Le délit pénal d'octroi d’avantage injustifié ou de favoritisme lors des marchés publics

publié le **19/11/2011**, vu **20337 fois**, Auteur : Anthony BEM

La jurisprudence donne de nombreux exemples de cas où la procédure des marchés publics ou les règles légales de la commande publique n'ont pas été respectées. Or, les non-respects de ces règles sont susceptibles de pouvoir constituer un délit donnant lieu à poursuites et condamnations pénales de leur auteurs.

Article mis à jour le 11 mai 2014

En effet, l’article 432-14 du Code pénal défini le délit d‘octroi d’avantage injustifié ou de favoritisme comme le fait de « ***procurer ou 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 délégations de services publics*** ».

Les peines encourues sont de maximum deux ans d’emprisonnement et 30 000 € d’amende.

La caractérisation du délit d'avantage injustifié suppose la réunion des quatre conditions suivantes : un auteur jouissant d'une certaine qualité, un avantage injustifié, une faute.

1 - un auteur jouissant d'une certaine qualité

L’auteur des faits doit être « *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* ».

Ainsi, la jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner :

- le maire ;
- le président d’un conseil général ;
- le vice-présidentd’un conseil général et président de la commission des routes ;
- un conseiller général, président de la commission d’appel d’offres ;
- un agent gestionnaire de la cuisine centrale ;
- un directeur de la coordination des services techniques d’un conseil général.

Concrétement, tous les élus, agents, ou prestataires agissant pour leur compte et toutes les personnes qui disposent du pouvoir d’intervenir dans le cadre de la procédure de passation d’un marché public sont potentiellement concernés par cette infraction.

Peu importe à quel niveau de la procédure la faute se réalise, ce délit concerne le pouvoir adjudicateur et tous les intervenants de la procédure du marché public litigieux.

L'acte peu avoir lieu lors des actes préparatoires, de la publicité, de la mise en concurrence, de l'analyse des offres ou du choix du candidat.

2 - Un avantage injustifié

Au sens de l'article du Code pénal, procurer ou tenter de procurer, à autrui un avantage injustifié, c'est faire bénéficier ou tenter de faire bénéficier une personne d'un acte matériel, administratif ou juridique (information privilégiée, publicité réduite du marché, clause technique "sur mesure"...), constitutif d'une rupture aux principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics. Il faut que l'avantage injustifié ait été procuré à une tierce personne et non à soi même car dans ce cas il pourrait s'agir d'une prise illégale d'intérêts qui est un autre type de délit sanctionné par l'article 432-12.

3 - Un acte constitutif d'une faute

La faute est constituée par un avantage injustifié procuré « 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 ».

Le délit de favoritisme suppose donc que l'auteur ai violé une règle du Code des marchés publics.

La jurisprudence considère comme constitutifs d'une atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats fautive :

- le fractionnement anormal d'un marché pour s'affranchir des contraintes de la réglementation du code des marches publics tel le recours injustifié à la procédure des Marchés passés selon la procédure adaptée (MAPA) ;

- la communication d'informations privilégiées à un candidat ;

- la conception d'un cahier des charges « sur mesure » pour un candidat en particulier ;

- l'octroi de délais de réception des offres trop courts ;

- une définition des besoins permettant un choix arbitraire ;

- le non respect des critères de choix ;

- une publicité réduite ou inadaptée, etc …

Ainsi, la jurisprudence assimile « l'*acte contraire* » à toute forme d'irrégularité, même bénigne.

Les irrégularités sont très variées du moment qu'elles interviennent au cours d'un des stades des procédures de mise en concurrence, depuis l'estimation préalable du besoin et le choix de la procédure, jusqu'à l'attribution du contrat, en passant par la définition des critères, leurs conditions de mise en œuvre, l'appréciation des candidatures, la réunion des organes collégiaux, etc …

Enfin, si en principe les délits pénaux supposent une intention coupable de la part de leurs auteurs pour être sanctionnés, s'agissant du délit de favoritisme, la seule constatation de la violation d'une obligation légale ou réglementaire suffit.

Copyright © 2026 Légavox.fr - Tous droits réservés

En effet, le 14 janvier 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que l'élément intentionnel du délit de favoritisme est 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 services publics* (...) ».

Ainsi, il importe peu que la personne ai cherché à favoriser une entreprise en particulier ou ai cherché à tirer un enrichissement personnel.

Le 3 octobre 2011, la Cour de cassation a été saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité rédigée comme suit :

> « *Les dispositions de l'article 432-14 du code pénal qui ne prévoit pas de manière claire et précise les dispositions définissant les manquements qu'il réprime, sont-elles ou non conformes :*
>
> *- à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 qui dispose que nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ;*
>
> *- à l'article 34 de la Constitution qui dispose que la loi fixe les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables »*
> (Pourvoi c/ cour d'appel de Versailles, 21 janvier 2011 - QPC : C 11-82.961).

L'intention coupable qui est une des conditions du délit sera donc constituée par la simple violation en connaissance de cause des dispositions régissant les marchés publics, sans qu'il soit nécessaire de prouver une volonté de chercher à privilégier qui que ce soit.

La simple conscience de l'irrégularité commise est suffisante.

Cette « conscience » de l'irrégularité est en pratique déduite de l'expérience de l'auteur de l'infraction compte tenu de « *la durée de ses différents mandats à la date des faits et par sa fonction de président de la commission d'appel d'offres au conseil général* », de la longue expérience d'élu, de « *la qualité du prévenu, avocat et personnalité titulaire de plusieurs mandats électifs* ».

Cependant, en fonction des situations et avec l'aide d'un avocat pénaliste, il est souvent permis au prévenu mis en cause d'espérer une relaxe compte tenu de la complexité de la procédure.

Je suis à votre disposition pour toute information ou action.

PS : Pour une recherche facile et rapide des articles rédigés sur ces thèmes, vous pouvez taper vos "mots clés" dans la barre de recherche du blog en haut à droite, au dessus de la photographie.

Anthony Bem
Avocat à la Cour
27 bd Malesherbes - 75008 Paris
Tel : 01 40 26 25 01

Email : abem@cabinetbem.com

www.cabinetbem.com

Copyright © 2026 Légavox.fr - Tous droits réservés