

Délit de favoritisme : conséquences de la neutralisation jurisprudentielle de la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié



Thierry Dal Farra
Avocat Associé – UGGC Avocats

Délit de favoritisme (art. 432-14 du code pénal) ■ Refus de transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité et confirmation de l'automaticité de l'avantage injustifié, s'induisant nécessairement de toute violation des règles gouvernant la commande publique ■ Absence d'autonomie de la condition tenant à l'octroi ou à la tentative d'octroi d'un avantage injustifié ■ Extension de l'élément légal de l'infraction ■ Incompatibilité avec la jurisprudence du Conseil d'État.

Cour de cassation, Chambre criminelle n° 00759, 19 mai 2021.

RÉSUMÉ. La question prioritaire de constitutionnalité posée à la Cour de cassation était de savoir si, d'une part, l'absence de définition de la notion d'avantage injustifié par l'article 432-14 du code pénal caractérisait une incompétence négative du législateur et si, d'autre part et plus généralement, par l'effet de l'interprétation constante donnée par la jurisprudence de la Chambre criminelle à cette notion, sa neutralisation jurisprudentielle, conduisant à supprimer une des deux conditions mises par la loi à la constitution du délit, ne constituait pas une méconnaissance des droits et libertés garantis par la Constitution, dont notamment les principes de légalité des délits et des peines et d'interprétation stricte de la loi pénale.

La Cour de cassation refuse la transmission de la question, qu'elle juge irrecevable en tant qu'elle critique la non-conformité de la jurisprudence à la loi et non à la Constitution et dépourvue de caractère sérieux en tant que les éléments constitutifs du délit sont suffisamment caractérisés.

Ce faisant, elle réitère sa jurisprudence, selon laquelle l'avantage injustifié s'induit nécessairement de toute violation des dispositions législatives ou réglementaires gouvernant la commande publique, et retient des irrégularités commises en matière de passation des contrats de la commande publique une conception opposée à celle du Conseil d'État.

Arrêt

Le tribunal correctionnel de Caen, par jugement du 18 février 2021..., a transmis une question prioritaire de constitutionnalité dans la procédure suivie contre M. X..., du chef de favoritisme. [...]

1. La question prioritaire de constitutionnalité est ainsi rédigée : L'absence de définition de la notion d'avantage injustifié par l'article 432-14 du code pénal – ou par d'autres dispositions susceptibles d'en éclairer le sens – ainsi que la jurisprudence constante de la Cour de cassation qui neutralise la portée de cette condition confèrent-elles, eu égard aux conséquences qu'en a tirées ladite jurisprudence sur la caractérisation de l'infraction, un caractère inconstitutionnel aux dis-

positions dudit article, au regard des droits et libertés garantis par la Constitution et notamment des principes constitutionnels de légalité des délits et des peines et d'interprétation stricte de la loi pénale ?

2. La disposition législative contestée est applicable à la procédure et n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel.

3. La question, ne portant pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle.

4. L'article 432-14 du code pénal définit le délit de favoritisme comme le fait de procu-

rer ou tenter de procurer à autrui, par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public, un avantage injustifié.

5. La jurisprudence de la Cour de cassation considère que cet avantage injustifié s'induit nécessairement de la violation de la norme légale ou réglementaire gouvernant la commande publique.

6. La question est irrecevable en ce qu'elle critique la conformité de la jurisprudence de la Cour de cassation avec le libellé du texte législatif en cause.

7. Pour le surplus, la question ne présente pas de caractère sérieux en ce qu'elle invoque l'absence de définition de la notion d'avantage injustifié dans le texte en cause, les dispositions critiquées telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, définissant les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale de son auteur.

Par ces motifs, la Cour

Dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité,

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, le prononcé par le président en audience publique le dix-neuf mai deux mille vingt et un. ■

Commentaire

INTRODUCTION: LA NEUTRALISATION JURISPRUDENTIELLE DE LA CONDITION TENANT À L'OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ

Par l'effet de l'article 7 de la loi n° 91-3 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*, le législateur a introduit en droit français un délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité de traitement des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession¹, dit « délit de favoritisme ».

Codifiée à l'article 432-14 du code pénal, l'infraction prévoit qu'« *est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par 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* :

- *de procurer ou de 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 contrats de concession².*

Il est donc écrit que la caractérisation du délit suppose la réunion de deux éléments cumulatifs.

Il faut non seulement une violation des dispositions garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats aux marchés publics, mais encore que ladite violation, de la part de son auteur, ait eu pour objet ou pour effet

de procurer ou tenter de procurer à autrui un *avantage injustifié*.

Le législateur n'a toutefois jamais pris la peine de définir cette notion au sens de l'article 432-14 du code pénal, alors pourtant que l'expression n'a guère de sens, puisqu'on saisit mal comment et dans quels cas un avantage à autrui, c'est-à-dire à un candidat, pourrait être justifié en matière de passation des marchés publics et des concessions.

Cette lacune, d'autant plus regrettable qu'elle se double d'un illogisme apparent, a conduit à une lecture extensive du délit par la jurisprudence : la Chambre criminelle de la Cour de cassation juge depuis longtemps que la notion d'avantage injustifié résulte nécessairement de la méconnaissance des dispositions législatives et réglementaires gouvernant la passation des contrats de la commande publique, de sorte que les juges du fond n'ont pas à vérifier, en tant que telle, l'existence d'un tel avantage et doivent faire comme si le législateur n'avait pas employé l'expression³.

Par suite, alors que l'article 432-14 du code pénal, en dépit de ses réformes successives, a toujours prévu deux conditions à la constitution de l'infraction, il n'y en a finalement plus qu'une seule.

Le tribunal correctionnel de Caen a eu le mérite de demander à la Cour de cassation, par la voie d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC), si cette neutralisation jurisprudentielle, favorisée par l'absence de définition de la notion d'avantage injustifié, ne conduisait pas à une extension inconstitutionnelle de l'élément légal de l'infraction, en méconnaissance des principes de légalité des délits et des peines et de l'interprétation stricte de la loi pénale.

Si la Cour de cassation avait déjà été saisie de plusieurs QPC sur l'article 432-14 du code pénal, aucune ne concernait précisément la neutralisation de la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié⁴.

En jugeant que la QPC est, d'une part, irrecevable en tant qu'elle n'aurait critiqué que

la conformité de la jurisprudence à la loi et non à la Constitution (I) et d'autre part dépourvue de sérieux en tant que l'octroi d'un avantage injustifié *s'induit nécessairement* de toute violation des règles gouvernant la commande publique, de sorte que l'absence de définition de cette notion par la loi ne caractérise aucune incomptence négative du législateur (II), l'arrêt commenté du 19 mai 2021 de la Cour de cassation pose la question fondamentale de l'extension de l'élément légal du délit, par une ignorance assumée de la nature et des effets de l'irrégularité sanctionnée. De sorte que les jurisprudences répressive et administrative se contredisent, relativement aux conséquences à tirer des irrégularités affectant la passation des contrats de la commande publique (III).

I. L'IRRECEVABILITÉ DE LA QPC CRISTALLISE LA NEUTRALISATION DE LA CONDITION TENANT À L'OCTROI D'UN AVANTAGE INJUSTIFIÉ

A. L'irrecevabilité de la QPC sur la portée effective de la jurisprudence constante de la Cour de cassation sur la condition relative à l'octroi d'un avantage injustifié est contestable

1. Alors que la Cour de cassation avait jugé « *qu'aux termes de l'article 61-1 de la Constitution, la question dont peut être saisi le Conseil constitutionnel est seulement celle qui invoque l'atteinte portée par une disposition législative aux droits et libertés que la Constitution garantit ; que la question posée déduit une telle atteinte non du texte même d'une disposition législative mais de l'interprétation qu'en donne la jurisprudence ; que, comme telle, elle ne satisfait pas aux exigences du texte précédent* »⁵, le Conseil constitutionnel a jugé, au contraire, quelques mois plus tard, « *qu'en posant une question prioritaire de constitutionnalité, tout justiciable a le droit de contester la constitutionnalité de la portée effective qu'une interprétation jurisprudentielle constante confère à une disposition législative* »⁶.

2. Cela étant, le principe ainsi dégagé reste assez théorique.

À l'heure où les conflits d'intérêts et les atteintes à l'impartialité sont plus explicitement que naguère prohibés par la loi et désormais systématiquement traqués

par les autorités de contrôle ainsi que les juridictions administratives et répressives, il reste qu'aucune disposition procédurale n'empêche que la chambre même de la cour suprême dont la jurisprudence est visée par une QPC ne statue elle-même sur sa conformité à la Constitution.

Dans ces conditions, il n'est guère surprenant que la Chambre criminelle trouve rarement que sa propre jurisprudence confère une portée inconstitutionnelle à loi. Et même si elle devait parvenir à cette conclusion à l'issue d'une autocritique dévastatrice, il y a fort à parier qu'elle préférerait alors faire spontanément évoluer sa position, plutôt que de provoquer une censure explicite du Conseil constitutionnel.

Si, interrogé sur ce point, le Conseil d'État a jugé, sans guère s'en expliquer, « *qu'aucune règle ni aucun principe ne fait obstacle à ce qu'une des chambres de la Cour de cassation ayant contribué à forger, sur certains points, l'interprétation à donner de dispositions législatives statue, en application de l'article 61-1 de la Constitution, sur le bien-fondé du renvoi au Conseil constitutionnel d'une question de constitutionnalité mettant en cause la portée effective que cette interprétation jurisprudentielle a conférée à une disposition législative* »⁷, il reste qu'en pratique comme en droit, il serait sain qu'une autre formation, dédiée ou plus élevée que celle qui est à l'origine de la jurisprudence critiquée, statue sur la QPC qui vise à déférer celle-ci à l'examen du Conseil constitutionnel.

Il est vrai que le même principe devrait alors sans doute s'appliquer aussi au Conseil d'État, ce qui peut expliquer son peu d'empressement à identifier une lacune fautive des dispositions réglementaires du code de l'organisation judiciaire sur ce point.

3. Pour contourner la difficulté, la Cour de cassation rejette souvent comme irrecevables les QPC tirées de l'inconstitutionnalité de la portée effective que sa jurisprudence constante confère à une disposition législative, au motif qu'en réalité la critique du requérant porte sur sa non-conformité à la loi et non à la Constitution⁸.

C'est précisément ce que la Cour a décidé en l'espèce : la question est jugée irrecevable en tant que la neutralisation dénoncée de la condition tenant à l'octroi d'un avantage justifié ne critique que l'incompatibilité de la jurisprudence avec les termes de l'article 432-14 qui prévoient explicitement une telle condition, sans parvenir, ce fai-

sant, à démontrer sa non-conformité à la Constitution.

On peut toutefois douter de la pertinence de la réponse à la simple lecture de la question posée à la Cour.

En matière pénale, à partir du moment où l'infraction doit être intégralement définie par la loi et où celle-ci est d'interprétation stricte, conformément aux principes constitutionnels les mieux établis, une jurisprudence qui a pour effet de supprimer une des conditions légales relatives à la caractérisation d'une infraction est forcément de nature à conférer une portée effectivement inconstitutionnelle à la loi, dès lors que le justiciable dispose d'un droit fondamental à ne pas être exposé à l'arbitraire juridictionnel auquel conduit la méconnaissance des principes précités.

De sorte que, si la critique portant sur l'inconstitutionnalité de l'extension de l'élément légal de l'infraction pouvait ne pas être pas fondée, la question semblait à tout le moins recevable.

B. La neutralisation jurisprudentielle de la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié conduit à une jurisprudence contradictoire et imprévisible

1. En tant qu'elle devrait être, conformément à une interprétation littérale de l'article 432-14 du code pénal, le résultat de la méconnaissance de règles de passation des contrats de la commande publique, la condition tenant à l'existence d'un avantage injustifié ne sera donc pas vérifiée comme telle : sa neutralisation jurisprudentielle est assumée par la Cour de cassation, qui rappelle dans l'arrêt commenté, que celle-ci « *s'induit nécessairement de la violation de la norme légale ou réglementaire gouvernant la commande publique* »⁹.

À titre d'illustration, la Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui a condamné un prévenu pour délit de favoritisme, à raison de la simple méconnaissance de l'obligation de conclure, pour la réalisation de travaux supplémentaires non prévus au marché, « *un avenant approuvé par la collectivité délibérante, pris après avis de la commission d'appel d'offres, en vertu de l'article 8 de la loi du 8 février 1995 alors applicable, disposition de nature à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, au sens de l'article 432-14 du code pénal, en ce qu'elle permet à la commission d'appel d'offres*

d'apprécier la légalité d'un avenant »¹⁰, sans jamais vérifier elle-même ni la légalité de la modification du marché initial sur le fond au regard des règles de passation des marchés publics, ni *a fortiori* l'existence d'un avantage injustifié consécutif à la signature de l'avenant.

2. Cela étant, on observe que si la condition tenant à l'existence d'un tel avantage n'est pas examinée au titre des conséquences de l'irrégularité de la passation, elle apparaît parfois, mais pas toujours, comme un élément d'appréciation de l'intention coupable, au risque, alors, de rendre incohérente et imprévisible la jurisprudence rendue sur l'élément intentionnel de l'infraction.

En effet, tout en affirmant depuis longtemps que l'avantage injustifié résulte nécessairement de toute violation des règles de passation de la commande publique¹¹, la Cour de cassation a parfois admis, non sans une certaine contradiction, que l'absence de recherche d'un tel avantage pouvait exclure l'intention coupable du prévenu.

Elle a ainsi jugé que le fait de modifier, après attribution d'un marché, le montant pourtant annoncé d'une avance de trésorerie était illégal – en tant qu'une telle modification, si elle avait été incluse dans la procédure de passation initiale, aurait attiré davantage d'opérateurs économiques – et constituait *donc* pour les entreprises qui en bénéficient un avantage injustifié, tout en affirmant toutefois, dans la même décision, qui casse l'arrêt d'appel, qu'il revenait aux juges du fond de rechercher si bien qu'ayant eu connaissance de l'arrangement conclu au sujet de cette avance entre la commune, la société maître d'œuvre et les entreprises attributaires du marché, le « *demandeur [au pourvoi] a eu conscience de procurer un avantage injustifié à ces dernières* »¹².

3. Or par principe, on sait depuis longtemps que l'intention coupable résulte seulement de la violation de la règle *en connaissance de cause* et non pas de l'intention de commettre une infraction¹³.

À cet égard, à une QPC tirée de l'inconstitutionnalité de la disparition de l'élément intentionnel de l'infraction de favoritisme par l'effet de la portée effective de la jurisprudence répressive, la Cour de cassation a répondu que la question ne présentait pas de caractère sérieux, « *dès lors que la personne ayant accompli un acte contraire*

aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats aux marchés publics et délégations de service public, si elle ne saurait se prévaloir d'une ignorance de ces dispositions pour justifier son comportement, n'est pas déclarée responsable du délit à la condition qu'elle démontre, conformément aux prévisions de l'article 122-3 du code pénal avoir cru, par une erreur de droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, avoir pu légitimement accomplir l'acte, ce qui laisse subsister l'élément moral exigé par l'article 121-3 du même code »¹⁴ : aux termes mêmes de cette jurisprudence, il n'est pas question de rechercher, pour apprécier l'intention coupable, si le prévenu a réellement souhaité accorder un avantage injustifié à un candidat¹⁵. Seule l'erreur sur le droit, très rarement admise¹⁶, peut conduire à exempter le professionnel de toute intention coupable. De sorte qu'il est normalement inopérant de rechercher si le prévenu a bien eu l'intention d'accorder un avantage injustifié à une entreprise : pour le professionnel que constitue l'acheteur public, qui ne peut que très rarement invoquer valablement l'ignorance des règles de passation des contrats de la commande publique, l'intention coupable est réputée acquise par la seule méconnaissance de ces règles¹⁷, de sorte que leur violation devrait suffire à caractériser l'intention coupable, sans qu'il soit utile de chercher à savoir si ce faisant, il a réellement souhaité octroyer un tel avantage à un candidat¹⁸.

4. L'arbitraire juridictionnel vient alors de ce que, dans bon nombre de cas, l'intention coupable sera systématiquement caractérisée par la seule méconnaissance des règles de passation, alors que dans d'autres, sans qu'on puisse savoir quand et pourquoi, elle pourra aussi dépendre du point de savoir si le prévenu a réellement cherché à donner un avantage injustifié à un ou plusieurs concurrents en violant lesdites règles, comme la Cour l'a jugé notamment dans son arrêt du 9 septembre 2020 précité.

Il est certes peu discutable que l'acheteur public qui, manifestement, procure ou tente de procurer un avantage injustifié à un candidat par des actes illégaux commettra le délit, mais sa culpabilité devrait relever d'une appréciation autonome de la condition tenant à l'existence d'un tel avantage

et non d'un élargissement peu cohérent de l'appréciation de l'intention coupable. Le déplacement, au demeurant aléatoire, de la condition tenant à l'avantage injustifié par le juge au stade de l'appréciation de l'intention coupable confère ainsi une forme d'imprévisibilité à la loi pénale, dès lors précisément qu'elle n'est pas systématique. L'appréciation de l'intention coupable devient donc illisible, en tant qu'elle intègre parfois, mais pas systématiquement, la question de savoir si le prévenu a ou non cherché à procurer un avantage injustifié à un ou plusieurs concurrents.

5. Par suite, le risque d'arbitraire juridictionnel est double : en premier lieu, du fait que la neutralisation de la condition d'octroi d'un avantage injustifié conduit le juge pénal à ne jamais s'attacher à vérifier la gravité et l'effet de la violation des règles de publicité et de mise en concurrence, de sorte qu'objectivement, n'importe quelle irrégularité peut conduire à la caractérisation du délit ; en deuxième lieu, du fait que lorsque, parfois, la recherche d'un avantage injustifié est évoquée, cette condition est alors absorbée, en amont, dans l'appréciation de l'intention coupable, au prix d'une incohérence avec l'acception traditionnelle de cette notion qui, pour être sévère, car systématiquement acquise pour un professionnel, a au moins le mérite de la clarté.

6. En réalité, la condition, posée par la loi, tenant à l'octroi d'un avantage injustifié, invitait le juge à apprécier, en aval et non au stade de l'intention coupable, la gravité et les conséquences de la violation des règles de passation des contrats de la commande publique. Le législateur invitait ainsi le juge pénal à une logique qu'il n'a pas suivie : celle qui consiste à analyser aussi les conséquences de l'irrégularité commise, aux termes d'une approche finaliste ou conséquentialiste sur laquelle nous reviendrons.

La jurisprudence ne s'est jamais engagée dans cette voie, s'en tenant à l'idée que toute irrégularité en matière de passation des contrats de la commande publique, induit nécessairement un avantage injustifié, sans qu'il soit nécessaire de s'attacher à la portée des irrégularités commises.

Mais il faut dire qu'en s'abstenant de définir la notion d'avantage injustifié, malgré les multiples réformes et tentatives de réforme de l'infraction, le Parlement n'a pas facilité le travail juridictionnel.

C'était le deuxième grief, tiré de l'incompétence négative du législateur, invoqué par la QPC commentée à l'encontre de l'article 432-14 du code pénal.

II. L'ABSENCE DE DÉFINITION DE LA NOTION D'AVANTAGE INJUSTIFIÉ A ACCRU LA PORTÉE RÉPRESSIVE DE L'ARTICLE 432-14 DU CODE PÉNAL

A. L'incompétence négative du législateur en matière pénale conduit à la méconnaissance du principe constitutionnel de légalité des délits et des peines

1. Le Conseil constitutionnel juge régulièrement qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34, aux termes duquel : « *La loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables [...].* »

Il a notamment rappelé, en 2013, « *qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; qu'il incombe au législateur d'exercer pleinement la compétence que lui confie la Constitution et, en particulier, son article 34 ; que le plein exercice de cette compétence ainsi que l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* »¹⁹.

C'est pour éviter une interprétation arbitraire, et partant inconstitutionnelle, de la loi que le législateur doit épuiser sa compétence, sans pouvoir reporter sur les juridictions le soin de fixer des règles qui ne relèvent que de la loi, en vertu de l'article 34 de la Constitution.

À cet égard, le contrôle du juge constitutionnel ne se limite pas à l'épuisement de la compétence du législateur, mais porte également « *sur la suffisance du texte de loi* »²⁰.

En matière pénale, le Conseil constitutionnel a rappelé que : « *Le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* »²¹.

La doctrine explique que : « *Pour le juge constitutionnel, la compétence, non épuisée ou inconstitutionnellement déléguée par le législateur, se transforme dans les mains des autorités chargées d'appliquer la loi en compétence susceptible d'être source d'arbitraire. En d'autres termes, l'épuisement de la compétence devient en soi une garantie contre l'arbitraire* »²².

Un rapporteur public du Conseil d'État a très justement rappelé que l'incompétence négative du législateur « *est, dans le contentieux constitutionnel, un moyen à double visage [...] C'est dire que, si le législateur doit, en vertu de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, exercer pleinement sa compétence, c'est parce qu'en restant au milieu du gué, il ouvre en réalité la voie à une violation, au stade de l'application de la loi, des droits et libertés garantis par la Constitution. On trouve cette idée exprimée dans de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel qui censurent des incompétences négatives : ainsi, une décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985 relève que les interventions sur des propriétés publiques et privées prévues par la loi déférée pourraient, faute de précisions suffisantes, entraîner une atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis qu'il appartient à la loi de sauvegarder* », et, « *que, si la mise en œuvre d'une telle sauvegarde relève d'un décret d'application, il revenait au législateur de déterminer lui-même la nature des garanties nécessaires. Ceci revient à dire, selon une autre formule consacrée par la jurisprudence, que, au moins dans certains cas, la carence du législateur, qui ouvre la porte à l'arbitraire, conduit à priver de garanties légales des droits ou libertés garantis par la Constitution* »²³.

2. En matière pénale, il n'est guère douteux que l'incompétence négative conduit directement à une méconnaissance des principes constitutionnels de légalité des délits et des peines et d'interprétation stricte de la loi pénale.

En réalité, les griefs se confondent.

Garanti par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC), le principe de légalité des délits et des peines, dont l'invocabilité a déjà été admise dans le cadre d'une QPC²⁴, impose au législateur de définir le « *champ d'application de la loi pénale* » et les délits « *en termes suffisamment précis* »²⁵. Le fait d'adopter des dispositions pénales imprécises a nécessairement pour effet de porter atteinte au principe de légalité des délits et des peines.

Le Conseil constitutionnel conclut ainsi à la méconnaissance de l'article 34 de la Constitution et de l'article 8 de la DDHC, lorsque le législateur ne définit pas les éléments constitutifs de l'infraction qu'il crée²⁶. L'obligation de définir, dans des termes suffisamment précis, tous les éléments constitutifs d'une infraction est notamment destinée à empêcher toute application arbitraire de l'infraction²⁷.

Corrélativement, le principe de légalité des délits et des peines – dont la finalité est d'éviter « *l'arbitraire dans le prononcé des peines* » ainsi que toute « *rigueur non nécessaire lors de la recherche des auteurs d'infractions* » – impose au juge d'interpréter strictement les dispositions répressives qu'ils doivent appliquer²⁸.

De sorte que l'absence de vérification, par l'effet de la jurisprudence de la Cour de cassation, de la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié en tant que conséquence de la violation des règles de passation des contrats de la commande publique conduit à une aggravation inconstitutionnelle de l'infraction, puisque la moindre irrégularité, même mineure et dépourvue d'effet, devient délictueuse.

B. L'absence de définition de l'avantage injustifié conduit à une extension inconstitutionnelle du délit de favoritisme

1. En l'espèce, si la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié a pu, sauf dans les rares cas où elle est un élément de l'intention coupable de prévenu²⁹, faire l'objet d'une neutralisation jurisprudentielle, au point de s'induire nécessairement de toute irrégularité de la passation des contrats de la commande publique, c'est bien parce qu'il n'en existe aucune définition, ni dans l'article 432-14 du code pénal, ni même dans d'autres législations qui pourraient éclairer la notion³⁰.

Or une telle définition était nécessaire pour plusieurs raisons.

2. En premier lieu, il revenait au législateur de définir une expression qui semble n'être qu'un pléonasme absurde : on voit mal, en effet, comment le fait, pour un acheteur public, de procurer un avantage à un candidat pourrait être justifié. Il faut ne rien entendre à la passation des contrats de la commande publique pour employer une telle expression, de sorte que tant qu'à l'utiliser malgré tout, mieux valait la définir.

3. En deuxième lieu, aucune autre réglementation ne peut éclairer la notion. L'administration du ministère de la justice a elle-même reconnu que si l'expression d'avantage injustifié était employée dans d'autres textes, elle ne pouvait, pour autant, servir d'interprétation à l'article 432-14 du code pénal qui l'emploie également³¹.

À cet égard, si cette notion d'avantage injustifié se retrouve en effet dans d'autres législations, notamment à l'article L. 313-6 du code des juridictions financières³² et à l'ancien article L. 621-14 du code monétaire et financier dans sa version antérieure à la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005³³, aucune définition n'en a jamais été donnée.

De sorte que l'interprétation jurisprudentielle de la même notion varie selon les corps de règles en cause.

En matière de favoritisme, on sait que la Chambre criminelle de la Cour de cassation considère traditionnellement que l'infraction est suffisamment définie. Elle a confirmé, dans l'arrêt commenté, sans beaucoup s'en expliquer toutefois, que les dispositions critiquées de l'article 432-14 relatives à l'octroi d'un avantage injustifié, telles qu'interprétées par la jurisprudence de la Cour de cassation, définissent les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale de son auteur. Et par une sorte de tautologie, la jurisprudence a réglé la question de l'absence de définition de la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié en s'abstenant d'en faire application, de sorte qu'il n'est guère surprenant que la Cour écarte le grief d'incompétence négative à l'encontre d'une disposition qu'elle considère comme inexistante en droit.

Tout à l'inverse, la Cour de discipline budgétaire et financière considère que la méconnaissance des règles relatives à l'exécution des dépenses et des recettes des collectivités publiques n'implique pas automatique-

ment l'octroi d'un avantage injustifié pour la personne bénéficiant de l'irrégularité³⁴ au sens de l'article L. 313-6 du code des juridictions financières : de sorte qu'il convient que le parquet général de la Cour des comptes caractérise les avantages reçus en conséquence de la violation de ces règles³⁵, pour démontrer l'avantage injustifié.

Par suite en ne définissant pas la notion d'avantage injustifié, le législateur a permis aux autorités juridictionnelles de conférer une portée différente à la même expression.

4. Cela étant, en dépit de l'absence de définition de la notion d'octroi d'un avantage injustifié dans le contexte de la passation des contrats de la commande publique, la rédaction même de l'article 432-14 invitait, comme on a essayé de le montrer plus haut, à considérer l'octroi d'un tel avantage comme un résultat possible de la violation des dispositions ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats aux contrats de la commande publique. Si le législateur avait voulu que toute violation des règles de passation suffise à caractériser l'infraction, il n'aurait pas eu recours au concept d'avantage injustifié pour parvenir à un principe aussi simple.

Comme on l'a indiqué ci-dessus, l'approche à laquelle le législateur invite le juge pénal est finaliste ou consequentialiste si on veut se référer à la motivation des décisions des juridictions anglo-saxonnes³⁶.

Elle devait conduire ainsi à mesurer l'ampleur de la méconnaissance des règles de passation en même temps que leurs conséquences sur l'attribution du contrat et le niveau de la concurrence, afin de ne censurer que les irrégularités les plus graves : une publication insuffisante d'une procédure de passation ne devrait pas être pénalement sanctionnée si le prévenu démontre qu'il a consulté toutes les entreprises du secteur considéré ; un avenant irrégulièrement signé faute de consultation de la commission d'appel d'offres ne devrait pas conduire à une condamnation de son signataire si, sur le fond, il respecte les limites imposées par le code de la commande publique à la modification des contrats.

Le recours à l'absence d'intention coupable du prévenu, aléatoire et incohérente avec la jurisprudence rendue sur l'élément intentionnel de l'infraction, ne peut suppléer l'absence de mise en œuvre d'un raisonnement rigoureux sur les conséquences de l'irrégularité de la passation.

Affirmer que la QPC, sur ce point, n'est même pas sérieuse, alors qu'une définition satisfaisante de l'infraction aurait au moins conduit à s'interroger sur la portée finaliste de la condition tenant à l'avantage injustifié, revient à tourner le dos à la lettre et à la logique du texte.

Cette situation induit, enfin et plus généralement, une distorsion entre la jurisprudence de la Chambre criminelle et celle du Conseil d'État sur les conséquences à tirer des irrégularités commises par les acheteurs publics dans les procédures de passation.

III. L'EXTENSION DU DÉLIT DE FAVORITISME PAR LA NEUTRALISATION DE LA CONDITION RELATIVE À L'AVANTAGE INJUSTIFIÉ ENTRAÎNE UNE CONTRADICTION POTENTIELLE ENTRE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET CELLE DU CONSEIL D'ÉTAT

A. La divergence d'approche entre la Cour de cassation et le Conseil d'État dépasse les différences existant entre l'office du juge pénal et celui du juge administratif

1. L'assimilation indistincte de toutes les violations des règles de passation des contrats de la commande publique qu'opère la Cour de cassation, sans analyse des avantages injustifiés qui pourraient en résulter, conduit à une nette divergence entre sa jurisprudence et celle du Conseil d'État sur les conséquences à tirer des irrégularités commises par les acheteurs publics.

Pour plusieurs raisons.

2. En premier lieu, l'idée que l'identification des règles garantissant la liberté d'accès et l'égalité de traitement des candidats aux marchés publics et concessions serait un exercice si simple que leur violation, tout aussi évidente à cerner, suffirait à caractériser le délit, sans recourir à la vérification effective de ses conséquences en termes d'avantage injustifié, est inexacte pour un très grand nombre de procédures. En effet, les procédures dites « adaptées »³⁷ – c'est-à-dire adaptées par l'acheteur public³⁸ –, lesquelles concernent de nombreux types de marchés de services quel qu'en soit le montant ainsi que tous les marchés publics dont le prix est inférieur aux seuils européens³⁹, représentant ainsi des milliers de contrats

chaque année, sont librement organisées par les acheteurs publics, en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'aux circonstances particulières de l'achat⁴⁰.

S'il est exact que les principes constitutionnels généraux de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures s'appliquent à la passation de ces procédures, aucune règle précise n'en garantit spécifiquement le respect. Comme le rappelait un rapporteur public du Conseil d'État, pour ces marchés, « *la transparence comme la liberté d'accès* sont donc de ce fait des notions relatives : relatives à l'objet du marché, à son montant et au degré de concurrence principalement et donc aussi à la nature du pouvoir adjudicateur. Cette relativité concerne la quasi-totalité des règles de passation des contrats : elle est la raison d'être des seuils et de leur différenciation, des procédures formalisées, des exclusions du champ d'application du code comme des exceptions à son application. Cette relativité est aussi la raison d'être de la création de la procédure adaptée qui consiste à déléguer au pouvoir adjudicateur le soin de mettre en œuvre ces principes, de la manière la plus adaptée qui soit, au cas par cas. [...] À s'en tenir à la jurisprudence communautaire un "degré de publicité adéquat" (Telaustria), avec, comme contrepartie, en l'absence de publication, la nécessité de prouver que les entreprises susceptibles d'être intéressées ont été contactées, paraît suffisante»⁴¹.

Cette latitude d'action des acheteurs publics est illustrée par le fait, par exemple, que « *la publicité ne doit pas nécessairement être assimilée à la publication*. Ainsi, si l'entité adjudicatrice s'adresse directement à un certain nombre de soumissionnaires potentiels [...], nous estimons que l'exigence de transparence serait respectée»⁴².

De sorte que pour ces marchés, l'identification d'une violation des règles ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité de traitement est un exercice aléatoire et relatif : il devrait être complété par une analyse des conséquences de l'éventuel manquement constaté, tenant à la question de savoir si un *avantage injustifié* a réellement été procuré à un ou plusieurs candidats, de sorte qu'au moins pour ces procédures, on ne peut sereinement affirmer que l'*avantage injustifié* s'induit nécessairement

de la violation des règles gouvernant la commande publique.

3. En deuxième lieu et plus généralement, dans toutes les procédures de passation, il est concevable que certaines règles soient méconnues sans finalement qu'aucune conséquence directe et pratique sur l'information et la sélection des candidats n'en résulte. De sorte qu'elles n'auront lésé personne⁴³.

En ce sens, le Conseil d'État ne reconnaît pas à toutes les irrégularités commises dans la passation des marchés publics le caractère de vices d'une particulière gravité justifiant l'annulation ou la résiliation du contrat⁴⁴.

Dans ses conclusions sur la décision Société Plastic Omnium Systèmes Urbains⁴⁵, Gilles Pellissier, rapporteur public, a rappelé que plusieurs décisions démontrent que la méconnaissance des règles de passation des contrats de la commande publique ne constituait pas « *sauf circonstances particulières, un vice d'une particulière gravité justifiant que le juge du contrat n'en fasse pas application, y compris lorsqu'aucune mise en concurrence n'avait été effectuée*»⁴⁶.

Ainsi par exemple, le Conseil a jugé que l'absence de mise en concurrence pouvait ne pas conduire à écarter le contrat dès lors que le moyen invoqué par une partie heurtait le principe de loyauté des relations contractuelles⁴⁷.

De même, le Conseil d'État a jugé que : « *Si la conclusion d'un contrat en application d'une clause de tacite reconduction, en méconnaissance des obligations de mise en concurrence préalable issues des dispositions du code des marchés publics, constitue un manquement aux règles de passation de ces contrats, la cour administrative d'appel de Nantes a pu juger, sans commettre d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique que, dans les circonstances de l'espèce qui lui était soumise, l'irrégularité tenant à la conclusion, le 1^{er} mars 2007, le 16 janvier 2008 et le 18 février 2009, de nouveaux contrats en application d'une clause de tacite reconduction n'était pas d'une gravité telle que le litige ne puisse être réglé sur le terrain contractuel*»⁴⁸.

Mais si on rapporte les irrégularités dont il a ainsi été considéré par le juge administratif qu'elles ne justifiaient pas d'écarter le contrat à la grille d'analyse de la Cour de cassation, on constate que celles-ci seraient par ailleurs de nature à induire un délit de favoritisme, puisque la chambre criminelle qui juge que la conclusion irrégulière sans mise en concurrence de contrats de la commande publique est systématiquement infractionnelle⁴⁹.

Dans un sens comparable, en application de la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne* du Conseil d'État, il est systématiquement jugé qu'« *après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci* »⁵⁰, de sorte que l'atteinte au contrat, par voie d'annulation ou de résiliation, est réservée aux irrégularités les plus graves.

Ainsi la méconnaissance, par un acheteur public, de la méthode de notation annoncée, même au prix d'une modification du classement des offres, n'est pas nécessairement une circonstance qui peut, contrairement à ce qu'avait jugé une cour administrative d'appel, être regardée comme caractérisant un vice de consentement susceptible d'induire l'annulation du marché⁵¹. Mais là encore, la Cour de cassation juge, à l'inverse, que la méconnaissance, lors de la sélection des offres, des prescriptions préalablement portées à la connaissance des candidats au profit de critères non révélés est nécessairement infractionnelle⁵².

De sorte que si on peut admettre, avec Gilles Pellissier, que les vices d'une particulière gravité puissent correspondre à des « *circonstances frauduleuses, pénalement répréhensibles* »⁵³, l'inverse n'est pas exact : des irrégularités pénalement répréhensibles ne constituent pas nécessairement des vices d'une particulière gravité justifiant qu'une atteinte soit portée au contrat, par son annulation ou sa résiliation.

En conséquence, il n'est pas douteux que des faits conduisant à une incrimination pénale de favoritisme, dont la Cour de cassation ne vérifie pas spécifiquement les conséquences en termes d'octroi d'un avantage injustifié, ne

constituent pas pour autant des vices d'une gravité de nature à justifier qu'une atteinte soit portée au contrat ou que le litige soit réglé sur une base extracontractuelle.

4. On pourrait objecter que cette différence est inhérente à l'office respectif du juge pénal et du juge administratif : le premier protège la légalité objective des procédures de passation de la commande publique et doit sanctionner les acheteurs publics qui les méconnaissent, le second doit tenir compte de la loyauté des relations contractuelles – lorsque l'irrégularité de la passation est invoquée par une partie au contrat – et surtout de l'intérêt général qui milite, pour des considérations de sécurité juridique et de continuité du service public, pour une limitation des hypothèses de disparition du contrat, rétroactivement par annulation ou pour l'avenir par résiliation, lorsqu'il est contesté par des tiers, concurrents évincés notamment.

Mais la difficulté vient de ce que d'un côté la Cour de cassation, en neutralisant la condition tenant à l'octroi d'un avantage injustifié, retient une conception de plus en plus objective de l'infraction, de sorte que toutes les irrégularités de la passation y peuvent conduire⁵⁴, alors que le Conseil d'État, de plus en plus sensible à la nécessaire protection du contrat, admet rarement désormais que les mêmes irrégularités justifient qu'il soit annulé, résilié ou écarté de la solution du litige.

B. La contradiction des jurisprudences pénale et administrative affecte la sécurité juridique des contrats de la commande publique et la définition d'un ordre public économique cohérent

Deux conséquences résultent de la divergence avérée entre la jurisprudence de la Cour de cassation et celle du Conseil d'État sur les conséquences à tirer des irrégularités de passation.

1. Premièrement, les requérants, concurrents évincés des procédures de la commande publique, pourraient préférer la voie répressive à la contestation du contrat de la commande publique devant le juge adminis-

tratif, alors même que ce dernier est normalement le seul juge de sa validité.

Ils ont ainsi le choix entre :

- d'un côté, la saisine de la juridiction administrative qui, certes, a ouvert un recours en contestation de validité du contrat, mais qui de l'autre n'exige pas explicitement de la personne publique la production du contrat litigieux⁵⁵, n'offrant au requérant que la voie parallèle de la procédure de communication des documents administratifs qui peut durer des années, limite l'intérêt pour agir, restreint les moyens invocables en fonction de la qualité du requérant, et permet finalement au juge de ne pas sanctionner toutes les irrégularités de la passation qu'il constate, dès lors que d'autres intérêts s'y opposent ;
- de l'autre, la saisine de la juridiction répressive qui peut être mobilisée par tout plaignant (y compris par voie de citation directe devant le tribunal correctionnel), peut examiner tout type de moyen sans aucune restriction (y compris sur la base de documents dont le plaignant aura pu, avant le déclenchement d'une enquête pénale, obtenir la communication directe sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile⁵⁶), dispose d'un pouvoir d'enquête et qui jugera finalement que toute violation des règles de passation est infractionnelle, sans aucune considération ni pour l'existence subséquente d'avantages injustifiés ni pour la nécessité de ne pas porter atteinte au contrat.

En termes d'efficacité, la deuxième voie pourrait être plus fréquemment choisie, notamment dans tous les cas où le concurrent évincé cherche à stigmatiser l'acheteur public, à donner l'image de sa vigilance dans la protection de ses intérêts ou à démontrer la faute personnelle détachable des agents publics pour obtenir une indemnisation dans des conditions moins restrictives que devant le juge administratif⁵⁷.

2. Deuxièmement, l'ordre public économique applicable à la commande publique, caractérisé par la dualité des solutions jurisprudentielles qui vient d'être décrite, devient difficilement lisible, dès lors qu'une même opération peut évidemment conduire

à l'intervention des deux ordres de juridiction et que par suite, le juge pénal pourra entrer en voie de condamnation des acteurs de la passation du contrat, alors même que la juridiction administrative aura préalablement rejeté le recours contre celui-ci.

Qu'adviendrait-il, dans un tel cas, d'un contrat de la commande publique que le juge administratif aurait définitivement laissé survivre et dont il devrait alors nécessairement faire application en cas de litige d'exécution le moment venu, alors même qu'entre-temps, les parties audit contrat auraient été définitivement condamnées pour délit de favoritisme et recel de ce délit ?

Une telle situation n'est pas théorique, notamment pour les contrats de concession de longue durée.

En pratique, en effet, le rejet définitif du recours en contestation de validité surviendra bien avant l'issue de l'action pénale, mais il reste que celle-ci pourrait s'achever bien avant la fin de la concession.

Se pourra-t-il que le juge administratif, tout à sa logique de protection du contrat, en fasse application et le cas échéant, après avoir fait les comptes entre les parties, condamne la personne publique à un versement au profit du concessionnaire, alors même que le juge pénal aura sanctionné l'existence d'infractions de favoritisme et de recel au stade de sa passation ?

La prévalence du pénal sur le civil (ou l'administratif) en matière de faute intentionnelle ne vaut que pour la constatation matérielle des faits, pas pour les conséquences à en tirer : le juge administratif aura alors le choix entre abandonner sa jurisprudence au profit de la conception extensive de la Cour de cassation ou risquer de se rendre complice d'un recel en faisant application d'un contrat dont il saura qu'il a été conclu à la faveur d'un délit de favoritisme définitivement constaté.

Il serait prudent que le législateur, surmontant enfin son abstention, règle la question en définissant la portée de la condition de l'avantage injustifié et donne à l'ordre public économique en matière de passation des contrats de la commande publique la cohérence qui lui manque. ■

¹ On notera incidemment que la citation que la Cour fait des termes du délit, mentionnant encore les délégations de service public, n'est pas exactement conforme à la version en vigueur de l'article 432-14 du code pénal, depuis sa dernière réforme par la loi n° 2016-1691 du 11 décembre 2016, à la date des faits, datant de fin 2018, mentionnés par le jugement de renvoi du tribunal auquel nous avons eu accès.

² Nous adoptons cette présentation pour faciliter la lecture des dispositions, qui conduisent à mettre deux conditions à la constitution du délit.

³ V. notamment Cass. crim. 10 septembre 2008, n° 08-80.589 ; Cass. crim. 11 décembre 2002, n° 02-80.699. Voir également Cour de cassation, Rapport annuel pour l'année 2008, p. 151 : [la Chambre criminelle] « tend à considérer

que l'avantage injustifié s'induit nécessairement de la violation de la norme légale ou réglementaire gouvernant la commande publique ».

⁴ Voir : Cass. crim. 30 novembre 2011, n° 11-82.961 : la Cour de cassation refuse de transmettre la QPC, considérant que l'article 432-14 définit en termes suffisamment clairs les manquements réprimés aux règles de mise en concurrence (nature de la norme dont la violation est susceptible d'être sanctionnée, objet de celle-ci défini par référence aux principes constitutionnels de liberté d'accès et d'égalité des candidats, types de contrats concernés et énumération limitative les personnes à qui cette violation peut être imputée). V. Cass. crim. 23 juillet 2014, n° 14-90.024 : la Cour, en refusant la transmission de la QPC, statue sur l'élément intentionnel du délit, résultant du simple accomplissement en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires visées par l'article 432-14.

V. Cass. crim. 4 décembre 2019, n° 19-83.446 : la QPC est jugée irrecevable en ce qu'elle ne concerne pas la compatibilité de la portée d'une disposition législative résultant d'une interprétation jurisprudentielle constante de la Cour de cassation avec les droits et libertés que la Constitution garantit et qu'elle ne revient qu'à contester la conformité de cette interprétation avec le libellé du texte législatif en cause.

Cass. crim. 18 décembre 2019, n° 19-81.724 et Cass. crim. 13 mai 2020, n° 20-90.001 : la Cour refuse la transmission d'une QPC relative au renvoi, par l'article 432-14 du code pénal, aux dispositions réglementaires ayant pour objet ou pour effet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

⁵ Cass. Ass. 19 mai 2010 Ass Plénière 09-70.161.

⁶ Cons. constit. 6 octobre 2010, n° 2010-39 QPC ; Cons. constit. 14 octobre 2010, n° 2010-52 QPC.

⁷ CE 28 novembre 2013, Société Natixis Asset Management, n° 364093.

⁸ V. par exemple : Cass. crim 16 septembre 2015, pourvoi n° 15-83.204 ; Cass. crim. 4 décembre 2019, pourvoi n° 19-83.446, Cass. crim. 17 février 2021, pourvoi n° 20-81.553.

⁹ V. la jurisprudence précitée, note n° 3. V. également J.-Marie Brigant, « Délit de favoritisme : une QPC sur la notion d'avantage injustifié », *Semaine juridique*, Ed. générale, n° 22, 31 mai 2021, 572.

¹⁰ Cass. Crim. 29 juin 2011, pourvoi n° 10-87.498 : publié au Bulletin.

¹¹ V. Cass. crim. 16 novembre 2011, pourvoi n° 11-80.433 ; voir également Cass. crim. 10 septembre 2008, pourvoi n° 08-80.589 jugeant « en fractionnant le marché litigieux, [...] dont l'attribution imposait le recours à une procédure d'appel d'offres, le prévenu a nécessairement attribué un avantage injustifié aux sociétés attributaires ».

¹² V. Cass. crim 9 septembre 2020, pourvoi n° 19-85.374, on notera au passage que le délit de favoritisme est déduit d'une mesure d'exécution du marché, dès lors qu'il est déduit d'une avance de trésorerie non prévue au stade de la passation a restreint le niveau de la concurrence.

¹³ La Cour de cassation a jugé que la « seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1^{er} du code pénal » - v. Cass. crim. 25 mai 1994, pourvoi n° 93-85.158, 1^{er} arrêt Bull. 203 ; Cass. crim. 12 juillet 1994, pourvoi n° 93-85.262 : Bull. 280 ; voir également Cass. crim. 21 novembre 2001, pourvoi n° 00-87.532 : Bull. crim. 2001, n° 243 ; D. 2003, somm. p. 245, obs. M. Segonds ; Cass. crim. 20 mai 2009 pourvoi n° 08-87.354.

¹⁴ Cass. crim. 23 juillet 2014, pourvoi n° 14-90.024.

¹⁵ La réponse de la Cour à la QPC précitée corrobore sa position de principe, selon laquelle, en matière de favoritisme, « l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal 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 service public, ce qui a conduit la Cour à casser un arrêt d'appel ayant relevé, après avoir caractérisé la violation des règles de passation des marchés de maîtrise d'œuvre, que le prévenu "n'avait pas cherché à favoriser l'attributaire". » (Cass. crim. 14 janvier 2004, pourvoi n° 03-83.396 : publié au Bulletin).

¹⁶ Aux termes de l'article 122-3 du code pénal, « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte. » La jurisprudence rappelle qu'il faut deux conditions pour qu'une telle erreur ait une vertu absolutoire de la responsabilité pénale du prévenu : il faut non seulement démontrer qu'une erreur objective sur le droit pouvait être commise (du fait, notamment, de la contradiction des textes, de l'absence de disposition claire régissant la matière, ou d'une position de l'administration prise officiellement en méconnaissance de la réglementation) mais encore qu'elle ne pouvait pas être évitée, notamment en recourant à des conseils (Cass. crim. 3 mai 2018, pourvoi n° 17-82.746).

¹⁷ V. Cass. crim 29 janvier 2020, pourvoi n° 19-02.942 : la Cour approuve l'arrêt d'appel qui relève que « pour déclarer le prévenu coupable de complicité de favoritisme, il ne peut, autrement que par l'erreur de droit, se prévaloir d'une ignorance des dispositions réglementant les marchés publics pour justifier

son comportement ». Voir dans le même sens, Cass. crim. 12 septembre 2018, pourvoi n° 17-83.793, par l'effet duquel il est jugé que le demandeur (au pourvoi) : « [...] en sa seule qualité d'ordonnateur général, [...] est présumé connaître les dispositions relatives aux marchés publics. »

¹⁸ Voir Cass. crim. 29 janvier 2020, préc. : « Le prévenu, qui avait qualité d'ordonnateur des recettes et des dépenses de l'office d'HLM, était soumis à l'obligation qui en découle de prévenir et réparer les irrégularités susceptibles de survenir notamment dans le cadre de la passation des marchés publics. »

¹⁹ Cons. constit. 1^{er} août 2013, Décision n° 2013-336 QPC. Voir encore, dans le même sens : Cons. constit. 13 décembre 1985 ; n° 85-198 DC.

²⁰ V. encore Patricia Rrapi, « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 34, janvier 2012.

²¹ V. Cons. constit. 16 septembre 2011, Claude N., n° 2011-163 QPC ; voir également Cons. constit. 27 juillet 2000, *Loi relative à la liberté de communication*, n° 2010-5 QPC.

²² V. Patricia Rrapi, « L'incompétence négative » dans la QPC : de la double négation à la double incompréhension », préc.

²³ Voir M. Julien Boucher, concl. sur CE 23 avril 2010, *SNC Kimberly Clark*, n° 327166.

²⁴ CC 23 novembre 2018, n° 2018-745 QPC.

²⁵ Cons. constit. 16 septembre 2011, Claude N., n° 2011-163 QPC.

²⁶ V. Cons. constit. 16 septembre 2011, Claude N., n° 2011-163 QPC préc. ; Cons. constit. 18 janvier 1985, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, n° 84-183 DC.

²⁷ V. Cons. constit. 13 janvier 2011, *Établissements Darty et Fils*, n° 2010-85 QPC ; v. encore en matière civile, par analogie : Cons. constit. 1^{er} août 2013, Décision n° 2013-336 QPC.

²⁸ Cons. constit., 16 juillet 1996, décision n° 96-377 DC : « Considérant qu'il revient au législateur [...] de fixer, dans le respect des principes constitutionnels, les règles concernant la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; que les infractions telles que prévues par l'article 21 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 sont définies dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire. » Voir encore : Cons. constit. 5 mai 1998, *Loi relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, n° 98-399 DC ; Cons. constit. 2 mars 2004, *Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, n° 2004-492 DC.

²⁹ V. supra, partie I, B.

³⁰ Les travaux parlementaires préalables à la création de cette infraction par la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 ne permettent pas davantage d'éclairer la définition de cette notion. Ils se bornent à affirmer que : « L'infraction est constituée lorsque son auteur a procuré ou tenté de procurer à autrui, - la tentative est punie des mêmes peines que le délit -, « un avantage injustifié » par un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires qui ont pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés. [...] L'infraction est tout d'abord définie par son résultat : le fait d'avoir procuré à autrui un avantage injustifié à l'occasion de l'attribution d'un marché » (Bernard Laurent, « Rapport Sénatorial fait au nom de la commission des lois sur le projet de loi tendant à améliorer la transparence et la régularité des procédures de marchés », 25 septembre 1990, n° 479).

³¹ V. Gérard Pancrazi, Mission interministérielle d'enquête sur les marchés et les conventions de délégation de service public, in *Rev. Marchés publics* 4/95-96, p. 19 : la notion d'avantage injustifié au sens de 432-14 « ne paraît pas pouvoir être interprétée par analogie avec d'autres textes ».

³² Art. L.313-6 du code des juridictions financières : « Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 € et dont le maximum pourra atteindre le double du montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date de l'infraction. »

³³ Art. L 621-14 (version en vigueur de 2001 à 2003), extrait : « La Commission des opérations de Bourse peut ordonner qu'il soit mis fin aux pratiques contraires à ses règlements, lorsque ces pratiques ont pour effet de : [...] 2. Procurer aux intéressés un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché. » Version en vigueur de 2003 à 2005 (extrait) « I. - Le collège peut, après avoir mis la personne concernée en mesure de présenter ses explications, ordonner qu'il soit mis fin aux pratiques contraires aux dispositions législatives ou réglementaires, lorsque ces pratiques sont de nature à porter atteinte aux droits des épargnants ou ont pour effet de fausser le fonctionnement du marché, de procurer aux intéressés un avantage injustifié qu'ils n'auraient pas obtenu dans le cadre normal du marché [...] »

³⁴ Voir en ce sens : CDBF 30 septembre 1987, *Le Goff*, École des hautes études en sciences sociales ; CDBF 4 avril 2001, *Office public intercommunal d'habitations à loyer modéré de la région de Creil*.

³⁵ Jugeant que « dans la mesure où les irrégularités constatées ont abouti à procurer à des tiers un avantage injustifié, entraînant un préjudice financier pour l'institut, elles tombent également sous le coup de l'article 6 de ladite loi » : CDBF 11 décembre 1981, Institut universitaire de technologie d'Orsay, n° 43-104.

³⁶ V. Fabrice Hourquebie, « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Cahiers de la justice*, 2014, p. 199. L'approche conséquentialiste consiste, pour le juge, à se pencher sur l'étude des conséquences possibles de sa décision avant de l'adopter et de comparer les conséquences de toutes les solutions juridiquement possibles en application de la loi. Dans un État de droit, elle ne peut que compléter, sans l'affecter, le raisonnement syllogistique à conduire sur la lettre de la loi appliquée, éclairée le cas échéant par l'intention de son auteur. L'adage anglais « *What will be the consequences of one rather than another of alternative available rulings is chosen?* » résume la démarche qui consiste à comparer les conséquences de toutes les solutions possibles susceptibles d'être données au litige en application de la loi.

³⁷ On rappellera que le délit de favoritisme est applicable aux marchés conclus à la suite de procédures adaptées, v. notamment Cass. crim. 14 février 2007, pourvoi 06-81.924 : publié au Bulletin.

³⁸ V. art. L 2123-1 du code de la commande publique.

³⁹ V. notamment art. L 2120-1 du code de la commande publique.

⁴⁰ Voir Fiche de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers - *Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant* ** <https://www.economie.gouv.fr/daj/mp-procedure-adaptee-2020>

⁴¹ V. Nicolas Boulouis, rapporteur public, concl. sur CE, 10 février 2010, M. Perez, n° 329100.

⁴² V. Nial Fennelly, concl. sur CJUE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH*, C-324/98.

⁴³ Voir les exemples donnés supra, partie II, B, point n° 4.

⁴⁴ CE 12 janvier 2011, M., n° 338551 : « Considérant que, pour constater la nullité du contrat conclu par le Crédit municipal de Paris et M. A et écarter en conséquence son application, la cour administrative d'appel de Paris s'est bornée à relever que le marché avait été passé en méconnaissance du seuil de 700 000 francs (TTC) fixé par les dispositions du 10^e du I de l'article 104 du code des marchés publics alors en vigueur, sans rechercher si, eu égard d'une part à la gravité de l'irrégularité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle avait été commise, le litige ne pouvait être réglé sur le fondement du contrat ; qu'en statuant ainsi, la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, M. A est fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque. »

⁴⁵ CE 28 juin 2019, n° 420776.

⁴⁶ Voir les décisions citées par M. Pellissier dans ses conclusions sur CE 28 juin 2019, n° 420776 : CE 12 janvier 2011, M. ..., n° 338551, préc. ; CE 12 janvier 2011, Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France, n° 332136 ; CE 19 janvier 2011, Syndicat mixte pour le traitement des résidus urbains, n° 332330 ; CE 23 mai 2011, Département de la Guyane, n° 314715 ; CE 4 mai 2015, Société Bueil Publicité Mobilier Urbain, n° 371455.

⁴⁷ CE 19 janvier 2011, n° 332330, préc. Voir aussi CE 10 juillet 2020, Société Comptoir Négoce Équipements, n° 430864 et plus généralement, V. CE Ass. 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802 ; CE 12 janvier 2011, M. Manoukian, n° 338551 ; CE 19 janvier 2011, Syndicat mixte traitement résidus urbains, n° 332330, préc.

⁴⁸ CE 4 mai 2015, Société Bueil Publicité Mobilier Urbain, n° 371455, préc.

⁴⁹ Voir par exemple, même pour les marchés soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics, Cass. crim. 17 février 2016, pourvoi n° 15-85.363, jugeant que l'absence de mise en concurrence est systématiquement infractionnelle. Voir encore, dans le même sens, Cass. crim. 6 avril 2011, pourvoi n° 10-84.130, pour la censure de divers motifs de méconnaissance de l'obligation de mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence ; CE 3 mai 2012, pourvoi n° 11-83.179, sur le recours abusif à une procédure de gré à gré pour urgence impérieuse.

⁵⁰ CE Ass. 4 avril 2014, n° 358994.

⁵¹ CE 28 juin 2019, n° 420776 : « En se fondant, pour accueillir les conclusions à fin d'annulation du préfet, sur la circonstance que la communauté d'agglomération avait mis en œuvre une méthode de notation différente de celle qui avait été annoncée dans les documents de la consultation, ce qui avait eu une incidence sur le classement des offres, alors que cette circonstance ne peut, contrairement à ce qu'a estimé la cour, être regardée comme caractérisant un vice de consentement, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit. »

⁵² Cass. crim. 24 février 2010, pourvoi n° 09-83.988.

⁵³ V. Conclusions sur CE 28 juin 2019, Société Plastic omnium systèmes urbains, n° 420776, préc. Voir aussi conclusions de Marc Pichon de Vendreuil sur CE 10 décembre 2020, Société Air Loyauté, et Centre hospitalier territorial Gaston Bourret, n° 432602 et 433611. Voir également, pour une motivation explicite : CE 15 mars 2019, SAGEM, n° 413584.

⁵⁴ On notera toutefois que la Cour de cassation considère qu'une sanction administrative n'induit pas forcément l'infraction (Cass. crim. 6 janvier 2021, n° 20-80.508), mais cette jurisprudence ne peut faire exception aux multiples cas inverses précités.

⁵⁵ La décision Département de Tarn-et-Garonne précitée fait commencer le délai de recours à compter de la publication d'un avis de signature et non de la communication du contrat lui-même.

⁵⁶ Aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, relatif aux mesures dites *in futurum*, dispose que : « *S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.* » Cette action peut être conduite à l'encontre des acteurs personnes physiques de la chaîne de l'achat public. L'efficacité de cette voie d'action n'est guère comparable aux méandres interminables institués par le code des relations entre le public et l'administration en matière de communication de documents administratifs.

⁵⁷ Le délit de favoritisme peut, dans certains cas, constituer une faute personnelle détachable du service (CE 23 décembre 2009, n° 308160).