pet. Aff.* 15 févr. 1995, p. 6 (“ On peut s'interroger sur le point de savoir si les délits antérieurs n'auraient pas été suffisants ”).

² Le texte réprime également la destruction.

On comprend sans peine, au vu d'une telle énumération, que par leur complémentarité, tous ces textes permettent de sanctionner pénalement une grande variété de comportements, y compris ceux en rapport avec un marché public ou une délégation de service public, ainsi que la jurisprudence en fournit d'ailleurs des illustrations. La corruption ou le trafic d'influence peut aisément constituer le moyen d'obtenir ou d'accorder un tel marché ou une telle délégation¹ – d'ailleurs l'article 432-11 prévoit expressément que l'on abuse de son influence pour l'attribution d'un marché –, la conclusion d'un marché peut être l'occasion d'exiger une somme non due² ou de nouer des relations qui permettront, plus tard, d'être embauché par l'entreprise privée qui l'a obtenu ; un marché peut aussi permettre à un agent public de commettre un délit d'ingérence en prenant un intérêt dans l'opération, à travers, par exemple, une société dont l'un de ses parents est le dirigeant³ – et l'on insistera pas plus avant sur la possibilité que les sommes engendrées par un tel marché soient éventuellement détournées par le comptable public.

2. Bien plus, la répression est d'autant plus aisée que, par delà leur diversité, ces infractions présentent des constantes communes à la plupart d'entre elles et qui reflètent le choix d'une politique criminelle très répressive.

D'une part, nombre de ces incriminations sont indifférentes à la production du résultat qu'elles entendent conjurer ; tantôt il s'agit d'infractions formelles, comme dans le cas de la concussion dans sa première variante⁴, de la corruption, du trafic d'influence et du délit d'ingérence, où le comportement incriminé reste punissable même si l'avantage escompté a échappé au coupable, tantôt, comme en matière de concussion, de soustraction et de détournement de bien public, la tentative est réprimée, solution d'un effet équivalent⁵.

D'autre part, plusieurs de ces délits répriment indifféremment l'agent public qui vient à succomber dans une occasion pour lui inopinée et celui qui la crée en faisant preuve d'initiative (situation remarquable, car considérée comme rare pour cette catégorie de la population) ; le concussionnaire reçoit mais aussi exige ou ordonne de percevoir la somme indue, le corrompu, dit pourtant passif, sollicite ou agréé l'avantage réclamé ou proposé, l'auteur d'une ingérence coupable prend, reçoit ou conserve l'intérêt illicite, l'ancien agent public prend, mais aussi reçoit un emploi dans l'entreprise privée qu'il a jadis contrôlée.

Or pareille solution facilite la répression dès lors qu'elle revient à ériger en infraction autonome, répréhensible comme telle, des comportements qui, sans cela, relèveraient, selon les cas, des règles de la complicité ou du recel de choses et dont

¹ Crim. 1^{er} oct. 1984, B. n°277, D. 1985.380, note Fenaux ; 9 nov. 1995, B. n°346.

² Crim. 16 mai 2001, B. n°124.

³ Crim. 3 mai 2001, B. n°106, Dr. pén. 2001.99, Rev. sc. crim. 2002.111, obs. Delmas-Saint-Hilaire.

⁴ S'agissant du fait d'exiger ou d'ordonner une perception indue ; peu importe que cette exigence ou cet ordre n'ait pas été suivi d'effet.

⁵ Il peut arriver que l'infraction formelle considérée voie sanctionner en outre sa tentative ; ainsi de la concussion (art. 432-10, al. 3).

la sanction serait alors dans la dépendance d'un fait principal devant être lui-même punissable.

Ainsi, en présence d'un arsenal pénal aussi impressionnant, comment ne pas être frappé des grandes possibilités répressives offertes dès avant la création du délit dit de favoritisme et, partant, comment ne pas douter de l'utilité réelle de celui-ci ? Cependant le tableau qui vient d'être dressé occulte les limites s'attachant aux incriminations existant antérieurement et de nature à justifier la création d'une incrimination nouvelle.

B. Certaines des infractions qui viennent d'être évoquées sont d'une efficacité mesurée en raison de difficultés de preuve. Or un fait délictueux qui existe mais que l'on n'est pas en mesure d'établir n'est guère éloigné, d'un certain point de vue, d'un délit inexistant. C'est précisément la raison pour laquelle il est possible de considérer que, parmi les textes qui répriment les manquements au devoir de probité pesant sur l'agent public, plusieurs ont pour but de surmonter ces obstacles, le favoritisme étant du nombre, ce qui explique son introduction dans notre droit positif et suffit, au moins sous ce rapport, à établir son utilité.

1. On se persuadera sans peine des difficultés de preuve que rencontrent les autorités de poursuites à partir d'observations simples.

Tout d'abord, lorsque le délit considéré a pour conséquence de procurer un avantage partagé entre les différents protagonistes de sa commission, l'espoir est faible de voir l'un d'entre eux se plaindre de l'opération ; le corrupteur comme le corrompu ont eu, par hypothèse, intérêt au pacte de corruption, chacun ayant obtenu ce qu'il escomptait, par exemple, l'agent public, la somme promise, l'entreprise, le marché public convoité ; la situation est la même en cas de trafic d'influence, du moins si cette influence était réelle et a été couronnée de succès, ou lorsque l'ancien fonctionnaire est embauché dans une entreprise qui peut compter sur son expérience – ou sur ses relations antérieures qu'on l'aura, au besoin, fortement encouragé à conserver vivaces.

Bien mieux, l'absence de dénonciation ou de plainte peut se produire même lorsqu'un seul des protagonistes de l'infraction en a profité ; on ne voit pas pourquoi le contribuable moyen viendrait protester avec la dernière des vigueurs contre l'exonération indue dont il a bénéficié (qu'il jugera d'ailleurs sans doute, quant à lui, totalement légitime) et vitupérer le concussionnaire qui, pour une raison obscure, lui a ménagé ce profit inespéré.

Ensuite, lorsque ces avantages partagés procèdent d'un accord, comme dans le cas d'un pacte signé entre le corrompu et son corrupteur ou l'auteur d'un trafic d'influence et son " client ", il ne sera pas aisé d'en trouver trace ; il est douteux que les intéressés aient insisté pour en faire dresser un acte authentique – toute révérence gardée au secret notarial. Semblablement, l'ancien fonctionnaire et l'entreprise qui l'a accueilli peuvent avoir la tentation de dissimuler la teneur réelle de leur entente, le premier recevant, par exemple, une participation dans le capital de la seconde par l'intermédiaire d'un prête-nom.

Enfin, la corruption et le trafic d'influence supposent classiquement une chronologie des opérations ; l'avantage reçu ou octroyé doit faire suite au pacte intervenu entre les parties, celui-ci devant expliquer celui-là.

Or la preuve de ce lien de causalité et, partant, de l'antériorité du pacte est nécessairement tâche ardue pour les autorités de poursuites. Certes, la jurisprudence a limité les inconvénients de cette exigence¹, que le législateur a d'ailleurs voulu faire disparaître en modifiant l'article 432-11 ; mais la première ne peut pas tout, le second n'a rien su changer², de telle sorte que la difficulté demeure.

Confronté à ces obstacles, qui sont donc particulièrement prononcés pour la corruption et le trafic d'influence, le législateur a la possibilité de recourir à différents procédés.

2. Les insuffisances qui viennent d'être relevées peuvent être comblées *a priori* de deux manières ; en instaurant des infractions dont les éléments constitutifs permettent d'éviter les difficultés probatoires ou en prévoyant des procédures facilitant l'obtention de la preuve désirée. Or c'est précisément ce que réalise le délit de favoritisme.

Même si l'expression n'est pas juridiquement d'une totale rectitude, il est possible en effet de présenter ce délit comme une sorte de corruption ou de trafic d'influence présumés. L'affirmation peut certes surprendre, mais la solution n'est pas sans précédent. C'est ainsi qu'il existe des " présomptions " de recel de choses ; s'il n'est pas toujours aisé d'établir qu'une personne tire profit d'un trafic de drogue, le législateur a pu, en partie, contourner l'obstacle en réprimant celui qui, en contact habituel avec des toxicomanes, a un train de vie qu'il est incapable de justifier (C. pén., art. 222-39-1). Or, certaines des infractions qui répriment les manquements d'un agent public au devoir de probité peuvent être envisagées de cette manière au regard de la corruption ou du trafic d'influence. En effet, ce n'est pas faire preuve, sans doute, d'un esprit excessivement soupçonneux que de penser à une collusion entre l'agent public et le contribuable lorsque le premier octroie indûment au second une exonération ou une franchise de droits, comme dans la seconde variante de la concussion (la concussion est une infraction intentionnelle et l'on peut donc s'interroger sur les raisons de cet altruisme curieux) ; on ne saurait davantage s'étonner si l'idée traverse l'esprit que l'embauche d'un ancien fonctionnaire par une entreprise qui fut soumise à son contrôle ou à sa surveillance pourrait bien être une récompense différée de largesses antérieures consenties en exécution d'un accord ayant échappé aux investigations.

¹ En considérant, notamment, que la régularité des avantages reçus suffit pour conclure à la caractérisation de cette chronologie ; v. par exemple Crim. 6 févr. 1968, B. n°37, Rev. sc. crim. 1968.850, obs. Vitu.

² L'art. 432-11, épouvantablement rédigé, ne permet pas, à s'en tenir à sa lettre, de parvenir au résultat poursuivi ; v. Etudes à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps, *L'art de légiférer se perd-il ?* Réflexions en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal, p. 307 ; Larguier et Conte, *Droit pénal des affaires*, 11^e éd., n°288.

Les limites de la corruption ou du trafic d'influence, résultant des exigences de preuve qu'engendre la présence d'un pacte parmi leurs composantes, ne sont donc pas sans remède ; il suffit de dissocier le couple que constitue l'avantage et sa cause, et de ne retenir parmi les éléments constitutifs du délit que le premier, comme s'il était non causé. Peu importe alors que le concussionnaire ait reçu une gratification en échange de l'exemption injustifiée, peu importe que l'ancien agent public ait attendu patiemment la récompense de sa compréhension passée ; s'ils échappent aux peines de la corruption, faute de la preuve du pacte requis, du moins relèvent-ils de sanctions pénales différentes, même moins élevées¹. Le délit de favoritisme procède exactement de la même technique d'incrimination, en reposant sur la seule exigence d'un avantage non causé procuré à l'entreprise candidate au marché. Nullement révolutionnaire par conséquent, cette infraction tient en quelque sorte le juste milieu entre la corruption, et la concussion, dans sa seconde variante, dont elle reproduit le modèle en l'adaptant au cas des marchés publics et des délégations de service public².

Sur cette lancée, il ne restait plus au législateur qu'à prévoir des règles de procédure adaptées. Tout d'abord, il a souhaité des agents de poursuites spécialisés, joignant leurs efforts aux officiers de police judiciaire, afin de faciliter la preuve de l'existence d'un délit de favoritisme. Il a donc créé la mission interministérielle d'enquête sur les marchés, dont les membres sont dotés de pouvoirs d'investigation étendus, au besoin sur autorisation judiciaire³. En outre, les juridictions financières, Cour des comptes et Chambres régionales des comptes, participent indirectement à cette collecte des preuves, en transmettant aux autorités judiciaires celles qu'elles possèdent au titre de leurs propres attributions. Ensuite, le délit de favoritisme relève de la compétence des juridictions spécialisées en matière économique et financière, pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement ; la procédure est donc confiée à un personnel policier et judiciaire rompu à ce type de délinquance et à même d'en déjouer les pièges⁴. Enfin, la jurisprudence a relayé ces efforts du législateur, en décidant de retarder le point de départ du délai de prescription de l'action publique à la date à laquelle l'infraction est apparue dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique⁵, solution qu'elle avait déjà consacrée pour d'autres infractions portant atteinte à la probité⁶.

¹ Deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende pour le délit de favoritisme, contre cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende pour la concussion, dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende en matière de corruption ou de trafic d'influence passifs.

² V. par exemple, pour un cas où le délit de favoritisme a été retenu alors qu'il aurait été aisé, semble-t-il, de conclure à une corruption si l'on avait fait l'effort de la prouver, Chambéry, 10 mai 2000, JCP 2000.IV.2766.

³ C. march. publ., art. 119 et s. ; L. 3 janv. 1991, art. 1 à 7.

⁴ C. pr. pén., art. 704.

⁵ Crim. 27 oct. 1999, 2 arrêts, B. n°238, 239, Rev. sc. crim. 2000.618, obs. Delmas-Saint-Hilaire.

⁶ V. pour la destruction, le détournement et la soustraction de biens publics, Crim. 10 mars 1992, Dr. pén. 1992. 197. Sur le report également du point de départ du délai de prescription de l'action publique en matière de prise illégale d'intérêts, v. Crim. 7 mai 1998, B. n° 157, Dr. pén. 1999. 128 ; 19 mai 1999, B. n° 100, Dr. pén. 1999. 139 ; 10 avril 2002, B. n° 84, Dr. pén. 2002. 105.

Sur ce point comme sur d'autres, le délit de favoritisme a donc opportunément complété le dispositif répressif, en permettant de surmonter les difficultés de preuve que soulèvent la corruption et le trafic d'influence. Dès lors, les premiers doutes dépassés, son utilité n'est pas contestable, si, du moins, le législateur a su être à la hauteur de la tâche ; il lui fallait encore garantir l'efficacité répressive de l'infraction nouvelle. Or, il faut convenir que, de ce point de vue, l'article 432-14 ne donne pas toutes les assurances.

II/ L'EFFICACITE DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PENAL

En s'efforçant d'instaurer, comme on vient de le voir, des règles de procédure qui permettent d'accéder aux éléments de preuve nécessaires, les parlementaires n'ont rempli qu'une partie des conditions présidant à l'efficacité de ce texte. Ils devaient aussi veiller à en proposer une définition qui soit adaptée à l'objectif affiché. Or, de ce point de vue, la tentation peut être double, partagée entre deux solutions d'ailleurs contradictoires ; cerner avec le plus de soin possible le domaine de l'incrimination à créer, cette précision étant le gage de l'efficacité souhaitée ; prendre le parti contraire, en considérant que plus les éléments constitutifs du délit seraient conçus de manière extensive, et plus ils pourraient servir à sanctionner un nombre étendu de comportements immoraux en rapport avec la conclusion de marchés publics ou de délégations de service public. La lecture de l'article 432-14 montre que le législateur a choisi cette dernière solution, ce qui n'est pas sans risque ; l'histoire témoigne de la fragilité d'infractions dont le contenu, trop vague, devait dissuader les juges d'en faire usage. D'ailleurs, dans sa volonté de faciliter l'application du délit de favoritisme, le législateur l'a circonscrit par des termes très imprécis, au point que la lettre du texte est fort embarrassée.

En somme, l'efficacité réelle de l'article 432-14 est doublement menacée ; par une structure formelle confuse (A) et par une structure matérielle trop extensive (B), si bien que des esprits chagrins pourraient se demander si ce n'est pas là le résultat que l'on souhaitait vraiment, sous couvert d'une volonté de moralisation de la vie publique affichée à bon compte, le texte ne parvenant pas, décidément, à se soustraire aux influences défavorables qui l'ont vu naître.

A. Par sa forme, l'article 432-14 plonge rapidement l'interprète dans la perplexité.

1. De prime abord, en effet, le comportement délictueux consiste dans le " fait de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié ", par une violation des 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 ce libellé ne suit pas l'ordre rationnel de présentation des composantes de l'infraction, en commençant pour ainsi dire par la fin ; l'acte incriminé est bien plutôt cette violation des dispositions légales ou réglementaires évoquées par le texte, dont l'effet est l'avantage injustifié qui en résulte pour autrui. Il est vrai que cette interversion, autrement dit, du moyen et de

son résultat pourrait n'être qu'une maladresse sans conséquence ; mais elle va bien au-delà ; étant acquis que l'infraction est intentionnelle¹, le contenu de cette intention est fort différent selon que l'on raisonne sur le résultat, sur le moyen ou sur les deux réunis. Dans le premier cas, l'intention doit être définie comme la volonté, chez l'agent, de procurer un avantage injustifié – ou de tenter de le faire –, en ayant conscience de commettre une violation des règles légales ou réglementaires d'attribution du marché ou de la délégation, si bien que l'intention s'applique aux deux composantes ; au dol général caractérisé par la conscience de violer les textes légaux ou réglementaires s'ajouterait un dol spécial de l'agent, procédant ainsi pour procurer l'avantage consécutif. Si au contraire l'élément intentionnel doit être caractérisé par référence au seul moyen (la violation des règles d'attribution), il est possible de conclure à la culpabilité même si le résultat, quant à lui, n'a pas été recherché par le coupable ; il peut avoir voulu violer la réglementation sans souhaiter pour autant procurer un avantage injustifié, résultat qui pourra en définitive être celui qui se sera produit et dont il devra répondre ; en pareil cas – qui suppose, il est vrai, que l'on prenne parti sur la notion, obscure, d'avantage "injustifié" – l'élément moral de l'infraction, comme il arrive, se mêlerait donc d'intention et d'imprudence, ce qui rendrait la répression plus facile².

2. L'obscurité du texte s'approfondit encore lorsque l'on observe à quel point sa lettre paraît tautologique³. Certes, de prime abord, l'infraction requiert la réunion de trois composantes distinctes ; la violation des dispositions légales ou réglementaires régissant l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public, un avantage et le caractère injustifié de celui-ci. Mais, à la réflexion, ces trois éléments pourraient bien n'en faire qu'un ; si l'avantage considéré se ramène au seul fait que l'un des candidats a bénéficié d'un traitement inégal au préjudice des autres, il ne se distingue guère de la violation des règles qui tendent précisément à instaurer une égalité de traitement ; et si cet avantage résulte d'une telle violation, n'est-il pas, par hypothèse, *ipso facto* injustifié ? C'est donc le moyen évoqué par l'article 432-14, la violation des règles d'attribution, qui paraît concentrer en lui toute la criminalité de l'infraction, puisque les exigences tenant à l'avantage procuré et à son caractère injustifié semblent superfétatoires, car toujours satisfaites. Ces imprécisions cumulées du texte pourraient bien être la rançon, par conséquent, d'une structure matérielle du délit à son tour défailante.

B. En effet, l'élément matériel du favoritisme est défini de manière trop extensive, même si cet excès est compensé, il est vrai, par la manière dont les juges exploitent les exigences tenant à son élément moral.

1. Conçu comme "l'acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de

¹ Beaucoup d'études, émanant de spécialistes du droit public, présentent la solution comme sujette à discussion ; en réalité, dès lors que l'art. 432-14 incrimine la tentative, la question ne se pose pas.

² En ce sens Crim. 14 janv. 2004, B. n°11, Dr. pén. 2004.50.

³ Cf T. Dal Farra, Un aspect du risque pénal dans la passation de la commande publique ; le délit de favoritisme, Gaz. Pal. 2000, 10 fév., p. 2.

traitement des candidats dans (*sic*) les marchés publics et les délégations de services publics”, le comportement incriminé donne le vertige ; ce renvoi global à une réglementation aussi étendue et complexe ne respecte guère les exigences du principe de la légalité criminelle ! Car même si toutes les règles ne sont pas ainsi visées, mais seulement celles qui ont l’objet fixé par l’article 432-14, il reste que leur nombre est encore élevé, d’autant que l’on peut hésiter au moment de déterminer, parmi toutes celles qui figurent par exemple dans le Code des marchés publics ou, pour les délégations de service public, dans le Code général des collectivités territoriales, celles qui se rattachent véritablement à la liberté d’accès et l’égalité de traitement – sauf à considérer que, par hypothèse, elles y tendent toutes...

On comprend, dans ces conditions, que pour donner figure plus avenante au délit – voire pour le mettre à l’abri d’un refus d’application par un juge répressif qui, soucieux de ses devoirs, le considérerait comme insuffisamment clair et précis –, la doctrine ait parfois suggéré d’en limiter l’ampleur par une notion étroite d’avantage. Celui-ci serait donc un élément à part entière de l’infraction, venant pallier les excès du précédent. Il s’agirait alors de le distinguer du seul bénéfice inhérent, pour un candidat, à l’inégalité de traitement dont ont souffert ses concurrents et de considérer qu’il procède de l’octroi du marché public ou de la délégation de service public. Mais, outre que des auteurs ont contesté qu’un marché puisse toujours être constitutif d’un avantage¹, la restriction dont semble porteuse cette interprétation est au fond illusoire, dès lors que la tentative du délit est punissable ; en pareil cas, faute de conclusion du marché ou de la délégation espérés, l’avantage sera inexistant et la criminalité de l’acte se ramènera à la seule violation des règles de leur attribution. Au demeurant, la jurisprudence ne s’embarrasse guère de ces discussions ; au gré de ses besoins, elle considère que l’avantage procède ici de l’inégalité de traitement², là de l’attribution du marché³.

Ainsi revenu au point de départ, on en vient à souhaiter que la limite au domaine trop large de la répression se trouve dans le caractère injustifié de ce mystérieux avantage. Mais pareille recherche risque à son tour d’être infructueuse. Pour qu’elle ait un sens, il faut commencer par renoncer à l’idée que l’avantage est nécessairement injustifié en tant qu’il procède d’une violation des règles législatives ou réglementaires. Mais comment un avantage illicite dans son procédé d’attribution pourrait-il demeurer cependant justifié dans sa nature⁴ ? On n’entrevoit que deux hypothèses.

En premier lieu, l’avantage serait justifié chaque fois qu’il aurait été semblablement octroyé à son bénéficiaire si les règles législatives et réglementaires avaient été scrupuleusement respectées. La solution promet bien des difficultés, car

¹ V. Matsopoulou, préc., n°16.

² Crim. 13 déc. 2000, B. n°374 ; 19 nov. 2003, Dr. pén. 2004.32.

³ Crim. 27 oct. 1999, B. n°238, Dr. pén. 2000.27, Rev. sc. crim. 2000.618, obs. Delmas-Saint-Hilaire.

⁴ Sur cette distinction, v. Roger, La notion d’avantage injustifié, JCP 1998.I.102.

elle impose que l'on réécrive l'histoire, avec tout ce que ce pronostic rétrospectif contient de contestable ; le juge répressif pourra-t-il toujours déterminer sans arbitraire qui aurait obtenu la décision favorable si la procédure s'était déroulée régulièrement ? La chose est bien douteuse, sauf dans des situations fort simples ; ainsi la présence, dans un jury de concours fort de dix membres, d'un juré partial¹ ne remet pas en cause l'attribution du prix si, par ailleurs, le candidat qu'il devait favoriser a remporté une majorité de neuf voix.

En second lieu, cet écart entre l'avantage illicitement obtenu et l'avantage néanmoins justifié pourrait résulter de la diversité des contrôles auxquels l'opération litigieuse se prête. En effet, dans le cas du Code des marchés publics, la réglementation, aussi minutieuse et détaillée soit-elle, ne dicte pas mécaniquement le choix de l'heureux candidat ; le respect formel des règles n'exclut pas un pouvoir d'appréciation au moment de retenir l'un plutôt que l'autre. Spécialement, il n'existe aucune obligation de retenir celui qui propose le prix le moins élevé, le Code privilégiant le " mieux disant ", plutôt que le " moins disant ", lorsqu'il vise " l'offre économiquement la plus avantageuse "². C'est dire que l'attribution d'un marché public relève de deux types de contrôle, l'un de régularité formelle, l'autre de fond. On conçoit dès lors que la décision adoptée, illicite lorsque décidée en violation des règles de procédure applicables, pourrait néanmoins être justifiée si, en définitive, elle se révélait avoir été conforme aux intérêts de la collectivité territoriale, de l'établissement public, etc. qui l'a prise. Mais si la solution ne peut être récusée d'emblée, elle suscite à son tour l'interrogation, car il n'est pas sûr que le principe de la légalité criminelle en sorte renforcé ; certes, le domaine potentiellement trop extensif de l'infraction est réduit, mais celui de l'arbitraire du juge en est corrélativement augmenté ! Cette crainte apparaît même d'autant plus justifiée lorsqu'on évoque certains des critères de choix offerts par le Code des marchés publics, qui font la part belle à la subjectivité ; ainsi de la règle³ qui permet au responsable du marché de tenir compte de la " qualité " des prestations promises par les candidats, du caractère innovant de l'offre ou, mieux (pire ?), de ses performances en matière d'environnement (ce qui peut mener fort loin, comme l'ont vu les auteurs de la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du Code des marchés publics lorsqu'ils croient nécessaire de rappeler que ce critère ne doit pas donner un pouvoir discrétionnaire à l'acheteur public ...). Et que dire des marchés pouvant être passés selon la procédure adaptée, en raison de leur trop faible montant⁴ ; ils échappent aux procédures formalisées par le Code des marchés publics, pour relever d'une procédure déterminée par l'acheteur lui-même, dans le respect des " principes " posés abstraitement par l'article 1^{er} dudit code, de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, de mise en concurrence et de préférence pour l'offre économiquement la plus avantageuse ;

¹ Sur l'exigence de jurés qui soient indépendants des participants au concours, v. C. march. publ., art. 25.

² C. march. publ., art. 1^{er}.

³ C. march. publ., art. 53, II.

⁴ C. march. publ., art. 28.

“insupportables comme les principes” avait certes coutume de dire Robespierre, mais il n’est pas certain que ceux dont il est question ici soient de cette veine. La souplesse ainsi octroyée dans la détermination de la procédure applicable paraît sans doute facile à endurer par ceux chargés de la définir puis de la mettre en œuvre – elle n’est insupportable que d’un autre point de vue, lorsqu’on la confronte à un autre principe, celui de la légalité criminelle qui, à l’évidence, est ici bafoué.

2. Le constat serait donc, on le voit, inquiétant, s’il n’existait une soupape de sécurité permettant de rendre viable le dispositif ; ce que l’élément matériel de l’infraction a potentiellement d’illimité, ou presque, est tempéré par l’exigence de la composante intentionnelle. En effet, et en dépit des incertitudes qui entachent le contenu de l’intention¹, les juges ont ainsi le moyen de ne conclure à l’infraction qu’en présence de manœuvres plus ou moins complexes qui révèlent une volonté de fraude caractérisée. De fait, les décisions de condamnation publiées entrent dans cette catégorie² ; le coupable fractionne artificiellement le marché pour rester en dessous des seuils fatidiques, il pose comme critère d’attribution du marché des exigences très particulières en sachant que seule l’entreprise désirée peut y répondre, il invoque une urgence inexistante pour s’affranchir de règles gênantes, il fournit à l’un des candidats des informations dissimulées aux autres afin de lui permettre de présenter une offre plus intéressante, etc.³ Mais, à notre connaissance, un agent public n’a jamais été condamné pour le seul caractère inopportun de sa décision finale, si, par ailleurs, aucune atteinte de ce genre aux règles de procédure n’a été relevée. Sans doute ces solutions ne peuvent-elles guère s’appuyer sur le texte lui-même ; mais elles ont du moins le mérite de le cantonner dans des limites raisonnables, à défaut desquelles, vraisemblablement, il risquerait de demeurer inemployé en raison de ses excès mêmes. D’ailleurs, il est significatif d’observer que lorsque l’attribution d’un marché public s’est réalisée dans des conditions d’illégalité moins manifestes que celles qui conduisent les tribunaux à invoquer l’article 432-14, les juges préfèrent fonder leur condamnation sur d’autres qualifications, spécialement celle de prise illégale d’intérêt⁴, voire celle de violation des règles de la concurrence telle qu’elle est incriminée par le Code de commerce (art. L. 420-6)⁵.

On pourrait donc avoir l’impression que l’on est revenu ainsi au point de départ ; les anciennes qualifications étaient bien suffisantes. Mais ce qui précède a montré que ce jugement serait injustement sévère ; quelle qu’aient pu être, à l’origine, les raisons véritables ayant présidé à sa création, le délit de favoritisme remplit son office, dès lors que les juges, avec sagesse, ont su le ramener à de justes

¹ V. supra I, A, II.

² V. circ. 2 juill. 1998, n°98.4/G3, qui relève une tendance des tribunaux à appliquer l’article 432-14 “avec une certaine bienveillance lorsque le choix de l’entreprise ne relève pas d’une véritable malhonnêteté”.

³ V. Matsopoulou, préc., n°21 et s., et les exemples jurisprudentiels cités.

⁴ Crim. 21 juin 2000, B. n°239 ; 3 mai 2001, B. n°106.

⁵ Crim. 16 mai 2001, préc.

proportions. Il reste que, pour y parvenir, ils ont dû prendre des libertés avec la lettre de l'article 432-14, en faisant peu de cas des exigences du principe de la légalité criminelle ; amère victoire à propos d'un texte décidément marqué d'un funeste destin et qui peine à dissimuler que, depuis 1991, les vieux démons n'ont pas disparu – ceux-là même qui ont déjà présidé à la disparition du précédent Code des marchés publics pourtant tout récent, mais vite jugé insupportable (comme les principes ?) par des élus désireux que se relâche la pression des contrôles (jusqu'au prochain scandale, qui nous vaudra de nouveaux discours vertueux).

Saint Denis, le 20 avril 2004

