

PREP'AVOCAT

Droit pénal

SUPPORT PEDAGOGIQUE : le délit de favoritisme

Délict prévu à l'article **432-14** du Code pénal. Il s'agit du fait de porter atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats des marchés publics, en favorisant un des candidats, qui bénéficiera d'un avantage injustifié.

Elément matériel : le délit nécessite un auteur d'une qualité particulière, avec l'octroi d'un avantage injustifié en violation des règles de marchés publics.

S'agissant de l'auteur, est visé le dépositaire de l'autorité publique, le chargé d'une mission de service public ou une personne investie d'un mandat électif.

Cela peut également venir concerner la personne qui exercerait des fonctions de représentant, agent ou administrateur de l'Etat, de collectivités territoriales, établissements publics etc.

S'agissant de l'avantage injustifié, le texte ne donne pas plus de précisions à ce sujet. Il est volontairement large pour permettre en conséquence une plus large incrimination.

On pourrait considérer qu'un avantage injustifié serait par exemple l'octroi d'un marché public (qui est déjà une rupture d'égalité s'agissant de l'autre condition nécessaire), ou bien une information que n'aurait pas les concurrents sur le marché public.

S'agissant de la violation des règles de passation des marchés publics, il est nécessaire de caractériser une violation des dispositions législatives ou réglementaires s'agissant de l'accès au marché public (liberté et égalité des candidats).

Quid de la distinction entre délit de favoritisme et prise illégale d'intérêt ?

La prise illégale d'intérêt suppose la prise d'un intérêt par un agent public dans une entreprise ou une opération dont il a la charge d'assurer la surveillance.

L'exemple revenant le plus souvent (et mentionné dans le support pédagogique de la prise illégale d'intérêt) est celui du maire qui ferait attribuer un marché public à une entreprise dans laquelle il détient des parts sociales.

Le délit de prise illégale d'intérêt ne nécessite pas une violation des règles de passation des marchés publics : c'est la prise d'un intérêt qui va être réprimée.

Maintenant, qu'en est-il du cas où le maire violerait une disposition législative ou réglementaire s'agissant de l'attribution d'un marché public ?

La Chambre criminelle a été amenée à trancher la question sous le prisme du « non bis in idem », et a considéré que ces deux délits peuvent se cumuler, en ce qu'ils sont fondés sur des faits dissociables (Crim. 17 avril 2019, n°18-83.025)

Le favoritisme vise en effet les irrégularités commises en connaissance de cause par l'agent public (violation des règles des marchés publics), tandis que la prise illégale d'intérêt repose sur la seule décision prise d'attribuer le marché (avec un intérêt direct ou indirect donc).

Les deux délits peuvent donc se cumuler !

Elément moral : le favoritisme suppose un dol général, qui est la connaissance et la conscience de porter atteinte aux règles de passation d'un marché public, ainsi que d'un dol spécial qui est la volonté de procurer un avantage.

Peines encourues : 2 ans d'emprisonnement et 200 000€ d'amende, outre les peines complémentaires prévues aux articles 432-17 et 131-26-2 du Code pénal.