

Jean-David Dreyfus, Professeur agrégé de droit public à l'université de Reims

On sait que la seule constatation de la violation d'une obligation légale ou réglementaire suffit pour qu'il y ait délit de favoritisme (défini à l'art. 432-14 C. pén.). Ainsi, la personne responsable du marché ne saurait échapper à toute mise en cause pénale au seul motif qu'elle n'avait pas cherché à favoriser l'entreprise choisie. Dans un arrêt du 14 janvier 2004 (Bull. crim. n° 11 ; D. 2004. IR. 470 [📄](#)), la Cour de cassation a en effet précisé que l'élément intentionnel du délit était 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 [...] ».

Toutefois, conformément à l'esprit du nouveau code des marchés publics, qui a souhaité privilégier la négociation et l'adaptation de l'offre à la demande dans le respect des principes de la commande publique, une circulaire recommande une certaine prudence lors de la caractérisation dudit délit (circ. CRIM05-3/G3-22.02.2005 du 22 févr. 2005 du ministre de la Justice).

L'article 1^{er} du code des marchés publics se bornant à l'affirmation du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics et à la détermination des objectifs poursuivis, c'est-à-dire la liberté d'accès à la commande publique, l'égalité de traitement et la transparence des procédures, on pouvait douter que sa méconnaissance pût suffire à caractériser le délit de favoritisme. Nul ne peut, en effet, être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi.

Pour autant, et tel est l'apport de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 14 février 2007, la méconnaissance de l'article 1^{er} du code des marchés publics, qui s'applique à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 (v. dans le même sens, CE avis 29 juill. 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, Lebon 297 [📄](#) ; AJDA 2002. 755, note J.-D. Dreyfus [📄](#)).

Très précisément, la Haute juridiction valide l'analyse de la cour d'appel aux termes de laquelle les dispositions figurant à l'article 1^{er}-I du code des marchés publics, qui édictent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, concernent tous les marchés publics sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme.

Cette question étant réglée, demeure celle de l'application du délit de favoritisme au-delà du code des marchés, en particulier aux marchés passés selon les procédures prévues par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

En premier lieu, il convient de constater que l'article 432-14 du code pénal détermine précisément son champ d'application.

En deuxième lieu, et en tout état de cause, il apparaît que la jurisprudence vérifie l'applicabilité du code des marchés publics avant de faire application de l'article 432-14.

Notamment, par un arrêt en date du 7 avril 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation relève que la juridiction d'appel a justifié sa décision de condamnation sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal dès lors qu'elle a « constaté que la réglementation relative aux marchés publics était, en l'espèce, applicable [...] » (Crim. 7 avr. 2004, D. 2004. IR. 1864 [📄](#)).

Ce faisant, la Haute juridiction considère que l'article 432-14 du code pénal ne tend pas à sanctionner l'ensemble des manquements pouvant intervenir en matière de commande publique, mais les seuls manquements au droit des délégations de service public et des marchés publics.

En troisième lieu, et eu égard au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale, il convient de penser que l'ordonnance du 6 juin 2005 est hors champ d'application de l'article 432-14 du code pénal.

Plus précisément, si la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la question, le principe d'interprétation stricte du droit pénal oblige à considérer que la notion de « marché public » à laquelle l'article 432-14 fait référence ne saurait recevoir une interprétation extensive tendant à ce qu'elle soit définie comme l'ensemble des contrats conclus par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices.

En application du principe de légalité des délits et des peines, il convient de s'arrêter à la volonté du législateur qui a entendu assortir certains manquements au droit des marchés publics ou des délégations de service public d'une sanction pénale.

Dans ces conditions, il y a lieu de penser qu'en l'absence de toute référence à l'ordonnance du 6 juin 2005, les dispositions de l'article 432-14 du code pénal ne trouvent pas à s'appliquer pour cette catégorie de marchés qui ne constitue pas à proprement parler des marchés publics.

On parvient à la même conclusion en analysant l'arrêt du Conseil d'Etat du 29 octobre 2004 *Sueur et autres* (AJDA 2004. 2383, chron. C. Landais et F. Lenica [📄](#) ; RFDA 2004. 1103, concl. D. Casas [📄](#)) aux termes duquel : « Considérant qu'en s'abstenant de modifier, pour les étendre aux contrats de partenariat, les dispositions de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence qui déterminent les compétences de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, les auteurs de l'ordonnance attaquée n'ont pas méconnu la portée de l'article 6 de la loi du 2 juillet 2003 ; qu'ils n'ont pas davantage méconnu cette portée en s'abstenant de modifier l'article 432-14 du code pénal pour étendre son champ d'application au cas où les agissements qu'il réprime seraient commis dans le cadre de l'attribution d'un contrat de partenariat ».

Il en ressort en effet que l'article 432-14 du code pénal ne trouve pas à s'appliquer pour les contrats issus de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat.

Une réserve s'impose cependant. Le juge pourrait considérer les marchés de l'ordonnance du 6 juin 2005 comme des marchés publics au sens de l'article 432-14 du code pénal (v. notamment F. Lichère s'agissant des contrats de partenariats : Les contrats de partenariat. Fausse nouveauté ou vraie libéralisation dans la commande publique ?, RD publ. 2004. 1568), cette ordonnance étant directement issue de la transposition de la directive communautaire n° 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

En application du principe de primauté du droit communautaire, le juge pénal pourrait retenir la qualification de « marché public » pour les

marchés conclus selon la procédure de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Un précédent jurisprudentiel ne va toutefois pas dans ce sens.

Ainsi, il résulte d'un jugement du tribunal correctionnel de Nanterre du 25 juillet 2002 que les marchés de La Poste, établissement public industriel et commercial, sont des marchés de droit privé n'entrant pas dans le champ d'application du délit de favoritisme.

Plus précisément, il résulte des termes de cette décision que :

« D'après la loi du 2 juillet 1990, «les relations avec les fournisseurs définies comme relevant en principe du droit commun, sont affranchies du code des marchés publics et suivent de nouvelles règles rassemblées dans le code des marchés de La Poste. Les mesures qu'il contient, simplifiées et moins directives dans le sens d'une souplesse de gestion plus importante, doivent être comprises comme des règles de déontologies à vocation interne et qui, par conséquent, ne sont pas opposables aux fournisseurs [...]».

Il résulte clairement de la lecture de ce document qu'il n'a nullement la valeur obligatoire pour les parties, que revêt le code des marchés publics, norme dont le respect s'impose aux contractants, aussi bien publics que privés. Le code des marchés de La Poste n'est qu'un règlement intérieur, à valeur déontologique, [...].

Enfin, La Poste n'a passé en l'espèce avec les sociétés en cause, que des marchés de droit privé, et non pas des marchés publics au sens de l'article 432-14 du code pénal.

Le code des marchés de La Poste, document interne, ne peut donc en aucun cas servir de fondement à l'application aux agents de La Poste, dans le cas d'espèce, de l'article 432-14 du code pénal. [...] » (T. corr. Nanterre 25 juill. 2002, aff. n° 9811001189).

Si cette décision est intéressante, elle ne saurait toutefois refléter l'état du droit en vigueur, l'intervention de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et de ses décrets d'application ayant eu pour effet et pour conséquence de donner aux règles de passation des marchés de La Poste un fondement légal et réglementaire.

Il n'en reste pas moins que le délit de favoritisme prévu et réprimé à l'article 432-14 du code pénal ne devrait pas trouver à s'appliquer s'agissant des marchés conclus par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices, au titre des dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005.

Mots clés :

MARCHE PUBLIC * Formation * Seuil * Délit de favoritisme * Application
RESPONSABILITE * Responsabilité pénale * Responsabilité de l'agent * Délit de favoritisme