

Fiche n° 8
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS IV :
LE DROIT PÉNAL DES CONTRATS PUBLICS

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Tribunal correctionnel de Paris, 32ème chambre, 21 janvier 2022 ;
- Référence 2 :** Cass. crim., 11 mai 2022, n° 21-85.272
- Référence 3 :** Cass. crim., 9 déc. 2020, n° 19-85.904
- Référence 4 :** Cass. crim., 20 janv. 2021 n° 19-86.702
- Référence 5 :** C. Cass., Ch. Crim., 6 janvier 2021, n° de pourvoi : 20-80.508
- Référence 5 :** Cons. const. 28 janvier 2022, n° 2021-966 QPC

EXERCICES SUGGÉRÉS :

Épreuve théorique : dissertation

- *marché public et droit pénal*

Épreuve pratique : Cas pratique

Le conseil municipal de la commune de Boudou de 731 habitants (recensement 2017) de a adopté une délibération autorisant la conclusion d'un marché de travaux de rénovation des façades de l'église Saint-Pierre pour un montant de 43 773,60 euros. Ce contrat a ensuite été formalisé par l'indication d' « un bon pour accord » sur le devis présenté par Mme Annie Balk également maire de ladite commune ainsi que par l'apposition d'une signature non identifiable sur le document.

Cependant, à la suite du contrôle de légalité effectué par le préfet du Tarn et Garonne, M. Lallemand, la commune a retiré sa délibération par laquelle elle avait décidé de la passation du marché de travaux litigieux. Par une nouvelle délibération, la Commune de Boudou a indemnisé l'entrepreneuse à hauteur du montant total du marché (soit 43 773,60 euros) en se prévalant du caractère utile de ces dépenses.

1) Le conseil municipal qui est composé d'agriculteurs peu au fait des questions juridiques vous demande, en qualité de secrétaire général de la mairie, de lui indiquer si la situation de la maire-entrepreneuse pose problème du point de vue du droit pénal en précisant, le cas échéant la qualification qui pourrait être retenue si le procureur de la République décidait de saisir le tribunal correctionnel.

M. Ternon, contribuable boudonnais, a été autorisé à agir au nom et pour le compte de la commune par le président du tribunal administratif de Toulouse. Il a saisi le même tribunal administratif d'un recours dont les conclusions visent à obtenir le remboursement de la somme indûment versée de 43 773,60 euros à l'entrepreneuse-maire au titre des travaux réalisés. Il se prévaut notamment de l'ignorance dans laquelle Mme Annie Balk a tenu le conseil municipal sur l'application des dispositions du code pénal.

2) L'entrepreneuse-maire, partie défenderesse, vous demande d'évaluer les risques que sa société, placée en procédure de sauvegarde, soit condamnée à rembourser la commune. Elle vous indique notamment qu'elle n'a pas participé à la délibération lui attribuant le marché et que la commune n'a pas subi de préjudice puisque les travaux ont bien été réalisés.

Entre temps, le tribunal correctionnel de Montauban a reconnu Mme Annie Balk coupable de faits de prise illégale d'intérêts et l'a condamnée au paiement d'une amende de 1 500 euros en raison de la conclusion de ce marché.

3) M. Sapin, conseiller-rapporteur au tribunal administratif de Toulouse, vous demande, en qualité de camarade de la promotion Voltaire, s'il doit tenir compte de cette condamnation dans son instruction et son projet de décision ?

Référence 1 : Tribunal correctionnel de Paris, 32ème chambre, 21 janvier 2022

(...)

2°) La détermination du régime juridique applicable aux contrats conclus par la présidence de la République et la nature juridique de ces actes :

283 – L'article 1er du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable aux faits de l'espèce à savoir celle issue du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, dispose : « I. – Les dispositions du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords-cadres ainsi définis : Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services (...) II. – Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code (...) ».

284 – L'article 2 du même code ajoute : « Les pouvoirs adjudicateurs soumis au présent code sont : 1° L'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial (...) ».

285 – Il ressort de ces dispositions réglementaires que les marchés publics conclus par l'État étaient expressément soumis au code des marchés publics alors en vigueur. En outre, les contrats litigieux revêtaient légalement une nature administrative en application des dispositions de l'article 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 modifiée portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

286 – En premier lieu, il ne saurait être utilement contesté que la présidence de la République française ne dispose d'aucune personnalité morale distincte de celle de l'État. L'article 5 de la Constitution du 4 octobre 1958 dispose ainsi que le président de la République veille au respect de la Constitution et assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

287 En deuxième lieu, le Tribunal juge par suite qu'aucune disposition constitutionnelle, légale ou réglementaire n'a entendu soustraire la présidence de la République de l'application des dispositions du code des marchés publics lequel prévoit expressément que celles-ci doivent être respectées par l'État dont elle est l'organe exécutif sommital.

288 – En troisième lieu, il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État, plus haute juridiction administrative française, qu'en l'absence de réglementation particulière édictée par les autorités compétentes l'Assemblée nationale, les contrats conclus par cette dernière pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services sont régis par les prescriptions du code des marchés publics (CE, Ass. 5 mars 1999, Président de l'Assemblée nationale, R. p. 42, concl. Bergeal). Revenant ainsi, 127 ans plus tard, sur une position séculaire qui écartait la compétence du juge administratif à l'égard d'une décision émanant d'une autorité de l'Assemblée nationale (CE, 15 novembre 1872, Carrey de Belle-mare, R. p. 591, S. 1873.2. 189, concl. Perret), le juge administratif s'est donc déclaré compétent à l'égard d'un tel acte pris par un pouvoir constitutionnel aussi issu du suffrage universel direct et

ce sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 modifiée relative au fonctionnement des assemblées parlementaires. En outre, ni la décision rendue le 5 mai 1976 (CE, 5 mai 1976, Union des syndicats CFDT des administrations centrales et assimilées, R. p. 228, concl. Franc) ni celle datée du 27 novembre 2000 (CE, 27 novembre 2000, Association comité tous frères, R. p. 559, concl. HQ) ne sauraient être valablement interprétées comme reconnaissant à la présidence de la République l'existence d'une personnalité morale distincte de celle de l'État.

En effet, la première a certes jugé que si l'article 2 du décret n° 72-556 du 30 juin 1972 relatif au statut des administrateurs civils attribue compétence au Premier ministre pour prononcer l'affectation des administrateurs civils aux différentes administrations centrales et administrations assimilées, ces dispositions étaient toutefois sans application en ce qui concerne le secrétariat général de la présidence de la République qui n'a pas le caractère d'une administration centrale et ne peut y être assimilé.

Elle n'a cependant nullement estimé que ladite présidence était distincte de l'État et n'a d'ailleurs pas été fichée de la sorte au Recueil Lebon (p. 228), son sens réel n'étant que de sauvegarder le pouvoir de nomination discrétionnaire de ses proches collaborateurs reconnu au chef de l'État. De même, la seconde – laquelle concerne la décision du président de la République de faire fleurir, entre 1986 et 1992, à l'occasion de la commémoration de l'armistice du 11 novembre 1918, la tombe du Maréchal Pétain sise au [...] à l'Île d'Yeu (85) – a jugé, outre le fait que de telles décisions revêtaient le caractère d'actes administratifs susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, « que la cour administrative d'appel, après avoir relevé qu'aucun contrôle n'est exercé sur l'utilisation par le Président de la République des crédits dont il dispose, ne pouvait légalement en déduire que les pièces comptables relatives aux gerbes florales en cause n'avaient pas à être conservées et faire droit, pour ce motif, à la demande Premier ministre tendant à l'annulation de l'article 3 du jugement par lequel le tribunal administratif de Paris a enjoint à la Présidence de la République de communiquer à l'ASSOCIATION COMITÉ TOUS FRÈRES des copies de ces documents comptables ».

Là encore, l'analyse rigoureuse du fichage opéré par le Recueil Lebon (p. 559) enseigne non que la présidence de la République doit juridiquement se voir reconnaître un statut particulier au sein des institutions de l'État mais que les pièces comptables relatives aux gerbes florales déposées sur la tombe du Maréchal Pétain à l'occasion de la commémoration du 11 novembre 1918 en application d'une décision du président de la République constituent des documents administratifs communicables entrant ainsi dans les prévisions des dispositions de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

289 – En quatrième lieu, il est constant que la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) – devenue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) à compter du 1er décembre 2009 – a jugé, le 17 septembre 1998, que « la notion d'État à laquelle se réfère cette disposition recouvre nécessairement tous les organes qui exercent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Il en est de même des organes qui, dans un État à structure fédérale, exercent ces pouvoirs au niveau des entités fédérées » (CJCE, 17 septembre 1998, Commission c/ Belgique, C-323/96, § 27). Elle en a donc déduit que la directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et celle n° 93/37/CEE du Conseil en date du 14

juin 1993 portant également coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux devaient s'appliquer au marché de construction, à Bruxelles (Belgique), d'un bâtiment par le Parlement flamand (Vlaamse Raad).

Il sera rappelé ici que toutes les autorités des États membres, y compris les juridictions nationales, sont soumises à l'obligation de garantir le plein effet des dispositions communautaires (CJCE, 19 novembre 1991, FRANCOVICH, C-6/90 et C9/90 ; CJCE, 13 janvier 2004, KÜHNE& HEITZ, C-453/00 ; CJCE, 5 octobre 2004, PFEIFFER, C-397/01 à C-403/01 ; CJCE, 4 juillet 2006, ADENELER E.A., C-212/04). De plus, l'absence de la présidence de la République française à l'annexe IV de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et relatives aux autorités gouvernementales centrales considérées comme étant des pouvoirs adjudicateurs au sens des dispositions de l'article 1er 9° de ladite directive est juridiquement inopérante dès lors que la liste considérée n'a de valeur qu'indicative.

Il est ainsi expressément mentionné par la directive précitée : « Aux fins de la présente directive, on entend par « autorités gouvernementales centrales », les autorités figurant à titre indicatif dans la présente annexe et, dans la mesure où des rectificatifs, des modifications ou des amendements auraient été apportés au niveau national, les entités qui leur auraient succédé ».

290 – En cinquième lieu, il résulte de tout ce qui précède que le code des marchés publics issu du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 s'appliquait évidemment à la présidence de la République française laquelle ne dispose d'aucune personnalité morale distincte de celle de l'État.

291 – En sixième lieu, il doit être jugé qu'un usage, une tradition ou une coutume – fussent-ils constitutionnels ou républicains – quelles que puissent être leur ancienneté et leur autorité supposée, même individuellement reconnue et dûment appliquée par de hautes autorités administratives, judiciaires ou universitaires, ne peut, en aucune manière, avoir une quelconque portée contraignante à l'encontre de dispositions réglementaires contraires et régulièrement publiées conformément aux dispositions de l'article 1er du code civil (Crim. 16 janvier 2007, n° 06-80.914).

Par suite, la circonstance qu'une tradition républicaine ininterrompue née avec les lois constitutionnelles de février et juillet 1875 enracinant la IIIème République sur le sol français ait reconnu à la présidence de la République jusqu'au 15 juillet 2009, date de remise du rapport sus-évoqué de la Cour des comptes, un statut totalement dérogeant la soustrayant, durant 134 ans, à l'application des règles de la commande et de la comptabilité publiques n'a nullement eu pour effet de créer un régime juridique particulier et opposable à tous dès lors que, dès l'intervention du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics, ceux passés par l'État étaient expressément régis par le nouveau code des CM 135 / 177 marchés publics (art 39 et suivants).

292 – En septième et dernier lieu, le Tribunal ne reconnaît valeur normative, au vu de l'ensemble de ces éléments, ni aux positions adoptées, de manière mécanique et consensuelle, sans l'ombre de l'esprit critique pourtant légitimement attendu de la part des représentants les plus élevés de l'État, par les différents hauts fonctionnaires s'étant succédé à l'Élysée depuis 1958 – qu'ils soient secrétaires généraux de la présidence de la République ou directeurs des services financiers – ni aux constats individuels réalisés par certains membres éminents du Conseil d'État inscrits dans une vision purement traditionaliste du statut de la présidence de la Ré-

publique ni encore aux propos tenus par les professeurs d'Université cités par la défense en qualité de témoins et dont l'argumentaire – partagé à dessein – n'a nullement permis de remettre en cause la hiérarchie des normes existante.

3) Les exceptions invoquées à l'encontre de l'application des dispositions du code des marchés publics :

293 – La défense invoque ici trois exceptions réglementaires à l'application du code des marchés publics.

294 – En premier lieu, l'article 3 dudit code énonce : « Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres suivants passés par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 : (...) 7° Accords-cadres et marchés qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige (...) ».

Il résulte de ces dispositions que ne sont pas soumis aux dispositions du code des marchés publics des marchés déclarés secrets ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité sans lesquelles les intérêts fondamentaux de l'État seraient menacés. La lecture de la circulaire du 3 août 2016 portant manuel d'application du code des marchés publics permet de saisir quelle fut l'intention des auteurs du décret n° 2006-975 du 1er août 2006 quant aux contrats visés par ces dispositions : « Tel est notamment le cas de certaines prestations acquises en vue de prévenir des actions terroristes ou bio-terroristes, et plus généralement de fournisseurs qui du fait de leurs prestations accèdent à des informations ou domaines sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à la sécurité et la sûreté de l'État et de son potentiel scientifique et économique ».

Il est de plus patent que le terrain d'élection de l'article 3 7° du code des marchés publics fut le domaine de la défense nationale et notamment la gestion et l'entretien des forces armées. Par suite, le Tribunal juge que ni la commande de sondages ni le conseil politique, quand bien même ceux-ci eussent ponctuellement porté sur des questions de sécurité intérieure ou de défense nationale n'étaient susceptibles d'entrer dans les prévisions dudit article. Il en va de même de la participation de MM. M et DU aux délibérations relatives à l'action gouvernementale ou à la composition du gouvernement laquelle, si elle réclamait certes une confidentialité totale d'ailleurs contractuellement prévue s'agissant du second – n'exigeait cependant pas le secret au sens des dispositions de l'article 37° du code des marchés publics de 2006.

Il est ici constant qu'aucun d'entre eux n'était titulaire d'une quelconque habilitation de sécurité régulièrement délivrée par l'autorité compétente et que nul n'y a d'ailleurs songé. Or, il serait difficilement concevable que la présidence de la République française ait permis à deux individus n'ayant ni la qualité de fonctionnaires ni celle de membres du cabinet du chef de l'État d'accéder à des informations hautement sensibles et susceptibles d'affecter la protection des intérêts fondamentaux de la Nation sans s'être préalablement assurée que ceux-ci présentaient les garanties personnelles nécessaires, ne serait-ce qu'en termes d'indépendance à l'égard d'intérêts privés stratégiques et, naturellement, de toute puissance étrangère. Au cours de son interrogatoire réalisé en garde à vue le 3 juin 2015, M. K a d'ailleurs déclaré : « La plus-value venait d'abord d'eux dans la mesure où ils livraient le fruit de leur réflexion, leur travail, leurs études.

Ils apportaient des analyses très importantes sur l'état de l'Z et la manière de conduire l'action publique. Entendons-nous bien, ils

ne participaient pas à la décision publique mais ils communiquaient des éléments qui l'éclairaient » (D474/3).

295 – En deuxième lieu, le recours à la procédure adaptée prévue par l'article 28 du code des marchés n'excluait aucunement, ainsi qu'il a déjà été dit (cf. supra § 247 du présent jugement), toute publicité et mise en concurrence, ces dernières pouvant être valablement assurées par une information identique délivrée, par tout moyen, aux opérateurs choisis.

Mme L a par ailleurs soutenu, au cours de l'audience correctionnelle du 21 octobre 2021, l'applicabilité du dernier alinéa de l'article 28 du code des marchés publics selon lequel « le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances le justifient (...) ». Cette dernière notion ne sera explicitée que par la décision AB rendue le 10 février 2010 par le Conseil d'État (cf. supra § 36 du présent jugement) lequel ne visera que les seuls cas « où il apparaît que de telles formalités sont impossibles ou manifestement inutiles notamment en raison de l'objet du marché, de son montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré ».

Il a ici été allégué par les prévenus, tant dans leurs écritures qu'au cours de l'audience a publique du 21 octobre 2021), que la prestation de conseil politique était par nature exclusive de toute mise en concurrence en raison du nécessaire lien de proximité et de confiance politiques devant unir les cocontractants au président de la République. Le Tribunal juge cependant que, sauf à supposer que le chef de l'État nouvellement élu le 6 mai 2007 ne dénombrât autour de BC que fort peu de personnes compétentes et partageant son orientation politique, il était dès lors parfaitement loisible à la présidence de la République de recourir à une publicité restreinte ainsi qu'à la mise en concurrence d'un faible nombre de sociétés disposant de l'expertise requise en matière d'études d'Z et de conseil et présentant la compatibilité politique attendue.

L'usage délibéré d'une procédure de gré à gré décidé ex cathedra par M. R – lequel a clairement donné instruction à M. K de contracter directement avec MM. M et DU sans considération aucune pour le respect du droit applicable – n'a procédé que d'une conception purement régaliennne de l'autorité de l'État alors que les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics autorisaient pourtant la conjugaison pertinente de l'observation d'une procédure conforme à la réglementation et de la prise en compte de considérations politiques qui n'avaient d'ailleurs pas à figurer au sein de l'information également délivrée aux opérateurs préalablement sélectionnés par le pouvoir adjudicateur, les notions de publicité et de publication ne devant en outre pas être confondues.

Il sera d'ailleurs observé ici que M. DU a justement déclaré, lors de son interrogatoire réalisé en garde à vue le 29 juillet 2015, qu'il n'avait pas « à communiquer mes convictions politiques pour donner des conseils ».

296 – En troisième et dernier lieu, les prévenus invoquent également l'article 35 II 8° du code des marchés publics lequel vise « les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité » pour justifier l'absence de publicité et de mise en concurrence préalables fondée, selon eux, sur l'existence d'un irréductible intuition personnel. Il y a toutefois lieu de renvoyer ici le lecteur aux développements précédents pour écarter cette argumentation et de souligner que les prestations réalisées par MM. M et DU relevaient d'un secteur d'activité connaissant la concurrence fût-elle limitée et ne présentaient pas une technicité telle que seul un opérateur économique déterminé pût les exécuter.

4°) L'application, au cas présent, des dispositions de l'article 432-14 du code pénal :

a) En ce qui concerne les contrats du 1er juin 2007 30 avril 2009, 15 avril 2010, 14 mars 2011 et 16 février 2012 conclus entre la présidence de la République d'une part et les sociétés H et EA-Z d'autre part ainsi que la convention du 16 mars 2008 et ses avenants de mars 2009 et novembre 2010 conclus entre le cabinet AT et la présidence de la République :

297 – En premier lieu, M. K et Mme L doivent se voir reconnaître la qualité de personnes dépositaires de l'autorité publique au sens des dispositions de l'article 432-14 du code pénal dès lors que leurs fonctions respectives de secrétaire général de la présidence de la République et de directrice du cabinet du président de la République leur conféraient un pouvoir de décision et de contrainte de nature administrative exercé au sein de l'institution élyséenne. Ce faisant, ils concouraient à la mise en œuvre des prérogatives reconnues au chef de l'État par la Constitution du 4 octobre 1958 parmi lesquelles figurent le pouvoir réglementaire mentionné à l'article 13 alinéa 1er de ce texte.

Toutefois, ce constat ne leur permet, en aucune manière, de bénéficier de l'immunité reconnue au président de la République à raison des actes accomplis en cette qualité par les dispositions de l'article 67 de la Constitution lequel ne vise nullement les collaborateurs du chef de l'État, fussent-ils les plus proches.

298 – En deuxième lieu, il sera rappelé que l'absence pure et simple de mise en concurrence à l'occasion d'une procédure de passation d'un marché public est à même de caractériser l'élément matériel du délit de favoritisme (Crim. 5 mai 2004, n° 03 85.503, Bull. crim. n° 110 ; Crim. 17 décembre 2008, n° 08-82.319, Bull. crim. N° 261).

299 – En troisième lieu, il importe de prendre en considération la qualité du prévenu, ses connaissances et compétences acquises en matière de marchés publics afin d'apprécier l'élément intentionnel dudit délit (Crim. 15 septembre 1999, n° 98 87.588 ; Crim. 15 décembre 2004, n° 03-83.474) étant précisé que ni l'ignorance ou la méconnaissance des règles applicables à la commande publique (Crim. 8 mars 2006, n° 05-85.276) ni l'invocation d'une simple erreur de droit ne sont à même de neutraliser l'élément intentionnel dont s'agit (Crim. 26 septembre 2000, n° 99 87.792).

300 – En quatrième lieu, il est constant que la conclusion des conventions précitées des 1er juin 2007, 16 mars 2008 et 30 avril 2009 ainsi que celle de leurs avenants CM 138 / 177 respectifs n'ont été précédées d'aucune publicité ni mise en concurrence préalables, circonstance qui caractérise l'élément matériel du délit de favoritisme.

301 – En cinquième lieu, le Tribunal juge que M. K lequel a donné instruction, le 20 juin 2007, à Mme L de « mettre à la signature » la convention – antidatée – du 1er juin 2007 (F29/2) et de signer celle du 16 mars 2008 ne saurait se retrancher derrière une quelconque méconnaissance du droit de la commande publique laquelle est strictement incompatible avec la carrière professionnelle de l'intéressé qui, en ses différentes qualités de secrétaire général de préfecture, de préfet de département, préfet de région, de directeur général de la police nationale, de directeur de cabinet du ministre de l'Intérieur, de directeur de cabinet du ministre de l'Économie et des Finances et de ministre de l'Intérieur, de l'Outre-Mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration, était nécessairement avisé des principes fondamentaux s'appliquant aux marchés publics régis par le code des marchés publics. Si l'argumentaire de M. K a essentiellement consisté en l'invocation d'une supervision consubstantielle à ses fonctions de secré-

taire général de la présidence de la République et l'ayant conduit à s'en remettre totalement à Mme L dont la réputation exceptionnellement laudative et acquise au sein du Conseil d'État constituait une sorte de caution de légalité, celui-ci ne saurait être admis dès lors qu'il emporte une logique dé-responsabilisante manifestement excessive et non fondée.

En outre, il y a lieu de se reporter ici aux déclarations de M. AU faites devant les enquêteurs, le 24 juin 2015 : « Nous sommes dans une grande hypocrisie. Les pouvoirs publics républicains depuis 1958 connaissent très précisément le fonctionnement de l'Élysée, puisque les alternances qui ont eu lieu au fil du temps, ont eu, entre autres, au moins le mérite de faire connaître aux présidents de la République successifs le caractère totalement dérogatoire au droit commun financier public de l'Élysée. Pourquoi aucun président, naturellement informé du caractère exorbitant du droit commun de ce pouvoir public, n'a-t-il pris aucune disposition pour modifier le dispositif financier ? Jusqu'à mon départ, aucune autorité responsable de l'Élysée n'a pris aucune disposition écrite (au moins une instruction concernant la gestion financière de l'Élysée) pour mettre en place un système clair. Tout s'est passé au fil du temps comme si l'exécution de la dépense était laissée à l'appréciation de ceux qui la réalisaient, et en premier lieu le chef du service financier et du personnel ».

S'exprimant devant les membres de la commission des finances de l'Assemblée nationale, le 13 octobre 2009, le successeur de Mme L (M. FW U) a ajouté qu'il allait « de soi » que le contrat du 10 juin 2007 était soumis aux dispositions du code des marchés publics. C'est dire que l'absence de respect par la présidence de la République du droit de la commande publique qui s'appliquait pourtant à elle comme à tous les organes du pouvoir exécutif revêtait le caractère d'une grave anomalie connue de chaque administration élyséenne et que nul n'avait entendu corriger jusqu'en 2008. Cette violation de l'État de droit, admise dans le cadre d'un surprenant consensus depuis 1871, ne peut donc être regardée comme une illégalité nouvellement débusquée et qui avait, durant plus d'un siècle, vicié silencieusement tous les achats réalisés par une présidence de la République ignorante.

Par suite, le Tribunal juge que l'élément intentionnel du délit de favoritisme est à bon droit vérifié s'agissant de M. K lequel n'a pu davantage méconnaître l'existence de la note du 28 janvier 2008 par laquelle Mme L sollicitait la révision de tous les contrats conclus en dehors des prescriptions du code des marchés publics.

Concernant les contrats précités signés le 30 avril 2009 par M. S (D81 ; D83) ainsi que la lettre de reconduction datée du 15 avril 2010 (171/58) et les avenants des mois de 2009 novembre 2010 à la convention du 16 mars 2008, aucun élément ne permet de démontrer que M. K, qui avait tout de même initialement nié – avant de se raviser – que le contrat du 1er juin 2007 ait pu cheminer par BC (D477/5), ait été écarté du processus décisionnel alors qu'il exerçait les fonctions de secrétaire général de la présidence de la République jusqu'au 27 février 2011. M. DU a de surcroît confirmé, le 29 juillet 2015, avoir négocié la convention du 16 mars 2008 et ses avenants avec M. K. À l'inverse, rien n'établit que, postérieurement à son départ de l'Élysée, le venu soit intervenu la conclusion de l'avenant du 14 mars 2011 également signé par M. S.

302 – En sixième lieu, il ressort des pièces du dossier et des débats que Mme L, directrice de cabinet du président de la République entre le 16 mai 2007 et le 30 juillet 2008, a signé les deux conventions litigieuses en date des le juin 2007 et 16 mars 2008 alors qu'elle était une ancienne élève de l'École Nationale d'Administration (ENA) et avait été maître des requêtes au Conseil d'État. Membre du centre de documentation de cette haute institu-

tion, elle possédait à l'évidence une solide connaissance de l'ensemble des décisions rendues par le Conseil d'État et n'ignorait rien des principes cardinaux inscrits à l'article 1er du code des marchés publics.

Au cours de l'audience du 20 octobre 20214, l'intéressée a expliqué avoir appris, à l'occasion de l'organisation de l'arbre de Noël en 2007 et avec stupéfaction, que la présidence de la République n'avait jamais appliqué les dispositions dudit code en estimant y être soustraite en vertu d'une tradition républicaine inaltérable. Elle a également fait état d'une note adressée 28 janvier 2008 aux services placés sous son autorité et demandant la révision de tous les contrats et marchés dont le montant excédait le seuil des marchés publics afin qu'il fût procédé à une mise en concurrence.

Celle-ci avait été précédée d'une autre note administrative rédigée par ses soins en décembre 200746 à l'attention du chef de l'État lequel s'était borné à la BC retourner revêtue de l'annotation manuscrite « Vu, merci ». S'il est certes indéniable que Mme L fut la seule à tenter de s'extraire d'une concorde commode et profondément innervée par une conception monarchique de la présidence de la République qui entendait exonérer celle-ci de l'application du droit commun et faire ainsi échec au principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi, il n'en reste pas moins qu'elle a consciemment accepté de se satisfaire de l'avis lapidaire et d'une valeur démonstrative nulle émis par M. AU ainsi que des opinions purement orales et pas davantage étayées du Secrétaire Général du Gouvernement (SGG) et du directeur général des finances publiques d'Île-de-France lesquels s'étaient cantonnés à la reconnaissance de la grande valeur et de la fiabilité professionnelles de M. AU sans produire le moindre argument juridique sérieux.

Outre le fait qu'il est particulièrement frappant que la directrice de cabinet du président de la République n'ait même pas songé à exiger de M. AU ou de ses deux interlocuteurs précités la production d'une note juridique approfondie relative à l'applicabilité du code des marchés publics à la présidence de la République française, document qui BC aurait permis d'apprécier immédiatement, avant la signature de tout contrat, l' inanité des anecdotes figurant dans la note établie, vraisemblablement en 1958, par M. KD-GC AV, trésorier-payeur général, il est encore plus inexplicable qu'instruite, à compter du 16 février 2008, de la motivation juridique claire, précise et étayée de la note qu'elle avait elle-même demandée à M. AA, conseiller d'État, elle ait néanmoins consenti à signer le contrat du 16 mars 2008 avec le cabinet 45.

Un comportement normalement diligent et respectueux du droit l'eût conduit à s'abstenir d'agir de la sorte sans être au moins en possession d'une note juridique exclusivement motivée en droit et signée du Secrétaire Général du Gouvernement sur lequel la présidence de la République avait autorité ou, ce qui aurait été de nature à sécuriser juridiquement l'ensemble de la procédure, d'un avis émis par la section des finances du Conseil d'État en application des dispositions de l'article L. 112-2 du code de justice administrative. Il sera également observé que Mme L n'a même pas jugé utile de solliciter un avis officiel du ministère de l'Économie et des Finances lequel avait pourtant publié, moins d'un an auparavant, une circulaire datée du 3 août 2006 et portant manuel d'application du code des marchés publics, M. AU, au cours de son audition du 24 juin 2015, a également dénoncé en ces termes cette forme de laisser-aller : « Il appartenait donc à madame L, directrice de cabinet, responsable de l'administration et des finances élyséennes, par mandat tacite de monsieur R, d'écrire le règlement qui aurait régi l'Élysée.

Étant le subordonné de Mme L, elle devait me donner des instructions écrites dénuées de toute ambiguïté dans ce domaine. Ce

qu'elle n'a pas fait, comme dans tous les autres domaines de l'Élysée. Au demeurant, nos rapports n'ayant aucun caractère cha-leureux, je n'ai eu avec elle que peu de conversations particulières sur les sujets qui concernaient mon service, autres que ceux qui pouvaient concerner des points ponctuels comme celui qu'elle évoque ».

La prévenue doit donc être regardée comme ayant adopté une attitude ambivalente mêlée d'une désinvolture JI face à l'application d'un droit qui était pourtant indissociable de son état de magistrat de l'ordre administratif et d'une incontestable détermination à mettre fin à un système arbitraire et hérité de la monarchie. Ainsi, eu égard à ses hautes compétences unanimement reconnues, à sa rigueur intellectuelle et son caractère résolu, il convient de considérer que Mme L, responsable de l'administration et des finances de l'Élysée, a délibérément accepté de signer deux contrats dont elle connaissait intimement l'illégalité et par suite accompli, en connaissance de cause, acte contraire aux dispositions législatives ou un réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

L'intéressé a d'ailleurs justement synthétisé ces éléments, lors de son interrogatoire de première comparution en date du 2 février 2016 : « À cette époque-là, il était évident, à mes yeux, que le code des marchés publics était applicable à l'Élysée et qu'il était appliqué. Il était également évident que l'Élysée avait déjà recouru à des prestations de conseils et de sondages, ce qui a été confirmé par FN AU dans son audition. Le code des marchés publics, je ne l'avais jamais pratiqué, mais j'en connaissais les principes. Je savais qu'il y avait des exceptions. Je comprenais bien qu'on était dans une institution très particulière, la Présidence de la République, et par ailleurs c'est une prestation intellectuelle, et donc j'avais le souvenir que les prestations intellectuelles obéissent à des règles spécifiques. Vous me demandez quelles règles : par exemple des dispenses ou des formalités allégées de publicité et de mise en concurrence. Quand j'ai posé la question au chef des services administratifs et financiers, c'est tout cela que j'avais en tête. Et compte tenu de sa réponse, j'ai signé le contrat ».

Il est cependant juste de relever, à la décharge de celle-ci, qu'elle n'a bénéficié d'aucun encadrement actif de la part de M. R lequel est fonctionnellement comptable de ce défaut d'organisation manifeste dont il s'est largement désintéressé et qui ne s'est pas, loin s'en faut, révélé neutre pour les finances de l'État.

303 – En septième et dernier lieu, l'article 122-3 du code pénal dispose : « 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 ». Le second alinéa de l'article 122-4 du même code ajoute : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

M. K invoque ainsi le fait justificatif tiré de l'erreur de droit et celui procédant du commandement de l'autorité légitime. Toutefois, il résulte de ce qui a été dit plus haut que, d'une part, l'erreur de droit alléguée n'était, en toute hypothèse, aucunement invincible et que, d'autre part, l'ordre donné à l'intéressé par le président de la République de contracter, au nom de l'État, avec MM. M et DU, s'il contenait implicitement mais nécessairement – une violation patente de l'article 10 du code des marchés publics que son auteur ne pouvait d'ailleurs ignorer eu égard à sa qualité professionnelle d'avocat, était manifestement illégal pour les motifs sus-analysés. M. K ne pouvait dès lors méconnaître ce caractère d'évidence dès lors qu'il était parfaitement informé de la nature particulière des liens unissant, à titre personnel, le chef de l'État à MM. M et DU et, ainsi qu'il a déjà été dit, des règles fondamentales régissant la commande publique.

b) En ce qui concerne les commandes de sondages réalisées auprès des instituts G, O, Z EN et EO EP :

304 – Il est ici reproché à M. K d'avoir ordonné et/ou validé des commandes de sondages passés notamment par M. AH et à ce dernier d'avoir formalisé lesdites commandes auprès des sociétés commerciales dont s'agit.

305 – En l'espèce, il est établi que la présidence de la République a commandé de nombreux sondages aux instituts précités en dehors de toute procédure de mise en concurrence préalable et en méconnaissance des dispositions de l'article 29 10° du code des marchés publics. Cet état de fait a été expliqué par la supposée tradition républicaine ci-dessus évoquée. Tant au cours de l'instruction préparatoire que lors de l'audience correctionnelle du 21 octobre 2021, M. K et M. AH se sont opposés quant à la détermination de l'autorité ayant prescrit la commande des études d'Z litigieuses, le premier ayant décliné toute responsabilité en la matière et le second affirmé que les instructions qui BC étaient adressées émanaient du secrétaire général de l'Élysée.

306 – Le Tribunal juge ici qu'il est parfaitement invraisemblable que M. AH, jeune trentenaire et simple conseiller technique chargé de l'analyse de l'Z publique à la présidence de la République et dont l'éloignement fonctionnel et physique de l'épicentre de la décision politique n'a pas été utilement contesté, ait pu agir de sa propre autorité en déterminant lui-même les thèmes des sondages pertinents et en assurant personnellement le choix des instituts chargés de leur réalisation. Il estime par suite que seul son supérieur hiérarchique, en la personne de M. K, secrétaire général de la présidence de la République, était à même de BC communiquer les éléments essentiels BC permettant d'assumer efficacement ses fonctions. Ce faisant, celui-ci doit être regardé comme ayant il est vrai, contrairement à ses allégations, ordonné à M. AH de procéder à la commande d'études d'Z auprès des instituts G, O, Z EN et EO EP.

De plus, cette appréciation a été corroborée par M. DU, le 29 juillet 2015 : « Ce ne peut pas être DF AH qui prend la décision seul. Il est jeune conseiller, il n'a pas ce pouvoir. Ce n'est que le Secrétaire Général qui peut prendre cette décision, après que j'en ai parlé avec le nouveau Président de la République d'une façon plus générale. Je ne me permettrai jamais, compte tenu de l'importance du sujet, de ne pas respecter la hiérarchie. J'en parle d'abord au principal intéressé, CZ R, par écrit et en toute transparence. Puis à DH K, lors d'un rendez-vous où je BC présente la proposition avec toutes les spécificités auxquelles j'ai fait allusion ce matin. Et une fois approuvé le principe, c'est celui qui a la relation directe avec les instituts de sondage, qui a la responsabilité de le faire savoir aux instituts de sondages, en l'occurrence DF AH ».

307 – Si M. K n'ignorait rien, pour les raisons sus-analysées, de l'illégalité consécutive à l'absence d'application des dispositions du code des marchés publics s'agissant d'un marché d'études d'Z et de sondages régi par les dispositions de l'article 29 du code des marchés publics, le Tribunal juge hautement probable le fait que M. AH, dépourvu de toute expérience administrative, provenant du secteur privé, faiblement instruit des règles de la commande publique et dont rien ne prouve qu'il ait eu connaissance de la note sus-évoquée du 28 janvier 2008, n'ait pu déceler seul le caractère manifestement illégal des ordres qui BC étaient adressés par le secrétaire général de l'Élysée, homme armé d'une éblouissante carrière dans la fonction publique d'État.

Par suite, le prévenu, lequel a effectivement commandé des études d'Z en méconnaissance de la réglementation applicable aux marchés publics, devra toutefois bénéficier des dispositions de l'ar-

ticle 122-4 alinéa 2 du code pénal et être JH pour ce motif de droit.

308 – Il résulte de tout ce qui précède que M. K et Mme L doivent, à l'inverse, être tous deux déclarés coupables du délit de favoritisme qui leur est reproché. Le premier sera cependant partiellement JH de ce chef s'agissant de l'avenant du 14 mars 2011 au contrat du 30 avril 2009 conclu entre la société H et la présidence de la République. (...)

Référence 2 : Cass. crim., 11 mai 2022, n° 21-85.272

M. [S] [T] et M. [L] [W] ont formé des pourvois contre l'arrêt de la cour d'appel de Bastia, chambre correctionnelle, en date du 20 janvier 2020, qui a condamné, le premier, pour détournement de fonds publics, atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et recel, à deux ans d'emprisonnement dont un an avec sursis, 10 000 euros d'amende, cinq ans d'interdiction professionnelle et de gérer et a ordonné une mesure de confiscation, le second, pour escroquerie et recel, à dix-huit mois d'emprisonnement avec sursis, 10 000 euros d'amende et cinq ans d'interdiction professionnelle et de gérer et a prononcé sur les intérêts civils.

Les pourvois sont joints en raison de la connexité.

Exposé du litige

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.

2. Courant février 2012, le commissaire aux comptes de l'association régionale pour la Sauvegarde de l'enfance et de l'adulte (ARSEA) et celui de l'association départementale des Amis et parents d'enfants inadaptés (ADAPEI), toutes deux appartenant au groupe A Stella, ont signalé au procureur de la République les nombreuses anomalies constatées dans les comptes de ces structures ainsi que l'existence de conventions conclues entre celles-ci et leurs dirigeants dans des conditions suspectes.

3. Le 13 février 2012, le procureur de la République a diligenté une enquête préliminaire qui a également révélé que l'ensemble des contrats conclus entre les associations et les sociétés [1], dirigée par M. [I] [Z], et [2], dirigée par le fils de M. [S] [T] et des proches de M. [Z], l'ont été sans mise en concurrence préalable, et a mis à jour les conditions douteuses d'acquisition, par les deux associations, d'un logiciel Sibelle (ou encore Cibelle ou Sybelle) vendu par la société [1] pour un montant de plus de 300 000 euros.

4. A l'issue de l'enquête, le procureur de la République a fait citer, notamment, M. [T] des chefs, d'une part, d'escroquerie ayant consisté à signer avec les associations ADAPEI-ARSEA du groupement A Stella deux conventions de départ anticipé en retraite puis un protocole de départ volontaire, sans avoir obtenu l'aval de l'Agence régionale de santé de Corse et de la direction départementale du travail et d'avoir ainsi trompé ces associations pour les déterminer à lui remettre la somme de 200 000 euros à leur préjudice, d'autre part, d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics pour avoir, en sa qualité de directeur général des associations ADAPEI-ARSEA du groupement A Stella, agissant pour le compte de l'État et du conseil général de Corse-du-Sud, par un acte contraire à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et au décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, procuré ou tenté de procurer à MM. [X] [T] et [I] [Z] un avantage

injustifié, en l'espèce, en concluant avec les sociétés [2] et [1] des marchés de fourniture et de services sans avoir effectué de publicité et de mise en concurrence, enfin de complicité d'escroquerie commises par MM. [Z], gérant des sociétés [2] et [1], et [O], s'agissant d'avances sur rémunérations, au préjudice des associations ARSEA et ADAPEI, et M. [L] [W] des chefs d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et d'escroquerie.

5. Par jugement du 22 juin 2018, le tribunal correctionnel d'Ajaccio a annulé la citation de M. [T] s'agissant de la prévention d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, a rejeté les autres exceptions de nullité et celle prise de la prescription de l'action publique, a relaxé M. [W] du chef d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics, l'a déclaré coupable partiellement d'escroquerie et l'a condamné à six mois d'emprisonnement avec sursis, 10 000 euros d'amende et à cinq ans d'interdiction professionnelle.

6. Les juges ont déclaré M. [T] coupable du chef d'escroquerie et l'ont condamné à deux ans d'emprisonnement dont un an avec sursis, à 10 000 euros d'amende, à cinq ans d'interdiction professionnelle et ont ordonné une mesure de confiscation d'un véhicule.

7. MM. [T] et [W] ainsi que le ministère public ont relevé appel de cette décision.

Déchéance du pourvoi formé par M. [W]

8. M. [W] n'a pas déposé dans le délai légal, personnellement ou par son avocat, un mémoire exposant ses moyens de cassation. Il y a lieu, en conséquence, de le déclarer déchu de son pourvoi par application de l'article 590-1 du code de procédure pénale.

Examen des moyens

Sur le premier moyen et sur le troisième moyen, pris en sa seconde branche

9. Ils ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi au sens de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

Sur le deuxième moyen

10. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a déclaré M. [T] coupable, après requalification des faits, des chefs de détournement de fonds publics et recel de détournement de fonds publics, et l'a condamné tant sur l'action publique que sur l'action civile, alors :

« 1°/ que le juge correctionnel ne peut changer la qualification des faits poursuivis qu'à la condition d'être saisi par le titre initial de la poursuite de tous les éléments de fait du délit substitué ; qu'il ne peut en principe rien ajouter aux faits de la poursuite ; que la prévention initiale d'escroquerie et complicité au préjudice d'associations de droit privé, ne pouvait être requalifiée en détournement de fonds publics et recel, incrimination nouvelle reposant sur des éléments de fait et de droit essentiellement distincts ; que la requalification litigieuse a modifié substantiellement la prévention en violation de l'article préliminaire et des articles 388 et 593 du code de procédure pénale, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ que le juge qui requalifie la prévention initiale en ajoutant à celle-ci des faits nouveaux, doit établir que le prévenu a expressément accepté de s'expliquer sur la nouvelle prévention « élargie », et vérifier que la garantie des droits fondamentaux de la défense a été assurée ; qu'en substituant aux qualifications d'escroquerie et de complicité, les incriminations des détournements de fonds publics et de recel, reposant sur des éléments de fait et de droit es-

sentiellemment distincts de ceux de la citation initiale, la cour, qui n'a pas établi l'accord exprès de la personne poursuivie pour réponde de la nouvelle prévention, a derechef violé les articles préliminaire, 388 et 593 du code de procédure pénale, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

3°/ que le règlement au sein d'une association de droit privé des indemnités afférentes au départ d'un cadre, sans information préalable du conseil d'administration, ne saurait constituer un détournement de fonds publics ou un recel de ce délit à raison seulement des sources de financement de l'association ; qu'en se déterminant comme elle l'a fait, sans autrement établir le caractère public des fonds litigieux ni même la qualité et l'intention de l'auteur des dépenses incriminées au regard des exigences de l'article 432-15 du code pénal, la cour a méconnu le texte susvisé, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale et les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. »

Réponse de la Cour

Sur le moyen, pris en ses deux premières branches

11. Le demandeur ne saurait se faire un grief de la requalification contestée au moyen dès lors que celle-ci, qui ne portait pas sur des faits nouveaux, a été soumise au débat contradictoire, qu'elle a fait l'objet de réquisitions du ministère public et que le prévenu a été mis en mesure de s'en expliquer.

Sur le moyen, pris en sa dernière branche

12. Pour requalifier les faits d'escroquerie en détournement de bien public et en déclarer le prévenu coupable, l'arrêt attaqué relève l'existence de conventions similaires toutes datées du 14 avril 2011 et toutes signées par Mme [F] [P], portant mention dans leur article 1er, selon la version, d'une indemnité de départ à la retraite ou d'une indemnité de rupture conventionnelle, pour des départs prévus en 2013, voire 2014, que M. [O] a perçu 100 000 euros versés au moyen d'un chèque de 60 000 euros le 20 juin 2011 et d'un virement de 40 000 euros le 24 juin 2011, émis par le groupe A Stella et signé par M. [T], tandis que celui-ci a perçu 100 000 euros sous la forme de trois virements entre le 1er et le 24 juin 2011.

13. Les juges ajoutent que ces conventions, non soumises au conseil d'administration, n'ont été approuvées qu'au terme de l'assemblée générale du 26 mars 2012 à la suite de laquelle les protocoles de départ volontaire faisant référence aux versements desdites avances ont été signés, que les faits reprochés aux prévenus constituent donc la perception d'avances sur rémunération et que si le tribunal a retenu l'existence de manœuvres frauduleuses au regard de la chronologie des conventions et des modifications qui y ont été apportées, il convient d'envisager une requalification de ces faits en détournement de bien public.

14. Ils relèvent l'origine publique des fonds, la qualité de l'auteur du détournement qui s'est vu remettre ceux-ci à raison de ses fonctions et de sa mission, le fait que les associations du groupement A Stella assurent une mission de service public, et que les avances perçues par les trois prévenus portent sur des fonds publics, remis aux associations en raison de leurs fonctions ou de leur mission, puisqu'il n'est pas contesté qu'elles étaient financées, à hauteur de 95 % pour ARSEA et de 75 % pour l'ADAPEI, par des fonds publics provenant de l'Etat (l'Agence régionale de santé), de la collectivité de Corse ou de l'assurance-maladie, ce que les prévenus, compte tenu de leurs fonctions au sein de l'association, ne pouvaient ignorer.

15. La cour d'appel conclut qu'il y a lieu de requalifier les faits reprochés, notamment, à M. [T], en recel de détournement de fonds publics s'agissant de l'avance de 100 000 euros qu'il a perçue, et

en détournement de fonds publics, s'agissant de l'ordre de virement et du chèque signés en sa qualité de directeur général du groupement A Stella, au bénéfice de M. [O].

16. En prononçant ainsi, par des motifs relevant de son appréciation souveraine, dont il résulte que les associations victimes du délit de détournement de fonds publics exerçaient une mission de service public en raison de laquelle leur ont été remis les fonds dont le prévenu, qui avait la qualité de directeur général du groupement, avait nécessairement la disposition, la cour d'appel a justifié sa décision.

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche

17. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné le requérant sur l'action publique et sur l'action civile du chef de favoritisme, à raison d'une part, des faits de la poursuite situés entre le 24 janvier 2009 et le 30 juin 2012 en l'absence d'appel d'offre publique préalable à la conclusion des marchés passés avec les sociétés [2] et [1], et à raison, d'autre part, des faits situés entre 2006 et le 30 juin 2012 initialement poursuivis sous la qualification de complicité de l'escroquerie reprochée aux gérants des sociétés [2] et [1], alors :

« 1°/ que le délit de favoritisme prévu à l'article 432-14 du code pénal tendant à garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public doit être caractérisé au regard des dispositions législatives et réglementaires particulières propres à la réglementation des marchés publics ; qu'en ne s'expliquant pas mieux qu'elle ne l'a fait sur les conséquences s'attachant au nombre, à l'économie et au régime de chacun des marchés litigieux, en particulier sur le point de savoir s'ils ne se situaient pas en deçà des seuils permettant la libre conclusion d'un marché, la cour a privé son arrêt de toute base légale au regard des exigences de l'article 432-14 du code pénal et 593 du code de procédure pénale. »

Réponse de la Cour

18. Pour déclarer le prévenu coupable du délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, l'arrêt attaqué relève que les associations ADAPEI et ARSEA représentaient en 2007, avec leur centrale d'achat, la société [2], la moitié du chiffre d'affaires de la société [1], que la société [2] a été créée en 2006, que si aucune convention entre celle-ci et les associations n'a été retrouvée, il résulte du dossier que M. [T] a donné des instructions afin que toutes les transactions passent par l'intermédiaire de cette centrale d'achat, qui devait intervenir également s'agissant des prestations fournies par la société [1] avec laquelle les associations traitaient directement au préalable et que, pour sa part, la société [1] a vendu à l'ARSEA le logiciel Sybele et/ou son développement, avec une première proposition commerciale en 2006, le versement d'un acompte en janvier 2007, avec une facture finale de 352 000 euros.

19. Les juges ajoutent que les associations ARSEA-ADAPEI, chargées d'une mission de service public, doivent être considérées comme pouvoir adjudicateur, que la prévention vise le non-respect des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, abrogés à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui, dans son article 1, I, rappelle les principes fondamentaux de la commande publique, que les prévenus ne sont pas fondés à soutenir qu'aucune obligation ne s'imposait à eux en deçà des seuils prévus à l'article 7 du décret du 30 décembre 2005 dès lors que l'élément légal du délit de favoritisme peut parfaitement être constitué par les dispositions relatives au principe d'égalité devant la commande publique, et n'exige pas la violation d'une disposition procédurale particulière, et qu'au-delà des procédures prévues par ce texte, les

associations du groupement A Stella se devaient donc de respecter les principes généraux de la commande publique.

20. Ils retiennent qu'en l'espèce, il n'a été procédé à aucune mise en concurrence y compris pour des marchés importants, comme notamment celui relatif à l'implantation du logiciel Sybele, que l'octroi aux sociétés [1] et [2] de multiples marchés sans respect de l'égalité de traitement des candidats, et donc a fortiori sans aucune mise en concurrence, caractérise l'avantage injustifié constitutif de l'infraction prévue à l'article 432-14 du code pénal dès lors que ces deux sociétés se sont vues accorder la plupart des marchés concernant les associations, y compris lorsque les prestations fournies ne répondaient pas pleinement aux attentes des acquéreurs, et que l'enquête a mis en évidence que M. [T], directeur général du groupement, a approuvé et payé rapidement des marchés, parfois sans factures.

21. En prononçant ainsi, et dès lors qu'il n'est pas démontré que les dispositions de l'article 6 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 n'étaient pas applicables en raison de l'impossibilité de mettre en œuvre la publicité et la mise en concurrence ou de l'inutilité de ces procédures compte tenu de l'objet des marchés, de leur montant ou du degré de concurrence dans le secteur considéré, la cour d'appel a justifié sa décision.

Mais sur le quatrième moyen

22. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné M. [T] sur l'action publique à une peine d'emprisonnement pour partie ferme, et à une amende, ainsi qu'à une peine complémentaire d'interdiction d'exercice professionnel et à la confiscation de son véhicule, alors :

« 1°/ qu'aux termes des articles 132-1 et 132-19 du code pénal, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours, si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate ; qu'en pareille hypothèse, la peine d'emprisonnement doit faire l'objet des mesures d'aménagement prévues par la loi ; qu'à défaut, le juge doit encore spécialement motiver sa décision au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur ainsi que sa situation matérielle, familiale et sociale ; qu'en l'absence d'antécédents judiciaires du requérant et de sa situation familiale justifiée, la cour n'a pas fait ressortir le caractère de nécessité de l'emprisonnement pour partie ferme qu'elle a prononcé à son préjudice et n'a pas davantage envisagé un quelconque aménagement de cette peine, contrevenant ainsi aux règles et principes gouvernant la personnalisation des peines ;

2°/ que le juge répressif qui décide de ne pas aménager une peine d'emprisonnement ferme doit motiver spécialement cette décision, soit en établissant que la personnalité et la situation du condamné ne permettent pas un tel aménagement, soit en constatant une impossibilité matérielle ; qu'il ne peut s'abstenir d'ordonner un tel aménagement au motif qu'il ne dispose pas d'éléments précis sur la situation de l'intéressé dès lors que ce dernier est présent à l'audience et peut répondre à toutes les questions permettant d'apprécier la faisabilité d'une mesure d'aménagement ; que la cour, qui s'est dispensée de motiver le refus d'un aménagement de peine au seul motif qu'elle ne disposait pas d'éléments suffisants sur la situation familiale et sociale du requérant, a méconnu le principe d'individualisation des peines en violation des articles 132-1 et 132-19 du code pénal ;

3°/ que le prononcé d'une peine de confiscation implique une motivation particulière tenant, d'une part, aux critères d'individualisation de l'article 132-1 du code pénal et, d'autre part, au caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété ; qu'en ordonnant la confiscation du véhicule du requérant sans avoir établi

par motif propre que ce bien eut été irrégulièrement acquis ni s'interroger en tout état de cause sur la disproportion de cette mesure confiscatoire, la cour a derechef méconnu les articles 131-21 et 132-1 dudit code ;

4°/ que la cour d'appel qui prononce des peines complémentaires cumulées, doit établir la nécessité et la proportionnalité des interdictions dont s'agit au regard des exigences de motivation propres à la personnalisation des peines ; qu'en ne justifiant pas la peine d'interdiction d'exercice professionnel par des motifs distincts, la cour a derechef exposé son arrêt à la censure. »

Réponse de la Cour

Vu les articles 132-19 et 132-25 du code pénal et 464-2 du code de procédure pénale :

23. Il résulte de ces textes que si la peine d'emprisonnement ferme est supérieure à six mois et inférieure ou égale à un an au sens de l'article D. 48-1-1 du code de procédure pénale, son aménagement est le principe et le juge ne peut l'écarter que s'il constate que la situation ou la personnalité du condamné ne permettent pas son prononcé ou s'il relève une impossibilité matérielle de le faire. Dans ce cas, le juge doit motiver spécialement sa décision, de façon précise et circonstanciée, au regard des faits de l'espèce, de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale du condamné.

24. Il s'ensuit que le juge ne peut refuser d'aménager la peine au motif qu'il ne serait pas en possession d'éléments lui permettant d'apprécier la mesure d'aménagement adaptée. Dans ce cas, il doit ordonner, d'une part, l'aménagement de la peine, d'autre part, la convocation du prévenu devant le juge de l'application des peines, en application de l'article 464-2, 1, 2°, du code de procédure pénale. Il ne peut pas davantage l'écarter au motif de l'absence d'éléments propres à caractériser un projet de réinsertion, ou, au motif qu'il ne dispose pas d'éléments suffisamment précis et actualisés : si le prévenu est comparant, le juge doit l'interroger sur sa situation personnelle et, le cas échéant, peut ordonner un ajournement de la peine aux fins d'investigations sur sa personnalité ou sa situation, en application de l'article 132-70-1 du code pénal ; si le prévenu est non comparant, le juge ne peut refuser d'aménager la peine en se fondant sur sa seule absence et il lui appartient de rechercher, au vu des pièces de la procédure, si le principe d'un aménagement peut être ordonné.

25. Pour refuser d'aménager la peine d'un an d'emprisonnement ferme prononcée, la cour d'appel énonce que l'impératif de dissuasion interdit d'envisager immédiatement l'aménagement de la peine ferme prononcée, le prévenu n'ayant de surcroît fourni aucun élément suffisant pour en déterminer les modalités.

26. En statuant ainsi, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision.

27. En effet, si elle estimait n'être pas en possession d'éléments suffisants sur la personnalité ou la situation du prévenu, il appartenait à la cour d'appel d'interroger le prévenu, présent à l'audience, afin d'obtenir ces éléments pour apprécier si un aménagement de sa peine, au moins dans son principe, pouvait être prononcé et, le cas échéant, d'ordonner des investigations complémentaires sur ceux-ci, en application de l'article 132-70-1 du code pénal.

28. D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef.

Portée et conséquences de la cassation

29. La cassation sera limitée aux peines, dès lors que la déclaration de culpabilité n'encourt pas la censure. S'agissant de faits

commis avant le 24 mars 2020, il appartiendra à la juridiction saisie, au cas où une peine d'emprisonnement sans sursis inférieure ou égale à deux ans serait prononcée, d'appliquer, en matière d'aménagement, les dispositions issues de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

Dispositif

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Bastia, en date du 20 janvier 2020, mais en ses seules dispositions relatives aux peines, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ; Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel de Bastia, autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la cour d'appel de Bastia, et sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement annulé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le onze mai deux mille vingt-deux.

Référence 3 : Cass. crim., 9 déc. 2020, n° 19-85.904

L'Agence régionale de la santé de Corse, partie civile, et la collectivité de Corse, venant aux droits du Conseil général de la Haute-Corse, ont formé des pourvois contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, chambre 5-1, statuant sur renvoi après cassation (Crim., 25 octobre 2017, pourvoi n° 16-82.386) en date du 25 juin 2019, qui les a déboutés de leurs demandes après relaxe de M. R... X... et de M^{me} I... K... épouse X... du chef de détournement de fonds publics, et de M. F... X..., des chefs de complicité de détournement de fonds publics et faux et usage.

Les pourvois sont joints en raison de la connexité ;

Un mémoire a été produit.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.

2. Au début de l'année 2014, le procureur de la République de Bastia a diligenté une enquête préliminaire à la suite de dénonciations anonymes critiquant le niveau des rémunérations accordées au directeur général de l'association d'organisation régional de services et de soins à domicile (CORSSAD), M. R... X..., et à son épouse, M^{me} I... X..., directrice, tous deux nommés à ces postes en août 2011.

3. La CORSSAD, présidée depuis 2009 par M. F... X..., père et beau-père des intéressés, et financée majoritairement par des fonds versés par l'Agence régionale de santé (ARS), exerce une activité de gestion de services d'aide à domicile, de télé-alarme, de portage de repas, d'emploi de travailleurs familiaux et de garde d'enfants, de soins infirmiers à domicile pour personnes âgées et/ou handicapées.

4. L'enquête a révélé que les époux X... ont été nommés à leurs postes respectifs sans être titulaires des diplômes légalement requis et, pour M^{me} X..., sans que l'autorisation de l'ARS, cofinanceur, ait été sollicitée, et ont ainsi bénéficié de salaires ne correspondant pas à leur formation.

5. Ils auraient également perçu, entre 2010 et 2013, avec l'accord du conseil d'administration, des primes exceptionnelles pour un montant total de 514 671 euros, en l'absence de tout fondement conventionnel, légal ou réglementaire et d'autorisation expresse des financeurs qui ont eu accès à des budgets prévisionnels ne mentionnant pas ces primes.

6. En outre, les époux X... auraient bénéficié, en l'absence de tout justificatif et sur simple demande verbale, du remboursement de frais de déplacement pour formation injustifiés parmi lesquels figurent des billets d'avion, des nuitées d'hôtels « haut de gamme » et des frais de taxi, ainsi que de dépenses étrangères à la sphère professionnelle.

7. Par ailleurs, deux véhicules Renault Mégane RS, acquis par la CORSSAD auraient été mis à leur disposition..

8. Enfin, M. F... X... a reconnu avoir établi une fausse attestation de présence signée par son fils faisant état de la présence de celui-ci lors de modules de formation auxquels il n'a jamais participé, qu'il a ensuite transmise au Conseil général qui l'avait interpellé sur les qualifications professionnelles des chargés de direction de l'association.

9. A l'issue de l'enquête, les époux X... ont été convoqués devant le tribunal correctionnel pour avoir, à Bastia, entre le 1^{er} janvier 2006 et le 18 mars 2015, en tout cas depuis temps non couvert par la prescription, étant chargés d'une mission de service public, détruit, détourné ou soustrait des fonds publics ou privés au préjudice du conseil général de la Haute-Corse, de l'ARS et de la CORSSAD, en l'espèce en bénéficiant, en leurs qualités respectives de directeur général et de directrice de la CORSSAD, de salaires ne correspondant nullement à leur formation professionnelle, de primes exceptionnelles injustifiées, de la prise en charge abusive dans leur montant de déplacements professionnels sur le continent et de l'octroi injustifié de l'usage d'un véhicule automobile financé par le conseil général de la Haute-Corse et par l'ARS.

10. Pour sa part, M. F... X... a été convoqué devant le tribunal des chefs de faux et usage et de complicité de détournement de biens publics.

11. Par jugement du 20 août 2015, le tribunal correctionnel de Bastia a renvoyé M. F... X... et M^{me} I... X... des fins de la poursuite, déclaré M. R... X... coupable d'une partie des faits de détournement relatifs aux remboursements des frais de déplacement, l'a relaxé pour le surplus et l'a condamné au paiement d'une amende de 25.000 euros.

12. Il a reçu le conseil général de Haute-Corse, l'ARS ainsi que l'union départementale CGT de Haute-Corse en leurs constitutions de parties civiles et a rejeté leurs demandes.

13. Le ministère public, M. R... X... et les parties civiles ayant interjeté appel, la cour d'appel, par arrêt du 16 mars 2016, a déclaré les époux X... coupables de détournement de fonds publics, sauf en ce qui concerne l'usage de véhicules de service de l'association, a déclaré M. F... X... coupable de complicité de détournement de fonds publics, sauf s'agissant des véhicules de fonction, et de faux et usage, les a condamnés de ces chefs et a prononcé sur les intérêts civils.

14. Cet arrêt a été cassé en toutes ses dispositions par la Cour de cassation (Crim., 25 octobre 2017, pourvoi n° 16-82.386) pour une question de procédure et l'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence.

Examen de la recevabilité du pourvoi formé le 27 juin 2019 par l'ARS :

15. La demanderesse ayant épuisé, par l'exercice qu'elle en avait fait le 26 juin 2019, le droit de se pourvoir contre l'arrêt attaqué, était irrecevable à se pourvoir à nouveau contre la même décision, de sorte que le pourvoi formé le 27 juin 2019 est irrecevable.

Déchéance du pourvoi formé par la collectivité de Corse venant aux droits du conseil général de la Haute-Corse

16. La collectivité de Corse n'ayant pas déposé dans le délai légal, personnellement ou par son avocat, un mémoire exposant ses moyens de cassation, il y a lieu en conséquence de la déclarer déchue de son pourvoi par application de l'article [590-1](#) du code de procédure pénale.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

17. Le moyen est pris de la violation des articles [432-15](#) et [314-1](#) du code pénal, ensemble l'article [1240](#) du code civil.

18. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a débouté l'agence régionale de santé de Corse de ses demandes, alors :

« 1°/ que la cour d'appel relève que « le fonctionnement de l'association était assuré en très grande partie par des fonds publics [] dans le cadre des dispositions du code de l'action sociale, d'un agrément et d'un tarif rémunérant les dépenses afférentes aux rémunérations des personnes employées à domicile, celles des personnes coordonnatrices, ainsi que les frais de structure du service » ; qu'en s'attachant à constater, par des motifs inopérants, que les dépenses litigieuses avaient été validées par le conseil d'administration de l'association et étaient connues du conseil général, sans rechercher si elles n'étaient pas en tout état de cause supérieures aux montants légalement prévus et ainsi illégales, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles [432-15](#) et [314-1](#) du code pénal, ensemble l'article [1240](#) du code civil ;

2°/ que la cour d'appel, qui ne constate à aucun moment que l'agence régionale de santé de Corse aurait été informée des dépenses litigieuses ni n'aurait donné son accord à leur engagement, et qui conclut néanmoins à l'absence de faute civile à son égard, n'a pas légalement justifié sa décision au regard des articles [432-15](#) et [314-1](#) du code pénal, ensemble l'article [1240](#) du code civil ;

3°/ que s'agissant des salaires, le montant de la rémunération étant déterminé en fonction de la qualification du salarié, la cour d'appel, qui constate que ni M. R... X... ni M^{me} K... n'avaient la qualification professionnelle requise pour exercer leurs fonctions et conclut néanmoins à l'absence de détournement des fonds perçus par eux au titre de salaires (p. 13), n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations ;

4°/ que s'agissant des primes exceptionnelles, la cour d'appel énonce que « les primes exceptionnelles ne sont pas prévues par la convention collective, elles n'ont aucun fondement réglementaire » et qu' « elles ne sont donc pas opposables aux autorités de tarification et doivent en principe être financées sur des fonds propres, sauf autorisation expresse des financeurs » ; qu'en se bornant ensuite à constater l'absence de détournement au motif que les primes exceptionnelles versées aux prévenus avaient été votées par anticipation ou régularisation par le conseil d'administration de l'association, sans faire état d'une quelconque autorisation expresse des financeurs et notamment de l'agence régionale de santé de Corse, la cour d'appel a privé sa décision de

base légale au regard des articles [432-15](#) et [314-1](#) du code pénal, ensemble l'article [1240](#) du code civil ;

5°/ que s'agissant de la prise en charge des frais de déplacement, la cour d'appel, qui constate le caractère abusif des dépenses des prévenus et qui conclut néanmoins à l'absence de détournement, a violé les articles [432-15](#) et [314-1](#) du code pénal, ensemble l'article [1240](#) du code civil ;

6°/ que, s'agissant enfin des véhicules de l'association mis à la disposition des prévenus, la cour d'appel, en se bornant à relever que ces faits n'étaient pas susceptibles d'une quelconque qualification pénale, a insuffisamment motivé sa décision. »

Réponse de la Cour

Vu les articles [432-15](#) du code pénal et [593](#) du code de procédure pénale :

19. Aux termes du premier de ces textes, est constitutif du délit de détournement de fonds publics le fait de soustraire, détruire ou détourner un bien public.

20. Tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision. L'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence.

21. Pour renvoyer les prévenus des fins des poursuites du chef de détournement de fonds publics et débouter la partie civile de ses demandes, l'arrêt attaqué, après avoir rappelé que les faits poursuivis concernent l'usage de fonds publics provenant du financement par l'ARS et le Conseil général dont il convient de rechercher s'ils ont été détournés de leur objet, relève que les statuts de la CORSSAD disposent qu'elle est administrée par un conseil d'administration, que le président tient ses pouvoirs de ce conseil et est responsable des décisions prises par celui-ci.

22. S'agissant de la perception de salaires ne correspondant pas au niveau de formation effectif des prévenus, les juges, après avoir rappelé les dispositions du décret n° 2007-221 du 19 février 2007, constatent que le recrutement de M. X... en qualité de directeur en 2009 était impossible dans la mesure où il n'était pas titulaire d'un des diplômes ou qualifications requises et où les dispositions dérogatoires n'étaient pas applicables et relèvent que cet élément a échappé au conseil d'administration de la CORSSAD comme au Conseil général, pourtant sollicité pour la promotion du prévenu, et dont nombre de documents produits aux débats indiquent qu'il n'a rien trouvé à redire, l'ARS n'ayant par ailleurs formulé aucune observation.

23. La cour d'appel conclut qu'aucun détournement d'objet ne peut être imputé aux époux X... dont la promotion, et la rémunération qui s'y rapporte, avaient été préalablement votées et ont été approuvées par le financier principal.

24. S'agissant des versements qualifiés de primes exceptionnelles, les juges constatent qu'aucune surcharge éventuelle de travail ne peut les avoir justifiés dans les proportions telles qu'ils ont été effectués et que cette qualification doit être remise en cause dès lors que l'exception étant devenue la règle, les sommes visées relèvent d'un complément de rémunération.

25. Ils ajoutent que les montants visés à la prévention étant conformes à ceux votés par le conseil d'administration pour les années 2010 à 2013, aucun détournement ne peut être imputé aux prévenus qui ont perçu ces sommes conformément aux décisions dudit conseil qui ont été prises régulièrement en présence du

commissaire aux comptes par les membres qui en avaient été informés, les sommes attribuées apparaissant normales au témoin.

26. Les juges relèvent que les rapports du commissaire aux comptes, versés aux débats, indiquent la rémunération perçue chaque année par R... X... et « les membres de sa famille », en totalisant salaires et primes et que, dans ce contexte, il n'est pas possible de déduire des déclarations de deux témoins, qui affirment n'avoir jamais voté de primes exceptionnelles, que les procès-verbaux du conseil d'administration sont faux.

27. Ils ajoutent que les comptes administratifs de 2013 sont les premiers qui ventilent perception de salaires et de primes ainsi que les cadres le prévoient, que les comptes antérieurs ne faisaient pas apparaître les primes mais les intégraient aux rémunérations totales et qu'aucune dissimulation véritable n'est à cet égard établie, dans la mesure où, compte tenu des grilles de rémunération, la ventilation était aisée pour les destinataires de ces comptes, dont l'attention ne pouvait qu'être attirée par le niveau des salaires en cause.

28. La cour d'appel conclut que les primes litigieuses ont donc été payées conformément aux directives du conseil d'administration et selon les comptes administratifs, les salaires du directeur étant même spécifiés dans les comptes prévisionnels, si bien qu'aucun détournement de fonds n'apparaît établi.

29. S'agissant de la mise à disposition par le CORSSAD de véhicules de fonction à ses dirigeants, l'arrêt énonce qu'elle n'apparaît pas relever d'une quelconque qualification pénale.

30. S'agissant du remboursement de frais de déplacement d'un montant excessif, les juges relèvent que si le tribunal correctionnel a retenu à ce titre l'achat d'une caméra, le paiement par le CORSSAD de billets d'avions à des familiers des prévenus étrangers à l'association, ou d'un week-end à l'hôtel à Porto-Vecchio, la citation, qui détermine la saisine de la juridiction, ne vise que « la prise en charge abusive dans leur montant de déplacements professionnels sur le continent », ce qui interdit d'y inclure ces faits.

31. Ils ajoutent qu'il est normal que les déplacements Corse-continent aient été faits en avion et qu'il est justifié que les frais de stationnement de véhicules et de transferts aient été également assumés par l'association.

32. La cour d'appel conclut que le coût excessif des chambres d'hôtels ou des repas et l'usage du taxi plutôt que des transports en commun, dont les montants, eussent-ils dépassé les budgets prévisionnels, ont toujours été validés par le Conseil général et le conseil d'administration de l'association, ne caractérisent pas le délit de détournement de fonds publics, l'abus n'étant pas un élément constitutif de cette infraction.

33. En l'état de ces énonciations, la cour d'appel a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés.

34. En premier lieu, et alors qu'il résulte de ses propres constatations que les salaires ne correspondent pas au niveau de formation des prévenus, que les primes exceptionnelles, versées sans l'autorisation expresse des financeurs publics, ne sont pas justifiées par une quelconque surcharge de travail, et que les frais de déplacement ont pu excéder le budget prévisionnel, ni l'approbation donnée par le conseil d'administration d'une association à la perception de salaires et de primes exceptionnelles et au remboursement de frais de déplacement excessifs, ni la connaissance qu'en avaient les financeurs dont l'accord pour ces dépenses n'est pas démontré, ne sauraient faire disparaître le

caractère fautif des agissements des prévenus susceptible d'établir une faute civile ouvrant droit à la réparation des préjudices de la partie civile.

35. En deuxième lieu, le fait, pour le dirigeant d'une personne morale financée par des fonds publics, de se comporter en véritable propriétaire de ceux-ci par l'engagement de dépenses liées à des déplacements professionnels, manifestement excessives, de pure convenance et hors de proportion avec les pratiques admises, caractérise le délit de détournement au sens de l'article 432-15 du code pénal et la faute civile ouvrant droit à la réparation des préjudices de la partie civile.

36. En dernier lieu, la cour d'appel ne pouvait se borner, sans mieux s'en expliquer, à relever que les faits relatifs à la mise à disposition des prévenus de deux véhicules propriétés de la CORSSAD n'étaient pas susceptibles d'une quelconque qualification pénale.

37. La cassation est par conséquent encourue. Portée et conséquences de la cassation

38. L'ARS ayant seule formé un pourvoi, la cassation sera limitée aux dispositions civiles de l'arrêt attaqué la concernant.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

Sur le pourvoi formé le 27 juin 2019 par l'ARS :

LE DÉCLARE IRRECEVABLE ;

Sur le pourvoi formé par la Collectivité de Corse venant aux droits du conseil général de la Haute-Corse : CONSTATE la déchéance du pourvoi ;

Sur le pourvoi formé le 26 juin 2019 par l'ARS :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 25 juin 2019, mais en ses seules dispositions civiles concernant l'ARS, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée, RENVOIE la cause et les parties devant la cour d'appel d'Aix-en-Provence autrement composée, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

Référence 4 : Cass. crim., 20 janv. 2021 n° 19-86.702

M. A... G... a formé un pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Rouen - chambre correctionnelle, en date du 4 septembre 2019, qui, sur renvoi après cassation (Crim. 25 octobre 2017, n°16-85.248), pour prise illégale d'intérêt, l'a condamné à 20 000 euros d'amende et a prononcé sur les intérêts civils.

Des mémoires, en demande et en défense, et des observations complémentaires ont été produits.

la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure ce qui suit.

2. La commune de [...] (Calvados) a engagé une réflexion sur la création d'un parc de loisirs sur des terrains lui appartenant sous l'impulsion de son maire M. G..., qui a présidé plusieurs réunions sur ce sujet, s'est prononcé en faveur de cette solution et a créé, à cette fin, une commission des loisirs qui a élaboré un appel à projet.

3. Un seul dossier, présenté par le fils et le gendre du demandeur, a été déposé et retenu par la commission.

4. Le 8 février 2012, en l'absence de M. G..., lequel a toutefois préparé la convocation à cette réunion et formalisé le procès-verbal de délibération, le conseil municipal a, sur la base d'un prix de 216 802 euros déterminé par l'administration des domaines en 2008, autorisé la cession des terrains à MM. R... G... et M... L... qui ont, le 30 mai suivant, comme la délibération le leur permettait, créé, pour se substituer à eux, la société Eole Aventure, dont M. G... et son épouse et la société civile immobilière Holding Freole, détenue intégralement par ces derniers, étaient propriétaires à hauteur de 38% des parts.

5. Le notaire en charge de la réalisation de la vente et devant lequel a été signé le compromis de vente le 19 mars 2012, a, en dépit des interventions du demandeur, refusé de poursuivre la procédure en raison du conflit d'intérêt existant.

6. L'acte authentique de vente a finalement été signé le 15 février 2013 devant un autre notaire, le prévenu et son épouse ayant, préalablement, le 4 octobre 2012, cédé leurs parts dans la société Eole Aventure, tout en restant cautions solidaires des emprunts contractés par la société postérieurement à cette cession.

7. Le procureur de la République a fait citer M. G... devant le tribunal correctionnel du chef de prise illégale d'intérêt, pour avoir à [...], entre le 30 mai 2012 et le 4 octobre 2012, étant investi d'un mandat électif public, à savoir maire de la commune de [...], pris, reçu ou conservé directement ou indirectement un intérêt quelconque dans une entreprise ou une opération dont il avait au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, en l'espèce en prenant part à une opération commerciale dénommée "Eole Aventure" entraînant notamment la cession de terrains appartenant à la commune de [...] au profit d'une société à constituer par son fils, G... R..., à savoir la société Eole Aventure, mais opération dans laquelle il est apparu qu'il était, lui-même G... A..., également directement intéressé puisqu'il était un associé de cette société Eole Aventure avec son épouse et que par ailleurs il était également associé d'une SCI Holding Freole dont il était le cogérant et associé avec son épouse à 100% en possédant chacun la moitié des parts sociales et ce alors que ladite SCI Holding Freole était elle-même associée de la société Eole Aventure.

8. Le tribunal correctionnel a déclaré M. G... coupable, l'a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis ainsi qu'à payer à la commune de [...] la somme de 5 000 euros en réparation de son préjudice moral.

9. Sur appel du prévenu et du ministère public, la cour d'appel de Caen, par arrêt du 6 juillet 2016, a confirmé le jugement sur la culpabilité et l'infirmité sur la peine, a condamné l'intéressé à 10 000 euros d'amende dont 5 000 euros avec sursis et a prononcé sur les intérêts civils.

10. Cet arrêt a été cassé par arrêt de la chambre criminelle en date du 25 octobre 2017 ayant ordonné le renvoi de la cause devant la cour d'appel de Rouen.

Examen des moyens

Sur le premier moyen pris en ses deuxième et troisième branches et le troisième moyen

11. Ils ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi au sens de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale.

Sur le premier moyen pris en sa première branche

Énoncé du moyen

12. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a déclaré A... G... coupable du délit de prise illégale d'intérêts sur la période du 31 mai 2012 au 4 octobre 2012, alors :

« 1°/ que le maire est chargé d'exécuter les décisions du conseil municipal, et notamment de passer les actes de vente dans les formes requises par la loi ; que par décision du 8 février 2012, le conseil municipal de la commune de [...] a décidé la cession de diverses parcelles au profit de MM. R... G... et M... L... ou toute personne morale s'y substituant ; que M. A... G..., en sa qualité de maire de la commune de [...], devait donc exécuter cette décision du conseil municipal et procéder à la régularisation de la vente immobilière en la forme notariée; qu'en décidant cependant que M. A... G... aurait commis le délit de prise illégale d'intérêt en participant à une réunion informelle du 13 septembre 2012 en vue d'exécuter la décision du conseil municipal (arrêt, p. 10) lorsqu'il n'agissait que dans l'exercice de ses missions dévolues par la loi, la cour d'appel a violé l'article 432-12 du code pénal, ensemble l'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales. »

Réponse de la Cour

13. Pour déclarer le prévenu coupable de prise illégale d'intérêts, l'arrêt attaqué énonce notamment, que, depuis l'année 2008 A... G... avait un intérêt personnel, au moins affectif et moral, à ce que l'opération de cession des terrains soit menée à bien au profit des membres de sa famille ou au profit des sociétés auxquelles ceux-ci étaient associés, qu'il a conservé cet intérêt pendant la période de prévention, complété par des intérêts financiers avec sa participation directe ou indirecte au contrôle des sociétés Eole Aventures et Holding Freole, et après la période de prévention en reprenant, après les avoir temporairement abandonnés, des intérêts financiers dans l'opération litigieuse.

14. Les juges ajoutent que, pendant la période visée dans la prévention, M. G... était maire de la commune de [...], fonction impliquant la charge de la surveillance et de l'administration des terrains communaux, incluant la mise en oeuvre du projet de cession de terrains communaux aux sociétés Eole Aventures ou Holding Freole.

15. Les juges relèvent que M. G... est intervenu personnellement, en qualité de mandataire public, pour accomplir une démarche relative à la gestion communale de cette opération en participant à la réunion du 13 septembre 2012, tenue en Mairie avec plusieurs autres élus, en présence du notaire chargé de la cession des terrains, pour que soit discuté le caractère anormal du cumul de sa fonction de maire avec sa prise d'intérêt dans la cession de terrains de la commune.

16. Ils retiennent que le caractère informel de cette réunion n'empêche pas qu'elle avait bien pour objet l'expression de sa volonté face aux oppositions exprimées non seulement par le notaire, mais également par certains membres de l'équipe municipale, et qu'il s'agit donc bien d'une intervention directe, de

la part de M. G..., dans l'activité de surveillance et d'administration, par la commune, de l'opération litigieuse.

17. Ils ajoutent qu'il avait revendiqué officiellement depuis plusieurs années sa volonté de mener à bien le projet de cession des terrains en faveur des membres de sa famille ou des sociétés contrôlées par ceux-ci ou par lui-même, qu'il s'est exprimé à ce propos dans les semaines suivant la fin de la période de prévention, et qu'il est à nouveau intervenu personnellement à l'occasion de décisions de la commune en 2013, concernant l'exercice du droit de préemption lors des rétrocessions des terrains entre les sociétés et les membres de sa famille.

18. Ils précisent que M. G... ne s'est pas mis en retrait de sa charge de surveillance et d'administration de l'opération de cession pour la période du 31 mai 2012 au 4 octobre 2012, alors que des demandes avaient été déposées auprès de la commune pour la bonne fin de cette opération, et alors qu'il est activement de nouveau intervenu dans les semaines suivant la fin de la période poursuivie.

19. Ils concluent que les éléments matériels du délit, résultant de la concomitance entre, d'une part, l'activité de surveillance et d'administration de l'opération, et d'autre part la prise ou la conservation d'intérêts personnels, financiers et/ou affectifs et moraux dans ladite opération, sont réunis à l'encontre de M. G....

20. En statuant ainsi, déduisant de la participation de M. G..., maire de la commune, à la réunion informelle du 13 septembre 2012 la part prise à la surveillance, au sens de l'article 432-12 du code pénal, de l'opération litigieuse de cession de parcelles, propriété de la commune, caractérisant ainsi le délit de prise illégale d'intérêt à son encontre, la cour d'appel a justifié sa décision.

21. Dès lors, le moyen doit être écarté.

Sur le deuxième moyen
Énoncé du moyen

22. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné M. G... à 20 000 euros d'amende alors « qu'en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle ; que la cour d'appel a condamné M. A... G... à une amende délictuelle en se prononçant par les motifs repris au moyen ; qu'en statuant de la sorte, sans s'expliquer sur la personnalité du prévenu ou sa situation personnelle, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 132-1 du code pénal et 485 du code de procédure pénale. »

Réponse de la Cour

23. Pour condamner M. G... à une amende de 20 000 euros, l'arrêt attaqué retient les circonstances dans lesquelles la cession des terrains est intervenue et le fait que M. G..., maire de la commune, a continué d'intervenir pour la mise en oeuvre de cette cession malgré les oppositions, et que celui-ci, qui n'est plus maire de la commune depuis 2014, a produit des pièces relatives à ses ressources (pensions de retraite).

24. En l'état de ces énonciations, tenant suffisamment compte de la personnalité et de la situation personnelle de l'auteur des faits, la cour d'appel n'a pas méconnu les textes visés au moyen.

25. Dès lors le moyen ne saurait être accueilli.

PAR CES MOTIFS, la Cour :
REJETTE le pourvoi

Référence 5 : C. Cass., Ch. Crim., 6 janvier 2021, n° de pourvoi : 20-80.508

La société Ourry, partie civile, a formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 3e section, en date du 19 décembre 2019, qui, dans l'information suivie sur sa plainte, contre personne non dénommée du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction.

Un mémoire a été produit.

la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée en application de l'article 567-1-1 du code de procédure pénale, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure ce qui suit.

2. Le 21 juillet 2011, la demanderesse a déposé plainte avec constitution de partie civile dénonçant des faits d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics qui auraient été commis par le Syndicat mixte pour l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères (SIETOM) de Tournan en Brie, présidé par M. C... P..., dans le cadre de la procédure de marché relative à l'exploitation des déchetteries.

3. Selon la partie civile, la première attribution de ce marché ayant été annulée par la juridiction administrative dans le cadre d'un référé pré-contractuel déposé par elle, le SIETOM a relancé une nouvelle procédure à l'issue de laquelle la commission d'appel d'offre (CAO) mise en place par le SIETOM a, le 3 juin 2008, sur la base du rapport d'analyse des offres, rédigé par le cabinet Synorganism, assistant au maître d'ouvrage, attribué à la société Sepur le lot n° 1, portant sur la collecte des déchets ménagers et le lot n° 3, relatif à l'exploitation des déchetteries, tandis que le lot n°2, pour le traitement des encombrants, est attribué à la société Sita.

4. Au cours de son audition, M. N... E..., responsable de la société Ourry, a dénoncé le fait que la fille de M. C... P..., président du SIETOM, ainsi que d'autres proches de celui-ci, étaient salariés de la société Sepur et a remis la copie d'un extrait du procès-verbal de la réunion du comité syndical du SIETOM du 23 février 2009 qui avait décidé de l'attribution du marché, à laquelle la première participait, sous son nom d'épouse, L... B....

5. Au cours des perquisitions effectuées au siège du SIETOM et dans des bureaux loués par cette entité, ont été saisis divers documents et, notamment, un courriel de M. R..., directeur général de Sepur, adressé à M. P..., associé à un second mail adressé à Sepur par M. H..., accompagné d'une lettre d'engagements réciproques entre ces deux sociétés, aux termes de laquelle elles s'accordaient pour se partager le marché du SIETOM.

6. Selon les membres de la CAO, le choix de la société Sepur s'était effectué sur la base des conclusions du rapport du cabinet Synorganism dont le dirigeant à l'époque des faits a indiqué que les offres de Sepur, respectivement formulées pour les lot n° 1 et 3, étaient plus précises et prenaient en compte la performance environnementale, à la différence des prestations proposées par la société Ourry et avaient donc en conséquence été mieux notées.

7. M. P... a expliqué que l'attribution des lots n° 1 et 3 du marché public de traitement des déchets à la société Sepur avait pris en

compte son offre incluant pour la collecte l'utilisation de véhicules au gaz naturel (GNV), que cette attention au respect de l'environnement avait été un élément essentiel emportant le choix de la commission et qu'il avait, en vain, sollicité la société Ourry pour qu'elle propose une offre similaire.

8. Concernant le courriel comportant un projet de lettre d'accord réciproque proposé par la société Ourry à la société Sepur, au cas où Sepur serait attributaire du marché, il a indiqué qu'il s'agirait d'une pratique courante de la société Ourry, celle-ci ayant contesté l'attribution du marché après le refus de la société Sepur de signer cette lettre.

9. Dans le cadre du contentieux engagé par la société Ourry, la cour administrative d'appel, confirmée en cela par le Conseil d'Etat, a, dans des décisions du 21 mai 2013 concernant le lot n° 1, et du 1er octobre 2013 concernant le lot n° 3, constaté, pour la première, que les sous-critères utilisés pour l'attribution du marché devaient être regardés comme des critères de sélection et être portés à la connaissance des candidats avec leurs conditions de mise en oeuvre, pour la seconde, l'existence d'une offre anormalement basse de la société Sepur et une erreur manifeste d'appréciation du SIETOM qui aurait dû la rejeter, confirmé la décision d'annulation du marché par les premiers juges et condamné le SIETOM à payer à la société Ourry les sommes respectives de 500 000 euros et de 100 000 euros correspondant au manque à gagner résultant de son éviction irrégulière du marché.

10. Le 21 janvier 2019, à l'issue de l'information, le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu à l'encontre de laquelle la partie civile a formé un appel.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

11. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a dit n'y avoir lieu à suivre en l'état et déclaré n'y avoir lieu à suivre contre laquelle, alors :

« 1°/ que constitue le délit de favoritisme 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'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 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 délégations de service public ; que l'émission d'un appel d'offres dont les critères sont imprécis constitue 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 ; qu'en énonçant que « le fait de passer un appel d'offres insuffisamment précis, s'il peut faire encourir à son auteur une sanction civile ou administrative, ne suffit pas à caractériser 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 », la chambre de l'instruction a méconnu l'article 432-14 du code pénal ;

2°/ que tout 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 est un élément constitutif du délit de favoritisme ;

qu'en énonçant, d'une part, que c'est « à juste titre que le juge administratif a pu condamner le SIETOM à verser des dommages-intérêts à la société Ourry pour sanctionner l'absence de précision de l'appel d'offres ayant abouti à l'attribution des lots litigieux à la société SEPUR », tout en énonçant, d'autre part, que « cette condamnation ne [faisait pas] automatiquement encourir des poursuites pénales à l'auteur de l'appel d'offres du chef de favoritisme », la chambre de l'instruction, qui n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, a statué par des motifs contradictoires en violation de l'article 432-14 du code pénal, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

3°/ que selon l'article 1er du code des marchés publics applicable en la cause, les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ; qu'il en résulte que constitue le délit de favoritisme l'attribution d'un marché public fondée sur des relations personnelles ; que dans son mémoire devant la chambre de l'instruction, la société Ourry faisait valoir que divers employés de la société SEPUR étaient liés à la famille de M. P..., président du SIETOM, notamment la fille de M. P..., salariée de la société SEPUR ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que « les investigations réalisées par la DRPJ de Versailles permettaient de déterminer que lors de la réunion du conseil syndical du SIETOM entérinant l'attribution du marché à la société SEPUR, Mme L... B..., identifiée comme la fille de M. P..., président du SIETOM, et salariée de SEPUR, était présente et même intervenue brièvement » ; qu'en ne répondant pas à ce moyen péremptoire des écritures du mémoire de l'exposante, la chambre de l'instruction a méconnu l'article 198, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

4°/ que l'exposante avait dénoncé des faits de favoritisme concernant l'attribution du lot n° 3 relatif à l'exploitation de cinq déchetteries ; qu'elle soutenait que le SIETOM avait commis le délit de favoritisme en ne rejetant pas l'offre de la société SEPUR comme anormalement basse et que M. P... avait lui-même reconnu devant les enquêteurs qu'il savait que « SEPUR s'était trompée » mais qu'il leur a quand même « demandé de confirmer que ce prix était le bon » et ajoute qu'ils « n'ont pas pu se dédire », reconnaissant « que c'est plus que limite, mais l'intérêt pour nous c'était qu'ils s'engageaient sur ce prix » ; qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen péremptoire du mémoire de l'exposante, la chambre de l'instruction a, de nouveau, méconnu l'article 198, ensemble l'article 593 du code de procédure pénale ;

5°/ qu'ainsi que le faisait valoir l'exposante, selon le règlement de la consultation, le carburant utilisé ne constituait qu'un élément parmi d'autres des performances environnementales des véhicules de collecte ; que la chambre de l'instruction a énoncé que le SIETOM s'était appuyé sur l'expertise d'une structure d'audit extérieur qui a déterminé que la société SEPUR était le meilleur candidat en raison de l'utilisation de camions de collecte roulant au gaz naturel ; qu'il résulte ainsi que les autres critères, pourtant énumérés dans le règlement de la consultation, n'ont pas été pris en compte ; qu'en ne recherchant pas si, en faisant abstraction d'autres critères, le SIETOM n'avait pas volontairement avantagé la société SEPUR, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 432-14 du code pénal ;

6°/ 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 ; qu'en énonçant que « la conviction de F... Y... ou les doutes d'une autre personne, quant à l'influence de C... P..., président du SIETOM, ne peut à soi seul, s'agissant d'une intime

conviction non étayée sur des faits, démontrer l'intention délictuelle du SIETOM et de son président », la chambre de l'instruction a méconnu l'article 432-14 du code pénal ;

7°/ qu'en ne recherchant pas si, même en l'absence d'influence du président du SIETOM, il n'existait pas des charges suffisantes d'avoir tenté 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 délégations de service public, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision au regard de l'article 432-14 du code pénal ;

8°/ qu'en énonçant, pour dire n'y avoir lieu à suivre du chef de favoritisme, « qu'en son temps, la société Ourry admettait la possibilité que SEPUR puisse proposer une meilleure offre, en lui adressant une lettre d'accord réciproque, que cette dernière avait refusé de signer », la chambre de l'instruction a statué par des motifs inopérants, en violation de l'article 593 du code de procédure pénale ;

9°/ qu'il appartient à la chambre de l'instruction, saisie in rem, d'examiner chacun des faits qui lui sont déférés sous toutes les qualifications possibles indépendamment de la qualification donnée par la partie poursuivante ; que l'article 432-12 du code pénal prévoit que le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt attaqué que « les investigations réalisées par la DRPJ de Versailles permettaient de déterminer que lors de la réunion du conseil syndical du SIETOM entérinant l'attribution du marché à la société SEPUR, Mme L... B..., identifiée comme la fille de M. P..., président du SIETOM, et salariée de SEPUR, était présente et même intervenue brièvement » ; qu'en ne recherchant pas si ces faits ne révélaient pas l'existence d'une prise illégale d'intérêts à l'encontre de M. P..., président du SIETOM, la chambre de l'instruction a privé sa décision de base légale au regard de l'article 80 du code de procédure pénale, ensemble l'article 432-12 du code pénal ;

10°/ qu'en ne recherchant pas davantage si ces faits ne révélaient pas l'existence d'un recel de prise illégale d'intérêts à l'encontre de la société SEPUR ou de Mme L... B..., fille de M. P..., président du SIETOM, la chambre de l'instruction a de nouveau privé sa décision de base légale au regard de l'article 80 du code de procédure pénale, ensemble l'article 432-12 du code pénal. »

Réponse de la Cour

12. Pour confirmer l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, l'arrêt attaqué énonce, par motifs propres et adoptés, que le fait de passer un appel d'offre insuffisamment précis, s'il peut faire encourir à son auteur une sanction civile ou administrative, ne suffit pas à caractériser 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 qui seul constitue une faute pénale.

13. Les juges ajoutent que la condamnation du SIETOM par le juge administratif à indemniser la demanderesse en raison de l'absence de précision de l'appel d'offre ayant abouti à l'attribution des lots litigieux à la société Sepur ne fait pas automatiquement encourir des poursuites pénales à l'auteur de l'appel d'offre du chef

de favoritisme, que le SIETOM s'est appuyé sur l'expertise d'une structure d'audit extérieure, qui a déterminé que la société Sepur était le meilleur candidat, sur des critères affichés, tel l'utilisation de camions de collecte roulant au gaz naturel, et que cette donnée, qui répond à une préoccupation légitime d'écologie, ne peut être contrebalancée, en particulier auprès de la population, par l'affirmation que le gazoil utilisé par la société Ourry serait le moins polluant ou en soutenant que le gaz naturel est également source de pollution, en particulier auprès de co-contractants élus.

14. Ils relèvent que la société Ourry a admis la possibilité que la société Sepur puisse proposer une meilleure offre, en lui adressant une lettre d'accord réciproque, que cette dernière avait refusé de signer et que la conviction ou les doutes des témoins quant à l'influence de M. P..., président du SIETOM, ne peuvent à eux seuls, s'agissant d'une intime conviction non étayée sur des faits, démontrer l'intention délictuelle de ces derniers.

15. La chambre de l'instruction conclut que dès lors il n'est pas démontré que les manquements relevés et sanctionnés par la juridiction administrative, soient constitutifs d'un délit de favoritisme, ou quelque autre délit, tel le recel de favoritisme et qu'aucune infraction n'étant caractérisée, le non-lieu sera confirmé.

16. En se déterminant ainsi, et dès lors que, d'une part, la partie civile avait manifesté son accord sur le principe d'une offre plus basse, d'autre part, la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que les juges ont recherché si les faits pouvaient revêtir d'autres qualifications, la chambre de l'instruction a justifié sa décision.

17. L'arrêt est régulier en la forme.

PAR CES MOTIFS, la Cour :
REJETTE le pourvoi ;

Référence 5 : Cons. const. 28 janvier 2022, n° 2021-966 QPC

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 18 novembre 2021 par la Cour de cassation (chambre criminelle, arrêt n° 1539 du 17 novembre 2021), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité.

Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2021-966 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique. [...]

1. L'article L. 2141-1 du code de la commande publique, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 26 novembre 2018 mentionnée ci-dessus, prévoit : « Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 225-4-1, 225-4-7, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne.

« La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de

décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des marchés de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

« Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente par une décision de justice définitive, l'exclusion de la procédure de passation des marchés au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation. »

2. L'article L. 3123-1 du même code, dans la même rédaction, prévoit : « Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions prévues aux articles 222-34 à 222-40, 313-1, 313-3, 314-1, 324-1, 324-5, 324-6, 421-1 à 421-2-4, 421-5, 432-10, 432-11, 432-12 à 432-16, 433-1, 433-2, 434-9, 434-9-1, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 441-1 à 441-7, 441-9, 445-1 à 445-2-1 ou 450-1 du code pénal, aux articles 1741 à 1743, 1746 ou 1747 du code général des impôts, et pour les contrats de concession qui ne sont pas des contrats de concession de défense ou de sécurité aux articles 225-4-1 et 225-4-7 du code pénal, ou pour recel de telles infractions, ainsi que pour les infractions équivalentes prévues par la législation d'un autre État membre de l'Union européenne.

« La condamnation définitive pour l'une de ces infractions ou pour recel d'une de ces infractions d'un membre de l'organe de gestion, d'administration, de direction ou de surveillance ou d'une personne physique qui détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle d'une personne morale entraîne l'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession de cette personne morale, tant que cette personne physique exerce ces fonctions.

« L'exclusion de la procédure de passation des contrats de concession au titre du présent article s'applique pour une durée de cinq ans à compter du prononcé de la condamnation. »

3. Selon les requérants, en prévoyant l'exclusion des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession de toute personne ayant fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement définitif pour certaines infractions, ces dispositions institueraient une peine. Or, elles ne prévoieraient ni que cette peine doit être prononcée par la juridiction de jugement, ni la possibilité pour cette juridiction de la moduler ou celle, pour la personne condamnée, d'en obtenir le relèvement. Il en résulterait une méconnaissance des principes de nécessité et d'individualisation des peines ainsi que du droit à un recours juridictionnel effectif.

4. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive » figurant au premier alinéa de l'article L. 2141-1 du code de la commande publique et sur les mots « Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive » figurant au premier alinéa de l'article L. 3123-1 du même code.

5. Aux termes de l'article 88-1 de la Constitution : « La République participe à l'Union européenne constituée d'États qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007. » La transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti. En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispo-

sitions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne. Dans cette hypothèse, il n'appartient qu'au juge de l'Union européenne, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par cette directive ou ce règlement des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du traité sur l'Union européenne.

6. En application de l'article 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 et de l'article 57 de la directive 2014/24/UE du même jour, les autorités adjudicatrices doivent exclure un opérateur économique des procédures de passation des concessions et des marchés lorsque cet opérateur a fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions que ces articles énumèrent.

7. Les dispositions contestées des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique visent à assurer la transposition de ces directives en prévoyant que sont exclues respectivement de la procédure de passation des marchés et de la procédure de passation des contrats de concession les personnes ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour l'une des infractions que ces articles visent.

8. Ces dispositions se bornent ainsi à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de ces directives.

9. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

10. Or, en premier lieu, d'une part, les dispositions contestées, qui n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics, n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition. D'autre part, les principes de nécessité et d'individualisation des peines, qui sont protégés par le droit de l'Union européenne, ne constituent pas des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France.

11. En second lieu, le droit à un recours juridictionnel effectif, qui est également protégé par le droit de l'Union européenne, ne constitue pas non plus une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

12. Par suite, il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1er. – Il n'y a pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, de statuer sur la question prioritaire de constitutionnalité portant sur les mots « Sont exclues de la procédure de passation des marchés les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive » figurant au premier alinéa de l'article L. 2141-1 du code de la commande publique, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, et sur les mots « Sont exclues de la procédure de passation des contrats de concession les personnes qui ont fait l'objet d'une condamnation définitive » figurant au premier alinéa de l'article L. 3123-1 du même code, dans la même rédaction.