

<https://www.observatoire-collectivites.org/spip.php?article514>

# Favoritisme par excès de zèle ?

- Jurisprudence -



Publication date: jeudi 15 mai 2008

---

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

droits réservés

---

## **Un acheteur public peut-il se rendre coupable de favoritisme lorsqu'il prend l'initiative, alors qu'il n'y est pas réglementairement tenu, d'appliquer une procédure de mise en concurrence ?**

Une commune du Sud-Est de la France (1600 habitants) attribue, en avril 1992, par appel d'offres un marché d'étude, portant sur la faisabilité d'un parc naturel de sports et de loisirs. C'est une société dirigée en fait par un ami d'enfance du maire de la commune qui est retenue. Une information judiciaire est ouverte au cours de laquelle des expertises concluent "que l'offre de cette société, dépourvue de toute faisabilité, était d'un montant quatre fois supérieur à la valeur réelle des travaux estimés et proche du montant de la subvention accordée par le conseil général pour la réalisation de ce projet".

Poursuivi pour recel de favoritisme le dirigeant de la société retenue est condamné à trois mois d'emprisonnement avec sursis et 20 000 euros d'amende. En effet le maire "a imposé à la commission d'appel d'offres le choix de la société attributaire, par l'intermédiaire des services techniques, " en phase avec lui ", qui n'ont procédé à aucune analyse des offres déposées, dont seules quatre ont été ouvertes sur les sept". Pour sa défense l'entrepreneur relève principalement que "l'article 6 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique qui organise l'intervention des conducteurs d'opération est facultative et ne doit être envisagée que pour les marchés de travaux, ce qui n'était pas en cause en l'espèce".

Peu importe lui répond la chambre criminelle de la Cour de cassation "dès lors qu'une collectivité locale, qui a décidé, bien qu'elle n'y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d'appel d'offres, doit se conformer aux règles imposées par cette dernière".

PS:

– "Une collectivité locale, qui a décidé, bien qu'elle n'y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d'appel d'offres, doit se conformer aux règles imposées par cette dernière". Il en résulte notamment que les collectivités qui prennent l'initiative d'appliquer la procédure d'appel d'offres en dessous des seuils ne peuvent, en cours de procédure, y déroger sous prétexte qu'elles s'y sont soumises volontairement. A défaut l'acheteur public s'expose à des poursuites pour favoritisme.

– L'occasion de rappeler que le recel étant une infraction continue, la prescription ne commence à courir que du jour où il a pris fin. Peu importe que l'auteur du délit principal ne puisse plus, en raison de la prescription, être poursuivi.

Ainsi en l'espèce s'agissant de l'entrepreneur receleur, le délit restait punissable tant qu'il conservait les fonds recelés (ce qui explique pourquoi il a pu être condamné de manière définitive plus de 16 ans après les faits).

– Même si la procédure d'appel d'offres avait été respectée, on peut se demander, compte-tenu des liens d'amitié très forts entre l'élu et l'entrepreneur, si le délit de prise illégale d'intérêts (article 432-12 du code pénal) n'aurait pas pu être retenu (voir ["Prise illégale d'intérêts : ancien actionnaire mais ami de toujours ; cass. crim. 7 novembre 2001"](#)).

Bibliographie : Frédéric Pardo, "Marchés publics et respect de la concurrence : Marchés de gré à gré et recours délibéré à l'appel d'offres... un choix à assumer", Revue des marchés publics, Novembre 2008.