

Commande publique

Faut-il supprimer le délit de favoritisme ?

Le débat resurgit à l'heure où les acheteurs publics sont incités à être plus efficaces, alors que, dans le même temps, le nombre d'atteintes à la probité s'accroît. Le déploiement généralisé de dispositifs de prévention pourrait résoudre ce dilemme.

Le favoritisme, stop ou encore ? Des voix n'hésitent pas à se faire entendre pour remettre en cause l'existence de cette infraction. Leur postulat : ce délit, qui sanctionne tout octroi ou tentative d'octroi d'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 concessions » (article 432-14 du Code pénal), serait un frein à l'efficacité de la commande publique.

Pour ses contempteurs, il ferait l'objet d'un traitement particulièrement sévère par les juges. « Pour caractériser une infraction pénale, il faut qu'il y ait un élément intentionnel, explique Mathias Amilhat, maître de conférences en droit public à l'université Toulouse-Capitole. Or, en matière de favoritisme, la Cour de cassation a une interprétation de cet élément tellement rigide que l'on dit parfois qu'il est quasi présumé. » Si bien que tout manquement aux principes de la commande publique fait risquer des poursuites pénales aux acheteurs. Les contrevenants, élus

ou agents publics, encourent alors deux ans d'emprisonnement et une amende de 200 000 euros.

« L'appréhension de ce risque pénal est de nature à réduire les marges de manœuvre des autorités contractantes lors de la passation des contrats, notamment en cas de négociation, ou lors de l'exécution dans le cadre des modifications », estime la chaire de droit public de l'université Lyon-3 dans un rapport sur la répartition et le traitement des risques dans la commande publique publié en juillet 2024. Ses auteurs proposent alors de réviser le Code pénal pour insister sur l'élément intentionnel dans la caractérisation du favoritisme.

« **Délit archaïque.** D'autres prônent carrément sa dépénalisation. « Ce délit est devenu archaïque », juge ainsi Catherine Prébissy-Schnall, maître de conférences en droit public à l'université Paris-Nanterre. Créé par une loi de 1991 visant à moraliser la passation des marchés publics, il ne serait aujourd'hui plus adapté aux évolutions des règles survenues depuis, qui vont dans le sens d'une plus grande ouverture à la négociation et vers

davantage d'exceptions et de dispenses de publicité et de mise en concurrence. « Les acheteurs sont aussi incités à recourir au sourcing [qui permet notamment de consulter des entreprises préalablement au lancement de la procédure de passation d'un marché public, NDLR], mais c'est un outil qui peut être facteur de risques sur le plan pénal », relève l'universitaire.

L'efficacité du délit est aussi en question. « Le ministère public n'a pas toujours les moyens de poursuivre cette infraction, qui est en outre complexe à établir sur le plan matériel », constate ainsi Mathias Amilhat. Illustration récente : le procès du maire (LR) de Tarbes (Hautes-Pyrénées), Gérard Trémège, prévu initialement en mars 2025, vient d'être repoussé en raison du manque de magistrats au tribunal judiciaire de Pau (Pyrénées-Atlantiques).

Conscient de cet écueil, l'éphémère garde des Sceaux Didier Migaud avait lancé en novembre 2024 une mission d'urgence pour « recentrer la justice sur son rôle ». Le transfert du favoritisme vers le juge administratif figure parmi les pistes explorées. Le député Eric Woerth (Oise, Ensemble pour la République) suggère, lui, de déclasser le délit de favoritisme en infraction financière, « comme c'est le cas dans plusieurs pays européens », écrit-il dans son rapport « Décentralisation : le temps de la confiance », remis au président de la République en mai 2024. Le traitement de l'octroi d'avantage injustifié serait alors entièrement du ressort du juge financier, qui peut déjà sanctionner un tel fait en vertu du Code des juridictions financières.

« **Signal désastreux.** » « Supprimer le délit de favoritisme serait un signal désastreux », alerte cependant Clarence Bathia, juriste à Anticor, association de lutte contre la corruption. D'autant que le 11 février dernier, la France perdait cinq places et tombait à la 25^e position dans le classement mondial de l'Indice de perception de la corruption 2024 de l'ONG Transparency International. Par ailleurs, les atteintes à la probité, catégorie d'infractions dont le favoritisme relève, ont connu une hausse d'environ 20 % entre 2017 et 2023 selon l'Agence française anticorruption (AFA). Ainsi, en 2022, 502 condamnations ont été prononcées à ce titre, la majorité pour des faits de corruption, délit le plus grave dans la sphère de la probité. Le favoritisme concernait, lui, 8 % des sanctions (41 condamnations). Un chiffre relativement bas qui atténue la réalité du risque pénal de la commande publique. Mais qui ne doit pas masquer sa « portée symbolique », estime Mathias

Le transfert du favoritisme vers le juge administratif figure parmi les pistes explorées.

« Dans la pratique pénale, le favoritisme concerne des manquements assez substantiels »

Isabelle Jégouzo, directrice de l'Agence française anticorruption (AFA).

M Comment expliquer la hausse des atteintes à la probité ces dernières années ?

Nous sommes en effet passés de 1 649 dossiers transmis au ministère public en 2017 à 2 143 en 2023. Deux lectures sont possibles : soit il y a effectivement davantage de faits, ce qui traduirait une augmentation réelle du phénomène, soit il s'agit plutôt d'une augmentation de sa détection. Le nombre d'affaires jugées reste toutefois assez faible, autour de 250 par an.

M Comment lutter contre ces atteintes dans la commande publique ?

Nous recommandons de mettre en place un dispositif de prévention de la corruption. L'AFA a publié dès 2020, en collaboration avec la Direction des achats de l'Etat, un guide dédié à l'achat public. Et nous venons d'éditer, en novembre 2024, avec l'Association des maires de France, un document pratique destiné aux élus du bloc communal dont un volet est consacré à la commande publique. Nous renforçons actuellement notre travail d'appropriation de ces mécanismes préventifs. Le secteur public s'en est moins emparé que les entreprises, qui sont pour certaines soumises à l'article 17 de la loi Sapin 2 (*lire ci-dessous*). L'AFA s'est ainsi dotée d'une nouvelle organisation depuis le 1^{er} décembre 2024, avec une sous-direction dédiée aux acteurs publics et une autre aux acteurs privés.

M Faut-il rendre cet article 17 applicable aux acteurs publics ?

La loi Sapin 2 les exhorte déjà à mettre en place des actions anticorruption en se basant sur les recommandations de l'AFA, qui sont en réalité très proches du contenu de cet article. Nous n'avons toutefois pas de pouvoir de sanction à leur encontre. Mais, dans le secteur public, la volonté est d'abord politique.

Amilhat. Il assure une fonction dissuasive et reste efficace pour éviter de contourner les règles.

De façon contre-intuitive, le caractère implacable du délit de favoritisme serait aussi une protection pour les acheteurs publics. « On dit parfois qu'il fait obstacle à la corruption, vers laquelle on peut vite glisser », indique Farah Zaoui, fondatrice de Probitas, société de conseil spécialisée en prévention de la corruption. Les deux infractions sont en effet assez proches quant à leur objet. La corruption est toutefois bien plus sévèrement réprimée et exige un élément intentionnel beaucoup plus caractérisé. « En prévenant le favoritisme, on réduit déjà certains risques », estime



LAURA BRAULT

Une obligation ne serait pas nécessairement efficace, le risque étant de voir se développer des dispositifs qui ne soient pas véritablement opérationnels. C'est la prise de conscience des élus qui est déterminante dans leur mise en œuvre et leur efficacité.

M Le délit de favoritisme est-il vraiment trop strict ?

Nous avons publié en décembre dernier une analyse sur la totalité des décisions de justice relatives aux atteintes à la probité rendues en première instance en 2021 et 2022. Il en ressort que dans la pratique pénale, le favoritisme concerne des faits qui ne sont pas purement formels. Ce sont souvent des manquements assez substantiels. Dans près de la moitié des affaires, il est en effet poursuivi concomitamment avec une autre atteinte à la probité. Et dans les affaires où il est poursuivi seul, la plupart des cas concernent des absences totales de mise en concurrence ou des faits impliquant des liens familiaux ou amicaux. ● Propos recueillis par M. A.

la consultante. Elle encourage donc les personnes publiques à mettre en œuvre les procédures de mise en conformité issues de l'article 17 de la loi Sapin 2 de 2016, qui ne sont obligatoires que pour les personnes privées. On y retrouve par exemple la réalisation d'une cartographie des risques et un mécanisme d'évaluation des tiers. Des pratiques qui, si elles se développent dans la sphère publique, plaideraient en faveur de la suppression du délit, estime Catherine Prébissy-Schnall. « Il pourrait alors être remplacé par cette logique de conformité avec, en cas de non-respect, le prononcé d'une sanction de mise en conformité par l'AFA », propose-t-elle. ● Maxime Ambrosi