

Droit pénal spécial

Leçon 12 : Les manquements au devoir de probité

Evan RASCHEL

Table des matières

Section 1. La corruption et le trafic d'influence.....	p. 2
§1. Les conditions préalables liées à la qualité du corrompu ou du trafiquant d'influence.....	p. 2
A - Corruptions et trafics d'influence d'agents publics.....	p. 2
B - Corruptions et trafics d'influence d'agents privés.....	p. 3
§2. Éléments constitutifs.....	p. 3
A - Distinction des infractions actives et passives.....	p. 3
1. La corruption active et le trafic d'influence actif (répression du corrupteur).....	p. 4
2. La corruption passive et le trafic d'influence passif (répression du corrompu).....	p. 4
B - Les contreparties de la corruption et du trafic d'influence.....	p. 5
C - Le caractère formel des corruptions et trafics d'influence.....	p. 5
D - L'intention des corruptions et trafics d'influence.....	p. 5
§3. Répression.....	p. 6
Section 2. La prise illégale d'intérêts et le favoritisme.....	p. 7
§1. Le favoritisme.....	p. 7
A - Conditions préalables.....	p. 7
B - Élément matériel.....	p. 7
C - Élément moral.....	p. 8
D - Répression.....	p. 8
§2. La prise illégale d'intérêts.....	p. 9
A - Condition préalable.....	p. 9
B - Élément matériel.....	p. 9
1. « Prendre, recevoir ou conserver ».....	p. 10
2. « Un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité ».....	p. 10
3. « Dans une entreprise ou une opération dont l'agent public assure la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ».....	p. 10
C - Élément moral.....	p. 11
D - Répression.....	p. 11
E - Dérogation.....	p. 12

Le livre IV du Code pénal consacré aux « crimes et délits contre la Nation » contient des incriminations nombreuses et disparates (le terrorisme a fait l'objet de la [leçon n° 11](#)). Parmi celles-ci, une catégorie particulière d'incriminations mérite d'être développée en raison de son application fréquente dans la pratique judiciaire et des enjeux symboliques qu'elle recèle. Il s'agit « Des manquements au devoir de probité », intitulé d'une section du Code pénal qui réunit les articles [432-10 et suivants](#).

Deux ensembles de manquements au devoir de probité seront distingués. En premier lieu, les infractions de corruption et de trafic d'influence, en second lieu, de favoritisme et de prise illégale d'intérêts.

Section 1. La corruption et le trafic d'influence

L'articulation de la corruption et du trafic d'influence est en théorie assez claire.

Avec la corruption, la relation est directe : un corrupteur récompense le corrompu afin que ce dernier exerce un acte relevant de sa fonction.

Avec le trafic d'influence, la personne récompensée n'a pas de pouvoir direct mais possède un réseau suffisant pour jouer de son influence auprès d'un tiers (souvent de bonne foi) qui a, lui, un pouvoir de décision. Le trafiquant d'influence est donc un intermédiaire qui monnaie son carnet d'adresse.

Il existe donc des points communs évidents entre les deux infractions, qui justifient qu'elles soient étudiées ensemble.

§1. Les conditions préalables liées à la qualité du corrompu ou du trafiquant d'influence

Il existe de nombreuses formes de corruptions et de trafics d'influence, auxquelles correspondent plusieurs incriminations, dont le critère principal de distinction est précisément la qualité de la personne corrompue ou du trafiquant d'influence.

Exemple

Ainsi de la corruption de magistrat ou toute autre personne siégeant dans une formation juridictionnelle (arbitre, expert, conciliateur, médiateur, greffier...) est incriminée à l'art. 434-9 du CP ; celle de fonctionnaire européen ou des Etats-membres de l'UE est incriminée aux articles 435-1 à 435-4 du CP.

Nous nous en tiendrons ici aux principales incriminations. La première catégorie, la plus grave, vise à moraliser la vie publique en sanctionnant la corruption et le trafic d'influence d'agents publics (souvent par des entreprises). La seconde catégorie vise le secteur privé.

Plusieurs textes sont applicables, et leur articulation complexe n'aide pas à leur compréhension. Le législateur a séparé, s'agissant des agents publics, les infractions dites actives (art. 433-1 du CP) et passives (art. 432-11 du CP) en les plaçant d'ailleurs dans deux chapitres séparés. S'agissant des agents privés, un premier texte punit les corruptions actives (art. 445-1 du CP), un deuxième celles passives (art. 445-2 du CP), un troisième a trait aux trafics d'influence actifs et passifs (art. 433-2 du CP).

A - Corruptions et trafics d'influence d'agents publics

En présence d'une corruption ou d'un trafic d'influence d'agents publics, les textes (art. [433-1](#) du CP pour les infractions dites actives, art. [432-11](#) du CP pour celles dites passives) renvoient explicitement à trois catégories :

- une « *personne dépositaire de l'autorité publique* » (ministre, membres de la police, d'une préfecture, inspecteur des impôts ou des douanes, officiers publics ministériels...) ;
- personne « *chargée d'une mission de service public* » (inspecteur RATP, chef de service d'EDF, mandataire judiciaire) ;
- une personne « *investie d'un mandat électif public* » (politiques bien sûr, mais aussi élus dans une chambre des métiers).

Remarque

Deux remarques communes à ces trois catégories peuvent être faites. D'abord, il faut un **lien direct entre la qualité du corrompu et le pacte de corruption** (Cass. crim., 7 décembre 2016, pourvoi n° [16-81.698](#)). Ensuite, **l'irrégularité de la situation de l'agent public est indifférente**, en vertu de l'autonomie du droit pénal ; ainsi d'un fonctionnaire irrégulièrement nommé ou d'un conseiller général dont l'élection avait été annulée.

B - Corruptions et trafics d'influence d'agents privés

Remarque

Introduite dans l'ancien code pénal par la loi du 16 février 1919, la corruption d'agent privé est généralement dénommée corruption de salariés. Après un court transfert dans le Code du travail, cette incrimination a réintégré le code pénal en 2005, aux articles [445-1 et suivants](#).

Négativement en premier lieu, le partenaire du corrupteur ne doit posséder aucune des trois qualités caractérisant le corrompu dans le cadre des articles [432-11](#) et [433-1](#) : n'être ni dépositaire de l'autorité publique, ni chargé d'une mission de service public, ni investi d'un mandat électif public. Si tel est le cas, ce sont évidemment ces derniers textes qui sont applicables.

Positivement en second lieu, les textes élargissent singulièrement la sphère des corrompus. Est d'abord visé « *le cadre d'une activité professionnelle ou sociale* ». L'activité sociale, expression ambiguë, doit s'entendre comme toute activité s'insérant dans les rapports sociaux, ainsi en particulier le monde associatif impliquant l'absence de salaire.

L'article [445-1](#) poursuit en précisant que, au sein de ces activités, l'agent doit exercer « *une fonction de direction ou un travail* ». Le niveau des responsabilités est dès lors très varié.

Enfin l'agent doit dépendre d'une entité ; et ici le législateur vise d'abord « *une personne physique ou morale* », puis « *un organisme quelconque* » (même sans personnalité morale).

Exemple

La jurisprudence fournit de nombreux exemples : un conducteur de travaux d'une entreprise privée de construction de maisons individuelles ; un directeur de travaux d'une société, adjudicataire de plusieurs lots lors du chantier du TGV Nord (Cass. crim., 25 oct. 2006, pourvoi n° [04-81.502](#)) ; une gestionnaire de fortune de la famille royale qatarie (Cass. crim., 7 mai 2024, pourvoi n° [23-83.368](#)) ...

§2. Éléments constitutifs

A - Distinction des infractions actives et passives

Une distinction cardinale doit être signalée, commune aux différentes infractions de corruption et de trafic d'influence, d'agents publics ou privés, qui oppose ces infractions selon qu'elles sont dénommées (par le législateur lui-même) actives ou passives.

Remarque

Cette construction paraît compliquée : peut-être eût-il été plus simple de punir à titre principal le corrompu ou le trafiquant d'influence, en appréhendant le corrupteur par le biais de la complicité (par provocation ou fourniture

d'instruction) et/ou du recel. Mais ce schéma permet de ne pas subordonner la répression du corrupteur à celle du corrompu ; en prévoyant deux infractions distinctes et indépendantes, le corrupteur est notamment punissable même s'il n'arrive pas à corrompre... (rappel : en principe, la tentative de complicité n'est pas punissable). Encore, l'absence de poursuites contre l'auteur d'un trafic d'influence actif ne fait nullement obstacle à la condamnation de l'auteur d'un trafic d'influence passif correspondant (et inversement).

1. La corruption active et le trafic d'influence actif (répression du corrupteur)

Cette hypothèse vise les agissements par lesquels un tiers obtient ou essaie d'obtenir, moyennant des dons ou promesses, qu'une personne titulaire d'un pouvoir (élu, fonctionnaire, médecin...) accomplisse, retarde ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction ou facilité par elle (corruption) ou encore abuse de son influence réelle ou supposée à une fin similaire (trafic d'influence).

Mais la notion de corruption « active » est ambiguë, car **tombe sous la même qualification le fait d'avoir répondu positivement aux sollicitations** émanant de la personne exerçant ledit pouvoir, en acceptant de lui remettre ce qu'elle réclame en contrepartie de son acte. L'expression est donc maladroite : il faut comprendre simplement qu'avec la corruption active et le trafic d'influence actif, l'incrimination est envisagée **en se plaçant du côté du corrupteur**, qui est le seul à être menacé des peines prévues. La personne corrompue ne sera pas impunie : elle se rendra coupable de corruption passive ou trafic d'influence passif.

Plus précisément, les art. [433-1](#) (commun aux corruptions et trafics d'influence actifs d'agents publics), [445-1](#) (corruption active d'agents privés) et [433-2](#), al. 2 du CP (trafic d'influence d'agents privés) incriminent identiquement une proposition et une acceptation illicites.

Est d'abord visé le fait de « *proposer* » sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne ayant la qualité requise. Dans ce cas de figure le **corrupteur prend l'initiative, incitant donc autrui à faillir à ses devoirs** : la dénomination de corruption active est ici particulièrement adaptée.

Exemple

Par exemple, se rend coupable de corruption active d'agent public le repreneur d'une entreprise qui rend des services à des agents de la société EDF en contrepartie de la fourniture de renseignements lui ayant permis d'obtenir l'attribution de chantiers (Cass. crim., 26 janvier 2011, pourvoi n° [10-80.155](#)).

Est ensuite visé le fait de « *céder* » à l'une des personnes visées qui sollicite des offres, des promesses etc. Quoique auteur du délit de corruption active, le corrupteur n'a pas ici le rôle moteur, c'est la personne corrompue qui a pris l'initiative.

Exemple

Tel fut le cas dans l'extravagante affaire Carignon où le maire de Grenoble, pour concéder le service de distribution et d'assainissement des eaux de sa commune à deux sociétés désireuses d'être choisies, avait exigé de leurs dirigeants, qui avaient accepté, de faramineux cadeaux financés par des abus de biens sociaux (Cass. crim., 27 octobre 1997, pourvoi n° [96-83.698](#)).

2. La corruption passive et le trafic d'influence passif (répression du corrompu)

L'hypothèse désigne le fait pour une personne titulaire d'un pouvoir de solliciter autrui ou d'accepter de sa part des dons ou promesses en vue d'accomplir un acte de sa fonction. Cette fois, on se place **du point de vue de la personne corrompue ou du trafiquant d'influence**. L'expression d'infraction « passive » est tout aussi maladroite puisque l'agent (public ou privé) peut avoir une attitude active en sollicitant les dons et promesses... La première forme visée par les textes est la sollicitation. La personne titulaire du pouvoir **prend l'initiative**, proposant à son interlocuteur de faillir à son devoir de probité moyennant une contrepartie (auquel cas, ce partenaire se rendra coupable de l'infraction sous sa forme « active », voir *supra*).

La seconde forme (visée par les mêmes art. [432-11](#) ; [433-2](#), al. 1^{er} et [445-2](#) du CP) de corruption passive ou de trafic d'influence passif est l'agrément. La situation est inverse de la précédente et correspond certainement mieux à la dénomination de « passive ». Une tierce personne (auteur du délit jumeau de corruption active) prend l'initiative de l'opération et **l'agent corrompu reçoit cette initiative et l'accepte**.

B - Les contreparties de la corruption et du trafic d'influence

Deux éléments doivent être démontrés. En premier lieu, une offre du tiers corrupteur qui propose à la personne corrompue ou au trafiquant d'influence, ou accepte de sa part, « *des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques* » (formule reprise mot à mot par les différents articles).

A cette offre répond un acte du corrompu, les deux devant par ailleurs être directement reliés (faute de lien causal, la répression est exclue). La contrepartie espérée des offres qui viennent d'être décrites est l'accomplissement, par le titulaire du pouvoir, d'un acte ou d'une abstention.

Plus précisément, dans le cadre de la corruption, les offres ont été émises afin que **l'agent public** « *accomplisse ou s'abstienne d'accomplir, ou parce qu'[il] a accompli ou s'est abstenu d'accomplir, un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat* ». Une définition proche est retenue pour la corruption **d'agent privé**.

Exemple

Il pourra s'agir d'obtenir une baisse d'impôts (Cass. crim., 14 mai 1986, pourvoi n° [85-93.952](#)) ou l'attribution d'un marché public (Cass. crim., 4 mai 2011, pourvoi n° [10-85.381](#)).

Dans le cadre du trafic d'influence, les textes relatifs aux agents publics et privés font référence à l'hypothèse d'une personne qui abuse, ou a abusé, de son influence réelle ou supposée en vue de faire obtenir d'une autorité ou d'une administration publique des distinctions, des emplois, des marchés ou toute autre décision favorable.

C - Le caractère formel des corruptions et trafics d'influence

Les différents textes font référence soit au fait de solliciter ou de proposer, soit d'agréer ou de céder, sans aucune exigence supplémentaire sur la réalisation effective et les effets du pacte de corruption ou de trafic d'influence.

Tous les délits sont donc formels, au sens où le résultat dommageable craint par le législateur n'est pas érigé en élément constitutif. En quelque sorte, **la tentative est intégrée aux délits, ce qui explique par ailleurs qu'elle ne soit pas envisagée de manière autonome**.

Pour le trafic d'influence, cette solution est renforcée par les indications textuelles selon lesquelles l'influence doit être « *réelle ou supposée* ». Il suffit que l'influence soit apparemment existante, peu importe que le trafiquant d'influence ne soit en réalité absolument pas en mesure d'aider celui qui le sollicite ou qu'il a sollicité.

D - L'intention des corruptions et trafics d'influence

En ce qui concerne leur élément moral, toutes les infractions sont intentionnelles.

Le **dol général** est postulé par les agissements incriminés. Une sollicitation est par essence un acte volontaire, tout comme un agrément : ce faisant l'agent transgresse en toute lucidité son devoir de probité. On a là un nouvel exemple de l'imbrication de l'élément matériel et de l'élément moral de l'infraction d'affaires.

Comme nous l'avons vu, l'objectif poursuivi (l'acte espéré du corrompu ou du trafiquant d'influence) peut par ailleurs être présenté comme un **dol spécial**, qui serait donc rattaché à l'intention.

§3. Répression

Pour les corruptions et trafics d'influence d'**agents publics**, actifs ou passifs, la peine est identique : dix ans d'emprisonnement et un million d'euros d'amende, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction (art. [432-11](#) et [433-1](#) du CP).

Après une éphémère ordonnance qui avait prévu une circonstance aggravante relative à l'atteinte aux budgets européens, une loi du 24 décembre 2020 a modifié les derniers alinéas des art. 433-1 et 432-11 pour doubler l'amende encourue (deux millions d'euros donc, sauf si le produit de l'infraction est supérieur, auquel cas l'amende encourue restera égale au double de cette somme) lorsque l'infraction a été commise en bande organisée.

Quant aux délits de corruptions et de trafics d'influence d'**agents privés**, les peines sont logiquement moins sévères : cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende (dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction). Aucune circonstance aggravante n'est prévue.

Même aggravées, les infractions étudiées demeurent délictuelles, à une exception près : la corruption passive d'un « *magistrat au bénéfice ou au détriment d'une personne faisant l'objet de poursuites criminelles* » (art. [434-9](#), dernier al. CP : 15 ans de réclusion et 225 000 euros d'amende).

La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice des corruptions d'agents publics et trafics d'influence d'agents publics et privés est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices (art. [432-11-1](#) et [433-2-1](#) du CP). Les corruptions d'agents privés ne bénéficient pas de ce mécanisme.

De nombreuses peines complémentaires sont prévues par les articles [433-22](#) et [433-23](#) du CP (infractions « actives »), [432-17](#) du CP (infractions « passives »), y compris pour les agents privés (art. [445-3](#) et [445-4](#) du CP) et les personnes morales (art. [433-25](#) et [433-26](#) du CP).

Section 2. La prise illégale d'intérêts et le favoritisme

§1. Le favoritisme

Le délit dit de favoritisme est en réalité le délit d'atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession. Il a vocation à garantir une saine concurrence entre les entreprises, tout en permettant à la collectivité de bénéficier du meilleur service.

Dans sa rédaction actuelle, l'art. 432-14 du CP incrimine « *le fait (...) 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 concession* ».

Contrairement aux infractions de corruption, qui seront parfois simultanément applicables, il n'existe pas de favoritisme actif et passif : seul l'agent public est visé. Évidemment, le tiers bénéficiaire encourra une répression, mais à des titres distincts (voir infra).

A - Conditions préalables

Une première condition préalable est relative à l'**auteur de l'infraction**. Le favoritisme n'est puni que s'il est le fait de l'une des personnes énumérées par la liste limitative de l'art. 432-14 (ou alors par « *toute personne agissant pour le compte de l'une [d'elles]* »). Plus précisément, deux catégories peuvent être dégagées :

- le « trio » classique d'**agents publics** (connu notamment de la corruption) : personne « *dépositaire de l'autorité publique* » ou « *chargée d'une mission service public* » ou « *investie d'un mandat électif public* » ;
- les personnes « *exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, 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* ».

Une seconde condition préalable est relative aux **marchés et contrats concernés**. Le cadre général dans lequel l'acte de favoritisme intervient est celui de l'accès des candidats aux « marchés publics » et aux « contrats de concession ».

Les marchés publics se subdivisent en trois catégories différentes : les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou sécurité (art. L. 1110-1 du Code de la commande publique).

Par ailleurs, une référence est faite aux textes ayant pour objet de garantir les « contrats de concession ». L'intérêt est de lutter contre les fraudes qui consisteraient à recourir à un contrat de concession pour des opérations qui relèveraient de la procédure, plus encadrée, des marchés publics.

Ils recouvrent les cas dans lesquels l'exécution de travaux ou la gestion d'un service sera conférée à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix (art. L. 1121-1 du Code de la commande publique).

B - Élément matériel

L'élément matériel est complexe en ce sens qu'il se subdivise en deux éléments.

Il faut en premier lieu « *procurer à autrui un avantage injustifié* ». Le concept d'avantage injustifié n'est pas précisé. Ce qui est certain, c'est que l'avantage injustifié ne consiste pas directement dans l'attribution du marché public, mais dans des avantages quelconques qui favoriseront l'entreprise candidate...

Exemple

L'étude de la jurisprudence montre qu'il peut consister dans la transmission d'informations privilégiées à un candidat (Cass. crim., 7 septembre 2022, pourvoi n° 21-83.121, § 24) ou dans une entente, ainsi lorsque le

responsable d'une DDE demande à des dirigeants d'entreprises de déposer une offre de couverture, simulant une proposition concurrente pour faire apparaître une autre entreprise comme plus intéressante (Cass. crim., 16 novembre 2011, pourvoi n° [11-80.433](#)).

Cet avantage injustifié doit en second lieu résulter de l'accomplissement d'un « *acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats* ».

Très simplement, il faut comprendre que le Code de la commande publique impose, au-delà d'un certain seuil, une procédure d'appels d'offres (en dessous de ces seuils, les marchés peuvent se conclure de gré à gré). Or la méconnaissance de cette procédure est l'un des éléments de l'infraction.

Exemple

Cette violation peut se produire à tout moment de la procédure : en amont en ne procédant pas à la phase obligatoire de mise en concurrence ; en cours de procédure en attribuant le marché en dépit de la remise d'un dossier incomplet ; ou encore à l'issue de celle-ci, en modifiant les termes du marché.

Remarque

Pour tenter d'échapper à la procédure d'appel d'offres, il n'est pas rare que les agents recourent au fractionnement artificiel du marché - pratique dite du « saucissonnage ». C'est une fraude qui est combattue par la jurisprudence (Cass. crim., 6 décembre 2017, pourvoi n° [16-85.947](#), pour le président d'un établissement d'enseignement supérieur).

En savoir plus : Bibliographie

S. Corioland, « Commande publique et risque pénal », *AJ Pénal* 2022, p. 563.

C - Élément moral

Le favoritisme est évidemment une infraction **intentionnelle**, caractérisée par un **dol général**.

Cette intention doit porter sur l'intégralité de l'élément matériel : il faut violer en connaissance de cause la réglementation applicable (Cass. crim., 14 janvier 2004, pourvoi n° [03-83.396](#)), et procurer consciemment à autrui un avantage injustifié (V. par ex. : Cass. crim., 9 septembre 2020, pourvoi n° [19-85.374](#), § 25).

On constate cependant que la jurisprudence ne se montre guère exigeante pour l'établir. D'abord, la seule violation en connaissance de cause d'un acte illicite est parfois suffisante (Cass. crim., 14 décembre 2011, pourvoi n° [11-82.854](#)). Ensuite, pour prouver cette « connaissance de cause », il suffit de se fonder sur l'expérience de la personne en la matière (V. par ex. : Cass. crim., 24 juin 2020, pourvoi n° [19-81.724](#), § 37).

D - Répression

Tentative. La tentative est spécifiquement incriminée puisque le texte vise le fait de « *procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié* ». La tentative de favoritisme a déjà été retenue lorsque l'absence de conclusion du marché résulte d'un recours devant le juge administratif ou de l'intervention du Préfet (Cass. crim., 19 septembre 2007, pourvoi n° [06-85.003](#)).

Peines. L'auteur du favoritisme encourt à titre principal une peine de deux ans d'emprisonnement et 200.000 euros d'amende, montant pouvant être porté au double du produit tiré de l'infraction (depuis la loi du 6 décembre 2013).

Les peines complémentaires de l'art. [432-17](#) du CP sont applicables.

Conflits de qualifications. Le fait de favoriser autrui est rarement altruiste ou dénué de toute arrière-pensée ; la plupart du temps, l'agent public qui accomplit cet acte le fait en espérant obtenir une récompense de la part de celui qui bénéficiera de ses faveurs... Auquel cas, la corruption d'agents publics sera applicable, puisqu'il

s'agit bien d'accomplir indûment un acte relevant de leurs fonctions ou facilité par elles. A supposer que toutes les conditions de la corruption (voir supra) soient réunies, des concours de qualifications sont envisageables :

- l'agent public se rendra coupable de favoritisme donc, mais également de corruption passive d'agent public au sens de l'art. [432-11](#) du CP ;
- le bénéficiaire se rendra coupable de recel et/ou complicité de favoritisme, mais également de corruption active d'agent public au sens de l'art. [433-1](#) du CP.

La Cour de cassation retient classiquement que les délits pouvaient être cumulés, protégeant des intérêts distincts (V. par ex. : Cass. crim., 12 septembre 2012, pourvoi n° [11-87.281](#) ; Cass. crim., 12 juillet 2016, pourvoi n° [15-80.477](#)). L'interprétation renouvelée de la règle Non bis in idem ne devrait pas changer la solution.

En savoir plus : Bibliographie

R. Lorrain et C. Ingrain, « Favoritisme : étude de rares motifs de mises hors de cause intervenues durant ces 20 dernières années », *Gazette du Palais* 2020, n° 24.

§2. La prise illégale d'intérêts

La prise illégale d'intérêts vise comme le favoritisme tout à la fois à moraliser la vie publique, à assurer l'égalité entre les opérateurs économiques et à permettre à la collectivité d'accéder aux meilleurs prix et services. La différence centrale est que dans le favoritisme, l'agent public favorise autrui (en espérant souvent, certes, un « retour sur investissement »), tandis que dans la prise illégale d'intérêt, la personne se procure un avantage personnel... La prise illégale d'intérêts permet d'incriminer les fameux « conflits d'intérêts », la plupart des hypothèses étant simplistes.

Exemple

Un maire ne peut confier des travaux de rénovation d'une école primaire à une société qui sous-traite la réalisation de ces travaux à la société dont le maire est le gérant (Cass. crim., 4 juin 1996, pourvoi n° [94-84.405](#)).

En savoir plus : Bibliographie

Y. Muller, « Le droit pénal des conflits d'intérêts », *Droit pénal* 2012, étude 1.

La prise illégale d'intérêts est incriminée à l'art. [432-12](#) du CP, étant encore précisé qu'une forme particulière est prévue depuis la loi n° 2021-1729 pour la confiance dans l'institution judiciaire, au nouvel art. [432-12-1](#) du CP, visant les magistrats.

A - Condition préalable

Elle tient à l'auteur de l'infraction, à cet égard on retrouve le trio d'agents publics habituellement visés par les textes de cette partie du Code pénal, soit une personne :

- « *dépositaire de l'autorité publique* » ,
- « *chargée d'une mission de service public* » ,
- « *investie d'un mandat électif public* » .

Seule la catégorie des personnes chargées d'une mission de service public présente une certaine indétermination. La liste potentielle de ces personnes est immense, puisque « *doit être regardée comme chargée d'une mission de service public, au sens de l'article 432-12 du Code pénal, toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu important qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique* » (Cass. crim., 30 janvier 2013, pourvoi n° [11-89.224](#)).

Exemple

Ont notamment été rattachés à cette catégorie un architecte investi par une collectivité territoriale d'une mission de maîtrise d'œuvre, ou encore des administrateurs ou mandataires judiciaires.

B - Élément matériel

L'élément matériel correspond à des agissements prohibés qui sont définis de manière très large par la loi et la jurisprudence l'interprétant. **L'infraction ne suppose pas qu'un résultat dommageable survienne, elle est constituée par le seul conflit d'intérêts...** Sous cet aspect, elle peut être présentée comme une infraction formelle.

1. « Prendre, recevoir ou conserver »

L'acte même appelle peu de remarques. Sont visées des démarches actives (« *prendre* ») ou passives (« *recevoir* »). Le fait de « *conserver* » permet de transformer, selon les cas, la prise illégale d'intérêts en délit continu.

Remarque

La tentative du délit de prise illégale d'intérêts n'est pas réprimée (contrairement au favoritisme par exemple) : il n'y aura infraction que si la personne a effectivement pris, reçu ou conservé un intérêt...

Par ailleurs, il est admis que la prise d'intérêts puisse se faire par **personne interposée** (« *directement ou indirectement* »), via un proche, auquel cas l'intérêt de l'agent public sera un intérêt moral (voir infra). Le cas échéant, ce tiers bénéficiaire de la prise illégale d'intérêts pourra être poursuivi pour recel, voire pour complicité.

Enfin, remarquons que le délit est caractérisé par le conflit d'intérêts, indépendamment de la violation d'une quelconque réglementation (contrairement au favoritisme notamment).

Exemple

Ainsi « *Le fait qu'un prévenu, maire d'une commune, se soit soumis aux règles de recrutement (...), est sans incidence sur la caractérisation de l'infraction dès lors qu'il est, en toute connaissance de cause, intervenu à tous les stades de la procédure ayant abouti au recrutement d'un membre de sa famille* » (Cass. crim., 4 mars 2020, pourvoi n° [19-83.390](#), § 16).

2. « Un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité »

Classiquement, l'intérêt que devait prendre, recevoir ou conserver l'auteur de l'infraction était un « *intérêt quelconque* ». Il était alors fait référence à un **intérêt matériel**, mais un simple **intérêt moral** suffisait, exclusif de toute rémunération ou contrepartie pécuniaire.

Exemple

Rendre un service à un membre de sa famille ou à un ami (Cass. crim., 5 avril 2018, pourvoi n° [17-81.912](#), pour un partenaire de golf).

La loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 a restreint l'élément matériel du délit : est désormais visé « *un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité* ». Si un intérêt quelconque, y compris moral, continuera sans doute d'être concerné, il faudra démontrer qu'il a au moins potentiellement l'un des effets visés. Mais la largesse de cette nouvelle formule laisse penser que le délit continuera à être appliqué de manière sévère. Saisie de la question de l'application dans le temps de la réforme de 2021, la Cour de cassation a d'ailleurs retenu que les nouvelles dispositions « *sont équivalentes à celles résultant de sa rédaction antérieure (...)* » (Cass. crim., 5 avril 2023, pourvoi n° [21-87.217](#), § 19).

En savoir plus : Bibliographie

M. Cléry-Melin et J.-B. Boué-Diacquenod, « Prise illégale d'intérêts : une nouvelle définition du délit mais toujours autant d'incertitudes sur son champ d'application », *Lexbase pénal* novembre 2021.

3. « Dans une entreprise ou une opération dont l'agent public assure la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement »

Une **entreprise** peut être une société commerciale ou civile, quelle que soit son activité précise. De la même manière, une **opération** peut être comprise comme n'importe quelle attribution, n'importe quel acte ou contrat (par exemple, de travail).

L'agent public devait avoir, dans cette entreprise ou opération, une « charge », celle d'assurer leur **surveillance, administration, liquidation ou paiement**. Mais cette charge n'implique pas nécessairement un pouvoir décisionnaire. N'importe quelle ingérence (dénomination du délit jusqu'en 1994) ou immixtion suffit. La participation, serait-elle exclusive de tout vote, d'un conseiller d'une collectivité territoriale à un organe délibérant de celle-ci, lorsque la délibération porte sur une affaire dans laquelle il a un intérêt, vaut surveillance ou administration (Cass. crim., 3 décembre 2008, pourvoi n° [08-83.532](#)). De même, le délit « *est consommé dès lors que le prévenu a pris directement ou indirectement un intérêt dans une entreprise ou dans une opération dont il avait, au moment de l'acte, la surveillance ou l'administration, celles-ci se réduiraient-elles au simple pouvoir d'émettre un avis en vue de décisions prises par d'autres* » (Cass. crim., 15 janvier 2020, pourvoi n° [19-80.494](#), § 23).

Temporalité. La prise d'intérêt doit être réalisée au moment où l'agent public a cette charge de surveillance, administration, liquidation ou paiement. C'est d'ailleurs cette coïncidence temporelle qui permet de distinguer la prise illégale d'intérêt du pantoufage, qui vise les conflits d'intérêts commis dans les trois ans suivant la cessation des fonctions de l'agent.

C - Élément moral

Si le texte est muet sur ce point, il est certain que l'infraction est intentionnelle.

Le dol est général : il suffit que le prévenu ait pris sciemment un intérêt dans une affaire soumise à sa surveillance, sans même avoir voulu en retirer un quelconque profit. Souvent, cette connaissance sera présumée par la nature même des fonctions occupées par l'agent. La solution est régulièrement rappelée : « *En vertu d'une jurisprudence constante, l'abus de fonction ainsi caractérisé suffit à lui seul pour consommer le délit de prise illégale d'intérêts et l'intention coupable est constituée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit. Il n'est pas nécessaire qu'il ait agi dans une intention frauduleuse.* » (Cass. crim., 4 mars 2020, pourvoi n° [19-83.390](#), § 15).

Remarque

L'élément moral de ce délit a connu une médiatisation inhabituelle, à l'occasion de l'arrêt rendu par la Cour de justice de la République le 29 novembre 2023, au sujet d'une prise illégale d'intérêts reprochée à E. Dupont-Moretti, en tant que ministre de la Justice. Si l'élément matériel de ce délit fut caractérisé (§ 134), la Cour de justice de la République ne parvint pas à établir « *la conscience suffisante qu'il pouvait avoir de s'exposer à la commission d'une prise illégale d'intérêts en ordonnant les enquêtes administratives litigieuses* » (§ 141), entraînant la relaxe. Sans doute cette décision, très contextuelle, n'aura pas de portée particulière sur la jurisprudence de la Cour de cassation.

D - Répression

Peines. La prise illégale d'intérêts est un délit puni de cinq ans et 500 000 euros d'amende, voire du double du produit tiré de l'infraction.

Les peines complémentaires applicables sont celles de l'art. [432-17](#) du CP.

Complicité. L'éventuel complice encourt les mêmes peines ; étant précisé que ce n'est pas à son égard que s'apprécie l'intérêt exigé par le texte (Cass. crim., 15 juin 2016, pourvoi n° [15-81.124](#)).

Action civile. La jurisprudence considère que le délit porte exclusivement atteinte à l'intérêt général, et juge donc irrecevables les actions d'une association pour la protection de la propriété foncière et celle de deux particuliers, faute de pouvoir invoquer un préjudice personnel.

Seul peut agir, au nom de la commune, le maire qui y a été expressément autorisé par le conseil municipal ; ainsi que les associations agréées au titre de l'art. [2-23](#) du CPP.

E - Dérogation

La rigueur du texte risquait de paralyser le fonctionnement des petites communes en les obligeant à aller chercher loin les services dont elles pouvaient avoir besoin, et que seuls le maire ou ses adjoints (et leurs proches) étaient capables d'apporter. D'où une **importante dérogation pour les communes de 3 500 habitants au plus (art. [432-12](#), al. 2 à 5 du CP)** .

De strictes conditions sont posées pour que la dérogation opère.

S'agissant des opérations concernées :

- contrats de fourniture de service ou de transfert (achat ou vente) de biens mobiliers ou immobiliers dans la limite d'un montant annuel de 16 000 euros ;
- contrats d'acquisition d'une parcelle d'un lotissement communal pour leur habitation personnelle, ou contrats de bail d'habitation sur un logement communal ;
- contrats d'acquisition d'un bien appartenant à la commune pour y créer ou y développer leur activité professionnelle.

S'agissant de la procédure instituée :

- le maire, l'adjoint ou le conseiller municipal ne doit pas participer à la délibération relative à l'approbation ou à la conclusion du contrat dans lequel il a un intérêt ;
- la délibération du conseil municipal ne peut jamais avoir lieu à huis clos.