

## CONTRATS PUBLICS

# Le délit de favoritisme peut-il s'étendre à l'ensemble des PPP?

A la lecture de l'article 432-14 du Code pénal, le délit de favoritisme n'est applicable qu'aux marchés publics et délégations de service public. Cependant, on peut se demander, vu l'évolution des textes et de la jurisprudence, si le champ d'incrimination ne pourrait pas être étendu à l'ensemble des partenariats public-privé (PPP).

OLIVIER WYBO, Avocat of Counsel et Solène Penisson, Juriste  
RACINE CABINET D'AVOCATS

La remise au président de la République, le 9 novembre 2012, du « rapport Jospin » portant sur la rénovation et la déontologie de la vie publique, montre l'importance accordée actuellement à une meilleure régulation des actions des décideurs publics. Ce rapport insiste notamment sur la notion de conflit d'intérêt et démontre ainsi la nécessité d'une éthique visant à différencier les intérêts purement privés de l'intérêt public. Par ailleurs, selon le rapport d'activité pour 2011 du service central de prévention de la corruption, remis au ministre de la justice fin juin 2012, le délit de favoritisme représente plus d'un tiers des affaires enregistrées en matière d'atteinte à la probité et à la corruption. Il s'agit donc d'un risque pénal que tous les dirigeants publics doivent avoir à l'esprit lors de la passation d'un contrat public.

Le délit de favoritisme ou d'octroi d'avantage injustifié est codifié à l'article 432-14 du Code pénal. Il permet de poursuivre des pratiques destinées à favoriser un candidat à un contrat public et ce, même si l'existence d'une contrepartie à l'agissement litigieux n'a pas été établie, contrairement aux infractions de corruption. Ce délit vise certaines personnes, limitativement énumérées (élus, fonctionnaires ou personnes chargées d'une mission de service public) et il est sanctionné par une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. L'article 432-17 du Code pénal

relatif aux peines complémentaires peut lui être appliqué (interdiction de certains droits civils et civiques).

### Une lecture stricte mais contestable

Institué par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, le délit de favoritisme était initialement prévu pour les marchés publics. Puis, son champ d'application s'est élargi aux délégations de service public (DSP) avec la loi Sapin du 29 janvier 1993. L'article 432-14 du Code pénal, tel qu'il est actuellement codifié, ne vise donc, parmi les partenariats public-privé (PPP), que les seules DSP.

Doit-on considérer pour autant que les autres formes de PPP, telles que la concession de travaux, le contrat de partenariat, l'autorisation d'occupation temporaire, le bail emphytéotique administratif et le bail emphytéotique hospitalier n'entrent pas dans le champ d'application de cet article ?

La loi pénale étant d'interprétation stricte, l'article 432-14 ne peut pas, en principe, être étendu à d'autres formes de contrats que les marchés publics et les DSP. Ce principe est énoncé à l'article 111-2 du Code pénal et consacré par l'article 7 de la Déclaration des

**Initialement prévu pour les marchés publics, le champ d'application du délit de favoritisme s'est élargi aux délégations de service public.**

droits de l'homme et du citoyen. Le Code pénal, en énonçant limitativement deux types de contrats publics exclut donc, en principe, les autres formes de PPP. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé, dans l'arrêt « Sueur et autres » (29 octobre 2004, n° 269814, 271119, 271357 et 271362), que le contrat de partenariat est exclu du champ d'application de l'article 432-14 du Code pénal. Mais, dans la même affaire, le juge a indiqué que ce type

de contrat est un marché public au sens de l'article 1er de la directive 2004/18/CE. Rappelons toutefois que la création de l'infraction de délit de favoritisme et son application aux DSP, par les lois précitées de 1991 et 1993, est antérieure à la création par le législateur des autres formes de PPP. C'est pourquoi, au regard des comportements que le législateur a entendu sanctionner en édictant cet article, il apparaît probable que l'infraction de délit d'octroi d'avantage injustifié pourrait s'étendre à l'ensemble des PPP.

### Le risque d'incrimination élargie

Plusieurs éléments laissent pressentir une extension de l'infraction d'octroi d'avantage injustifié à l'ensemble des PPP. Selon le Code pénal, le délit de favoritisme est constitué s'il réunit un élément matériel double (un avantage injustifié procuré à autrui et un manquement aux règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats) et un élément intentionnel (le fait que l'auteur a eu l'intention de violer la réglementation). Au regard de la jurisprudence pénale, c'est l'élément intentionnel qui occupe un rôle majeur dans la détermination de l'infraction. Ainsi, malgré le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, le juge peut présumer que l'intention est sous-entendue dans la commission même de certaines infractions. Pour la Cour de cassation, ce caractère intentionnel ne peut être présumé que lorsque des professionnels sont en cause (Cass.crim., 25 mai 1994, n°93-85205). La haute juridiction retient ainsi une « conception legaliste » de l'intention : la constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire impliquant de la part de son auteur l'intention coupable (Cass.crim., 24 mai 1994, n°93-85158). C'est bien l'intention de ne pas respecter les règles garantissant la liberté d'accès et d'égalité des candidats qui est sanctionnée par le juge pénal. Ces règles sont constituées par la

transcription, en droit interne, des principes communautaires de transparence, d'égalité de traitement, de proportionnalité et de reconnaissance mutuelle, découlant de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services (CE, 1er avril 2009, n°323585 et 323593). Il s'agit de principes généraux qui s'appliquent même hors du champ du droit de l'Union européenne (CE, 23 déc. 2009, n°330054) et dont le manquement est sanctionné par le délit de favoritisme. Ces principes étant applicables à l'ensemble des contrats de la commande publique, on conçoit donc mal que le champ d'incrimination soit limité aux marchés publics et aux DSP. Afin de sanctionner effectivement l'infraction de délit de favoritisme, le juge répressif, comme l'acheteur public, procède à la qualification du contrat. Il a, par exemple, requalifié les

**Au regard du Code pénal, le délit d'octroi d'avantage injustifié est constitué s'il réunit des éléments matériels et intentionnel.**

contrats passés par une association transparente en marchés publics (Cass.crim., 30 juin 2004, n°03-85946) ou lorsqu'un bail immobilier est conclu en lieu et place d'une DSP (Cass.crim., 25 janvier 2006, n°05-86449). Puis le juge pénal détermine la procédure

applicable en n'omettant pas les règles issues du droit communautaire. Il a ainsi estimé que, même si le code n'organisait pas de procédure particulière, les principes généraux de l'article 1er du Code des marchés publics sont applicables et sanctionnables au titre du délit de favoritisme (Cass.crim. 14 février 2007, n°0681924). Cette interprétation, qui semble donc s'écarter du principe de légalité des délits et des peines, est cependant considérée par la jurisprudence comme permettant des poursuites et des condamnations sur le fondement de l'article 432-14 du Code pénal.

Ces différents éléments laissent pressen-

tirune extension du délit de favoritisme à l'ensemble des PPP. Ainsi, en 2009, lors de l'examen de la proposition de loi relative à la simplification et à la clarification du droit et d'allègement des procédures, la commission des lois du Sénat avait adopté un amendement (rejeté par la suite) visant à clarifier la définition du délit de favoritisme, au motif que « certaines formes de commande publique échappent au délit de favoritisme sans aucune justification ».

Toutefois, malgré les tentatives infructueuses des parlementaires, il semble que le juge pénal ait récemment franchi le pas en étendant l'article 432-14 du Code pénal aux contrats de partenariat. La cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, dans un arrêt du 20 février 2012 (n° 12/00045) a, en effet, reconnu l'applicabilité de l'article 432-14 du Code pénal aux contrats de partenariat en ces termes : « Toute commande publique, quelque soit sa forme, qui a pour objet et finalité la satisfaction d'un intérêt général, s'inscrit dans l'accomplissement d'une mission de service public ; et toute personne en ayant la charge entre dans le champ d'incrimination de l'article 432-14 ». Cette décision s'inscrit dans le cadre d'une demande de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) rejetée faute de caractère sérieux (1).

Il appartient donc aujourd'hui au législateur, dans un but de sécurité juridique et pour éviter que le champ d'incrimination du délit de favoritisme ne soit défini à défaut par la jurisprudence, d'étendre cette infraction à l'ensemble des contrats publics et notamment des PPP.

(1) Au motif « qu'il appartient au juge du fond, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, d'inclure dans le champ d'incrimination, sans aucune forme de dénaturation, des situations contractuelles que le législateur de l'époque ne pouvait prévoir ». Cependant, en ne reconnaissant pas le caractère sérieux de la QPC qui lui avait été déférée, le juge d'appel tranche lui-même la question sans la transmettre à la Cour de cassation.

## CE QU'IL FAUT RETENIR

- Le délit de favoritisme ou d'octroi d'avantage injustifié (article 432-14 du Code pénal) permet de sanctionner des pratiques destinées à favoriser un candidat à un marché public ou à une délégation de service public. Il vise certaines personnes, limitativement énumérées (élus, fonctionnaires ou personnes chargées d'une mission de service public). Ce délit est puni d'une peine pouvant aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende.

- \* Initialement réservée aux marchés publics, l'infraction de délit de favoritisme a été étendue aux délégations de service public par la loi du 29 janvier 1993. Or depuis cette date, ont été créés de nouveaux contrats, mixant les secteurs public et privé, que l'on peut regrouper sous le terme générique de « partenariats public privé ». Malgré l'interprétation stricte de la loi pénale, il apparaît probable que le délit de favoritisme puisse s'appliquer à ces contrats.

- \* Une intervention du législateur est nécessaire, dans un but de sécurité juridique et pour éviter que la jurisprudence ne tranche par défaut. En effet, le délit de favoritisme s'applique aux manquements aux principes généraux du droit de la commande publique. Le juge pénal n'hésite donc pas à requalifier un contrat public pour sanctionner l'intention de violer les règles garantissant la liberté d'accès et d'égalité des candidats.