

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article143>

Favoritisme : procédure ignorée vaut intention coupable

- Jurisprudence -



Publication date: mercredi 14 janvier 2004

Copyright © Observatoire Smacl des risques de la vie territoriale - Tous
droits réservés

Le maître d'oeuvre avait été choisi sans concours d'architecture. La Cour de cassation vient de réaffirmer un principe qui demeure donc intangible : nul besoin d'autres éléments que le non-respect de la procédure pour constituer le délit de favoritisme.

En janvier 1997, une commune alsacienne de 1 600 habitants lance un appel d'offres ouvert pour la construction d'un complexe sportif d'un montant de plus de 14 millions de francs. Le maître d'oeuvre, dont la rémunération a été fixée à plus de 1,5 million de francs, est choisi sans qu'il soit procédé à un concours d'architecture conformément aux articles 314 bis et 314 ter du Code des marchés publics alors applicables, le montant estimé du marché excédant le seuil de 900 000 francs fixé par l'arrêté du 14 mars 1986.

En juillet 1997, à la suite de la saisine du tribunal administratif par l'autorité préfectorale, le conseil municipal de la commune décide d'annuler par délibération le marché de maîtrise d'oeuvre passé irrégulièrement. Cette annulation n'interrompt pas pour autant les poursuites pénales exercées à l'encontre du maire pour délit de favoritisme.

L'affaire est portée devant la cour d'appel de Colmar, qui dans un arrêt rendu le 28 mars 2003, relaxe l'élu faute d'intention coupable : "Il résulte des documents présentés par la défense et de l'enquête que le maire n'a pas cherché à favoriser le maître d'oeuvre."

Ce faisant les magistrats de la cour d'appel prenaient l'exact contre-pied de la jurisprudence constante de la Cour de cassation en la matière. De fait, sur pourvoi du procureur général, la Cour de cassation (cass. crim. 14 janvier 2004, NÂ° de pourvoi : 03-83396, publié au bulletin) censure sans surprise les juges du fond et renvoie l'affaire, "pour qu'il (le maire) soit à nouveau jugé, conformément à la loi" devant la cour d'appel de Reims.

Les magistrats de la Cour de cassation rappellent à cet égard "que 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" sans qu'il soit nécessaire de démontrer que le prévenu ait voulu favoriser le candidat retenu.

[Cour de Cassation, Chambre criminelle, 14 janvier 2004, NÂ° 03-83.396](#)

PS:

– l'intention coupable en matière de favoritisme se déduit du non-respect des 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. Il n'est pas nécessaire à l'accusation de démontrer que le prévenu ait voulu favoriser le candidat retenu. Les juristes distinguent à cet égard le "dol général" (la conscience de commettre un acte illégal, en l'espèce la conscience pour le maire de violer les règles du concours d'architecture) du "dol spécial" (la volonté d'atteindre un résultat déterminé, en l'espèce la volonté de favoriser le candidat). La jurisprudence de la Cour de cassation trouve son fondement

dans l'absence d'exigence légale d'un dol spécial en matière de favoritisme ;

– l'annulation de l'acte illégal n'entraîne naturellement pas l'extinction des poursuites pénales. En l'espèce, ce n'est pas parce que le conseil municipal est revenu sur sa décision initiale que l'infraction disparaît. Ce que les juristes appellent "le repentir actif" n'est en effet pas une cause d'exonération en droit pénal. Ainsi le délinquant qui, pris de remords, restitue de lui-même le produit de son vol à la victime n'en est pas moins coupable. Tout au plus son repentir pourra-t-il jouer quant à l'appréciation de la peine. Ce qui est vrai pour la petite délinquance, l'est aussi pour la délinquance dite financière.