

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

BIBLIOGRAPHIE

BRIGANT (J.-M.), *Prise illégale d'intérêts. Personne chargée d'une mission de service public* : JCP G 2016, VII, 194.
CABANES (A.) et GESTA (A.), *Corruption dans la commande publique* : Jurisclasseur contrat et marché public, fasc. 35.
CHARREL (N.), *Marchés et délégations de service public, le risque pénal* : Éd. Moniteur, 2001.
PANCRAZI (G.), *Le délit de favoritisme (C. Pén., art. 432-14) et le nouveau Code des marchés publics (D. 7 mars 2001)* : Contrats-Marchés publ. 2001, chron. 10.
PIREYRE (B.-A.), *Corruption et trafic d'influence. L'approche du droit pénal* : RF fin. publ. mars 2000, p. 33
TRIFILIO (S.) et KARPOUZANOV (M.), *Corruption et marchés publics. Une analyse économique*, in Yves Naudet, *La corruption* : Librairie de l'Université d'Aix-en-Provence éditeur, 2005, p. 293

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Cass. Crim., 17 avril 2019, n° de pourvoi : 18-83025 ;
Référence 2 : Cass. crim., 10 mars 2021, n° 20-84.117
Référence 3 : Cass. crim., 9 déc. 2020, n° 19-85.904
Référence 4 : Cass. crim., 20 janv. 2021 n° 19-86.702
Référence 5 : Cass. Crim., 6 janvier 2021, n° 20-80.508

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) 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 M. Balkany 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'entrepreneur 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 du maire-entrepreneur 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 au maire de la commune au titre des travaux réalisés. Il se prévaut notamment de l'ignorance dans laquelle M. Balkany a tenu le conseil municipal sur l'application des dispositions du code pénal.

2) L'entrepreneur-maire, partie défenderesse, vous demande, en qualité de stagiaire de maître Temime, d'évaluer les risques que sa société, placée en procédure de sauvegarde, soit condamnée à rembourser la commune. Il vous indique notamment qu'il 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 M. Balkany coupable de faits de prise illégale d'intérêts et l'a condamné 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 : Cass. Crim., 17 avril 2019, n° 18-83025 ;

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

REJET du pourvoi formé par M. Georges C..., contre l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, 5e chambre, en date du 11 avril 2018, qui, pour atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et prise illégale d'intérêt, l'a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis, 5 000 euros d'amende et cinq ans d'interdiction d'exercice d'une fonction publique ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 30 janvier 2019 où étaient présents : M. Soulard, président, Mme V..., conseiller rapporteur, Mme de la Lance, MM. Germain, Larmanjat, Mme Zerbib, MM. d'Huy, Wyon, conseillers de la chambre, Mmes Chauchis, Mme Pichon, M. Ascensi, Mme Fouquet, conseillers référendaires ;

Avocat général : M. Bonnet ;

Greffier de chambre : M. Bétron ;

Sur le rapport de Mme le conseiller V..., les observations de la société civile professionnelle O..., avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général Q... ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation :

Sur le deuxième moyen de cassation :

Vu l'article 567-1-1 du code de procédure pénale ;

Attendu que les moyens ne sont pas de nature à être admis ;

Sur le troisième moyen de cassation, pris de la violation du principe ne bis in idem, violation des articles 4.1 du Protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, 432-12, 432-14 du code pénal, 6 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale :

"en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. Georges C... coupable des délits de favoritisme et de prise illégale d'intérêt, puis l'a condamné à la peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et 5 000 euros d'amende, ainsi que, à titre de peine complémentaire, à l'interdiction d'exercice de toute fonction publique pendant une durée de cinq ans ;

"aux motifs que, pour ce qui est de l'extension du cimetière, un premier appel d'offres avait donné lieu en décembre 2008 au dépôt de trois offres : SNTC, Eurovia Méditerranée, Tavernes Construction et Barlatier ; qu'il n'avait pas été donné suite ; que M. C... lors de l'audience de la cour a déclaré que la meilleure offre émanait de Tavernes Construction et Barlatier et qu'il n'avait pas été donné suite parce que cette dernière était en redressement judiciaire ; qu'un second appel d'offres était lancé en janvier 2009 ; que les enquêteurs ont annexé en procédure diverses pièces relatives à cette opération : un document dit décomposition du prix global forfaitaire adressé à M. C... par le maître d'oeuvre sur lequel les postes réseau eaux pluviales et terrassement sont surlignés, et une colonne "montant sous-traité" a été manuscrite, et où le montant porté est de 5 144,30 euros ; que cette somme est celle qui figure sur un devis du 3 février 2009 qui est évoqué dans un courrier adressé à la société Artibat par la société Artp SA, du 10 juin 2009, où il elle précise que la première ne pourra finalement intervenir qu'à compter du mois de novembre 2009, et non en juin ; que le dirigeant de Artp SA, M. Philippe P..., a été entendu ; qu'on lui avait simplement demandé un prix puis demandé de "s'enlever du milieu", et de rédiger un courrier attestant qu'il ne pouvait exécuter le chantier dans les délais impartis ; qu'il n'avait pas cherché à savoir ; qu'il admettait avoir émis un devis de com-

plaisance ; qu'un mémoire technique daté du 11 mars 2009 émanant de la société Artibat fait mention de ce qu'elle dispose d'engins de terrassement, notamment de pelles sur pneus et de pelles sur chenilles ; qu'un acte d'engagement de la société Artibat signé de M. Yvon X... le 12 mars 2009, au prix de 99 121,53 euros HT, accepté le 15 avril 2009 mais sans qu'aucune signature ne soit portée au nom de "l'acheteur" ; que le procès-verbal de la commission d'appel d'offres du 13 mars 2009, où il est fait état de l'offre Artibat pour 87 784,81 euros HT avec une option de 17 848,84 euros HT, et d'une offre de la société Asse SARL pour 73 053,40 euros hors taxe avec une option de 17 721,10 euros ; qu'une négociation s'en est suivie à l'issue de laquelle la société Artibat était retenue pour 99 121,53 euros HT (offre de base + option, soit 6 512,12 euros de moins que l'offre initiale, mais toujours plus que celle présentée par Asse : 90 774,50 euros HT, qui semblait toutefois contenir des erreurs de calcul, l'offre présentée le 11 mars 2009 au cours de la négociation étant de 100 299,92 euros HT) ; que le procès-verbal est signé de M. C... ; que les motifs du choix opéré n'est pas explicité ; qu'il est à noter que l'offre Tavernes T... et Barlatier de l'appel d'offre initial était de 83 693,49 euros plus une variante de 10 290,36 euros, soit 93 983,85 euros HT ; qu'une délibération du conseil municipal du 24 avril 2009 qui décide d'autoriser le maire à signer le marché pour l'agrandissement du cimetière ; que l'autorisation du conseil municipal de signer le marché Artibat avait donc été donnée postérieurement à la décision d'attribution ; qu'une convention de travaux de sous-traitance entre la société Artibat et l'entreprise C..., où il est spécifié que cette dernière exécutera gracieusement le travail ; que l'article I du code marchés publics en vigueur à la date des faits litigieux dispose que : "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 ; que ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics ; que les obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code" ; que l'article 53 prévoit notamment que : "les offres inappropriées, irrégulières et inacceptables sont éliminées" ; qu'en l'espèce, alors que la consultation organisée par la commune de Baudinard-sur-Verdon ne prévoyait pas de recours à la sous-traitance, la société Artibat SARL qui n'était pas en mesure d'exécuter elle-même une partie des travaux objet de l'appel d'offres, le lot terrassement, a été choisie alors même que cette situation était connue de tous les intervenants, son offre a été retenue avant même le dépôt de son mémoire technique, sur la base de renseignements relatifs à la capacité de la société qui ne peuvent résulter d'une erreur mais n'ont pu au contraire qu'être sciemment falsifiés ; qu'il ne s'agissait pas là de simples erreurs de forme ainsi qu'a cru pouvoir le retenir le tribunal correctionnel ; que l'enquête a établi que cette fraude avait été conçue d'emblée, et qu'il a été recouru pour y procéder à la sollicitation d'un devis de complaisance et d'une lettre écrite pour les besoins de la cause par le dirigeant de la société Artp SA ; que Yvon X... a bien été en peine d'expliquer à la cour comment il avait pu estimer son prix s'agissant des travaux de terrassement ; que le document dit de décomposition du prix global forfaitaire évoqué plus haut montre que celui-ci avait été convenu entre le maître d'oeuvre et M. C..., dont l'intervention d'emblée montre s'il en était besoin l'état d'esprit ; que dans son courrier du 23 mai 2016 produit par MM. Yvon X..., Patrick F... indique avoir été contacté en juin 2009 seulement par le premier et ajoute n'avoir même pas donné suite ; qu'il résulte de ces éléments que la procédure litigieuse a été montée pour la forme, et que l'offre d'Artibat SARL a été retenue quand bien même elle était inappropriée et irrégulière ; qu'en ce sens a été octroyé à Artibat SARL un avantage injustifié, comme elle n'aurait pas dû être retenue pour l'exécution de travaux pour lesquels elle a toutefois réalisé des ouvrages, et un profit, ce qui est constitutif de l'élément matériel du recel ; que M. X... indiquait à propos des faits devant les enquê-

teurs : "j'avoue qu'il [Georges C...] m'a fait travailler à de nombreuses reprises que ce soit chez lui ou pour la mairie et que si je n'avais pas travaillé comme cela, j'aurais mis la clé sous la porte" ; que le marché litigieux représentait un quart du chiffre d'affaires annuel de la société Artibat SARL ; que MM. C... et X... avaient pleine conscience de la violation des règles commise à cette occasion ; que le jugement déféré sera réformé et M. C... déclaré coupable d'atteinte à la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans un marché public, M. X... de recel d'atteinte à la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans un marché public ;

"et aux motifs que l'incrimination de la prise illégalité d'intérêts a pour objet d'interdire aux personnes qu'elle vise, et notamment aux élus, tout conflit d'intérêt entre les affaires publiques et leurs affaires privées, en garantissant leur impartialité ; que M. C... est une personne investie d'un mandat électif public à l'époque des faits poursuivis, et c'est en cette qualité qu'il a participé, d'une part, au choix de la société Artibat SARL dans l'attribution du marché d'extension du cimetière et, d'autre part, à la décision de préempter la maison de Mme Martine E... ; qu'à ce propos, a été remis à l'audience un cahier de délibération du conseil municipal, où, pages 152 et 153, sont manuscrits des éléments relatifs au conseil du 18 juin 2010 ; qu'il est indiqué que M. C... et son fils, conseiller municipal, se seraient abstenus lors du vote et seraient sortis ; que cet élément n'est pas repris dans l'extrait du registre. Il n'en demeure pas moins que M. C... était à l'initiative de cette opération, ce dont il est convenu à l'audience de la cour en confirmant les propos qui lui ont été prêtés lors de cette réunion du 18 juin 2010 au cours de laquelle il proposait de préemption en faisant part d'un projet de création d'un écomusée, en indiquant que le prix demandé correspondait à l'estimation faite par les services fiscaux, en étant autorisé à signer tous les actes relatifs à l'opération, dont la notification de la décision au notaire qu'il a signée le 22 juin 2010 ; que M. C... avait la surveillance et l'administration des deux actes en cause ; qu'il avait pris, dans le premier comme dans le second cas, un intérêt personnel direct ; que la déposition de Mme Muriel A... n'a pas été confortée par des éléments matériels ni par un autre témoignage ; qu'on ne peut donc pas considérer que M. C... a cru un moment pouvoir se faire payer pour les travaux de terrassement qu'il avait exécutés ; qu'en revanche, il est acquis que M. C... s'est prévalu auprès du conseil municipal de son activité bénévole, et qu'il était lié de longue date à M. X..., ce, dernier reconnaissant que sans les contrats que lui avait confiés M. C..., la société Artibat SARL n'aurait pu subsister ; que le choix de la société Artibat SARL, en connaissance de l'irrégularité de son offre et de son incapacité à y faire face, a été dicté par l'intérêt moral direct de M. C... à faire travailler un proche, qui lui devait sa survie économique, et a participé à la réalimentation de travaux par lui-même dans des conditions lui permettant d'en tirer profit auprès de ses électeurs ;

"alors que les faits qui procèdent d'une manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes ; qu'en déclarant M. C... coupable du délit de favoritisme et du délit de prise illégale d'intérêt au titre du même fait sur le fondement d'une même intention coupable, à savoir l'attribution irrégulière du marché de travaux publics à la Société Artibat, la cour d'appel a exposé sa décision à la cassation" ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure qu'à la suite de la dénonciation des agissements de M. C..., maire de la commune de Baudinard-sur-Verdon, le procureur de la République a diligenté une enquête préliminaire qui a révélé que le 26 janvier 2009, après une première procédure demeurée infructueuse, cette commune a lancé un appel à candidatures pour l'agrandissement de son cimetière, auquel ont répondu la société Asse Construction et la société Artibat, et que le 13 février 2009,

la commission d'appel d'offres a, par procès-verbal, constaté que la proposition de la société Artibat s'élevait à la somme de 87 784,81 euros (outre une option de 17 848,84 euros) tandis que celle de la société Asse était chiffrée à la somme de 73 053,40 euros (outre une option d'un montant de 17 721,10 euros) ; que les investigations ont permis d'établir que la société Artibat a déposé, le 11 mars 2009, un mémoire technique mentionnant qu'elle disposait d'engins de terrassement, ce qui s'est révélé faux, qu'à l'issue d'une négociation, sa candidature a été retenue pour la somme totale de 99 121,53 euros, montant supérieur à l'offre de la société Asse, et qu'elle a, représentée par son dirigeant, M. Yvon X..., signé l'acte d'engagement des travaux, le 16 avril 2009, avant la publication, le 17 avril 2009, de l'avis d'attribution dudit marché à cette société et avant que, par délibération du conseil municipal du 24 avril 2009, le maire ait été autorisé à signer ledit marché ; que les enquêteurs ont découvert une convention de travaux de sous-traitance entre la société Artibat et l'entreprise C... stipulant que cette dernière exécutera gratuitement les travaux de terrassement d'agrandissement du cimetière, ce qui a été le cas ; que le cabinet d'architectes, maître d'oeuvre de l'opération, a reconnu que le mémoire technique déposé par Artibat le 11 mars 2009 était erroné, que la concurrence avec Asse avait été délibérément faussée et que les travaux de terrassement avaient été effectués par l'entreprise de M. C... alors même qu'aucun acte d'engagement n'avait été signé à cet effet et que la société Artp SA, contactée en juin 2009 pour établir un devis se soit désistée, conformément à ce qui lui avait été demandé ;

Attendu que le procureur de la République a fait citer M. C..., pour avoir, à Baudinard-sur-Verdon, étant investi d'un mandat électif public, d'une part, entre le 1er décembre 2008 et le 24 avril 2009, 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, procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié, en l'espèce en favorisant délibérément l'attribution du marché des travaux d'extension du cimetière de la commune de Baudinard-sur-Verdon à la société Artibat, notamment en ne statuant que sur un premier appel d'offre où plusieurs autres entreprises s'étaient pourtant portées candidates, en acceptant, lors du second appel d'offres, de statuer sur un dossier de candidature dont il connaissait la fausseté des éléments, en acceptant la réception d'un mémoire technique postérieurement à la réunion de la commission d'attribution et en signant le marché de travaux avant d'y avoir été officiellement autorisé par le conseil municipal, d'autre part, entre le 1er décembre 2008 et le 30 juin 2009, pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont il avait, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance ou l'administration, en l'espèce en participant à l'attribution du marché des travaux d'agrandissement du cimetière communal à la société Artibat dont il savait dès l'origine que, contrairement à ce qui était annoncé dans son dossier technique, elle ne serait pas en mesure de réaliser les travaux de terrassement et qu'il a lui-même effectués par la suite ; que la société Artibat et son gérant ont été cités du chef de recel d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics ; que par jugement en date du 27 juin 2016, dont le ministère public a interjeté appel, le tribunal correctionnel a renvoyé les prévenus des fins de la poursuite ;

Attendu que, pour déclarer M. C... coupable des délits d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et de prise illégale d'intérêt, l'arrêt énonce que la fraude a été conçue d'emblée, que la procédure litigieuse, qui ne prévoyait pas le recours à la sous-traitance, a été organisée pour la forme en vue de retenir l'offre de la société Artibat qui était inappropriée et irrégulière, celle-ci ayant déposé son mémoire technique postérieurement à la réunion de la commission d'appel d'offre et n'étant pas

en mesure de réaliser les opérations de terrassement, qu'ainsi un avantage injustifié a été octroyé à celle-ci et que MM. C... et X... avaient une pleine conscience de la violation des règles commise à cette occasion ; que les juges ajoutent, concernant le délit de prise illégale d'intérêt, que le choix de la société Artibat, en connaissance de l'irrégularité de son offre et de son incapacité à y faire face, a été dicté par l'intérêt moral du demandeur à faire travailler un proche, qui lui devait sa survie économique, et à participer à la réalisation de travaux par lui-même dans des conditions lui permettant d'en tirer profit auprès de ses électeurs ;

Attendu qu'en prononçant ainsi, et dès lors que les déclarations de culpabilité des chefs d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et de prise illégale d'intérêt sont fondées sur des faits dissociables, la première infraction étant constituée par les irrégularités commises en connaissance de cause par le maire durant la procédure de marché tandis que la seconde est caractérisée par la seule décision prise par celui-ci de faire signer à l'attributaire du marché l'acte d'engagement des travaux et de publier l'avis d'attribution du marché, la cour d'appel a justifié sa décision ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

Référence 2 : Cass. crim., 10 mars 2021, n° 20-84.117 ;

REJET du pourvoi formé par la Société de gestion immobilière Nalpas contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, 2e section, en date du 25 juin 2020, qui, dans la procédure suivie, notamment, contre la société Pronal et M. P... D..., des chefs d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, faux, complicité de ce délit et recel, a confirmé l'ordonnance de saisie pénale rendue par le juge d'instruction.

Un mémoire et des observations complémentaires ont été produits.

Sur le rapport de Mme Planchon, conseiller, les observations de la SCP Spinosi et Sureau, avocat de la Société de gestion immobilière Nalpas (SGIN), et les conclusions de M. Valleix, avocat général, après débats en l'audience publique du 3 février 2021 où étaient présents M. Soulard, président, Mme Planchon, conseiller rapporteur, Mme de la Lance, conseiller de la chambre, et Mme Lavaud, greffier de chambre,

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. La société Simtech, candidate à des marchés publics organisés par le ministère de la défense, a dénoncé auprès du procureur de la République des faits susceptibles de constituer le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics qui auraient été commis dans le cadre de l'attribution de neuf marchés à la société Pronal, alors que le matériau présenté par celle-ci comme échantillon s'est révélé non conforme à la spécification imposée par le règlement de la consultation des marchés.

3. Il résulte des investigations entreprises que des personnels du

ministère de la défense auraient avantage la société Pronal en lui attribuant une note technique excessive au regard de la qualité de son échantillon, en lui fournissant des informations privilégiées sur les termes des marchés, et en demandant à la direction centrale du service des essences des armées (DCSEA) d'homologuer le tissu de la société Pronal pour une durée de dix ans, garantissant ainsi un niveau de qualité du matériau qu'en réalité il n'avait pas.

4. L'enquête a par ailleurs mis en évidence les liens privilégiés entretenus par la société Pronal et son dirigeant, M. P... D..., avec les agents des services concernés.

5. En juillet 2019, la société Pronal et M. D... ont été convoqués devant le tribunal correctionnel du chef de recel d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

6. Auparavant, dans le cadre de l'enquête préliminaire, le juge des libertés et de la détention a ordonné la saisie d'un immeuble, d'une valeur de 2 380 000 euros, propriété de la Société de gestion immobilière Nalpas (SGIN), détenue par la société Pronal qui en est l'associé unique, et dirigée par M. D..., par décision du 23 juillet 2018 à l'encontre de laquelle la société SGIN a interjeté appel.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

7. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a ordonné la saisie en valeur de l'ensemble immobilier litigieux appartenant à l'exposante en la cantonnant à la valeur de 523 157 euros, alors :

« 1° que, d'une part, il résulte de l'article 706-141-1 du code de procédure pénale que le montant d'une saisie pénale en valeur ne doit pas excéder la valeur du bien susceptible de confiscation ; que, selon les dispositions de l'article 706-151, alinéa 2, du même code, jusqu'à la mainlevée de la saisie pénale de l'immeuble ou la confiscation de celui-ci, la saisie porte sur la valeur totale de l'immeuble ; qu'il s'ensuit qu'un bien immobilier dont la valeur excède celle du bien susceptible de confiscation ne peut être saisi ; qu'en l'espèce, pour confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a autorisé la saisie pénale en valeur de l'immeuble appartenant à la société exposante, tiers à la procédure, et l'infirmen en ce qu'elle a dit que cette saisie portait sur la valeur totale de l'immeuble saisi pour la cantonner à la somme de 523 157 euros, la chambre de l'instruction retient que le produit de l'infraction reprochée à la société poursuivie devait s'analyser comme la marge nette comptable sur les neuf marchés publics suspects, c'est-à-dire 523 157 euros HT, de sorte que la saisie de l'immeuble litigieux, dont la valeur est estimée à 3 millions d'euros, devait être cantonnée à cette somme ; qu'en prononçant ainsi, lorsque, par l'application des dispositions légales qui régissent les effets des saisies pénales immobilières, et en dépit du cantonnement prononcé, la saisie ainsi ordonnée porte nécessairement sur la valeur totale de l'immeuble, qui devient indisponible pour le tout, et que cette valeur excède celle du produit de l'infraction poursuivie, la chambre de l'instruction a violé les textes susvisés ;

2° que d'autre part les biens appartenant à un tiers de bonne foi ne peuvent faire l'objet d'une mesure de saisie pénale immobilière ; que, dès lors, en confirmant l'ordonnance entreprise en son principe en ce qu'elle a autorisé la saisie en valeur de l'ensemble immobilier appartenant à la société exposante, tiers à la procédure, motif pris que la société poursuivie en avait la libre disposition, sans répondre à l'articulation essentielle du mémoire régulièrement déposé devant elle qui soutenait que la société exposante était de bonne foi, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision au regard des articles 131-21 du code pénal, 706-141, 706-141-1, 706-150, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

3°/ qu'enfin, le juge qui autorise la saisie en valeur d'un bien appartenant à une personne à l'encontre de laquelle il n'existe pas de raisons plausibles de soupçonner qu'elle a participé à l'infraction poursuivie ou qu'elle a bénéficié du produit de celle-ci doit apprécier, lorsque cette garantie est invoquée, le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé, y compris lorsque la saisie a porté sur la valeur du produit direct ou indirect de l'infraction ; que, dès lors, en s'abstenant de répondre à l'articulation essentielle du mémoire qui invoquait le caractère disproportionné de la saisie en valeur de l'immeuble appartenant à l'exposante, lorsqu'il ne ressort pas de ses constatations que celle-ci aurait participé aux infractions poursuivies ou qu'elle en aurait tiré profit, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision au regard des dispositions de l'article 1er du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, 706-150 du code de procédure pénale et 131-21 du code pénal. »

Réponse de la Cour

8. Pour confirmer l'ordonnance de saisie immobilière rendue par le juge des libertés et de la détention en son principe et la cantonner à hauteur de la somme de 523 157 euros correspondant à la marge nette comptable dégagée par la société Pronal dans le cadre des neuf marchés litigieux, l'arrêt attaqué énonce qu'il ressort des éléments précis et circonstanciés de la procédure qu'il existe des raisons rendant plausible l'implication de la société Pronal dans les faits de recel d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics.

9. Les juges ajoutent qu'en tout état de cause, la société Pronal et son dirigeant sont convoqués devant le tribunal correctionnel de ce chef et qu'en application des articles 433-17,3° et 131-21 alinéa 9 du code pénal, la société susnommée encourt la peine complémentaire de confiscation en valeur de biens lui appartenant ou dont elle a la libre disposition.

10. Ils relèvent ensuite que la société Pronal est l'unique associée de la société SGIN, seule propriétaire de l'immeuble à usage industriel et de bureaux, objet de la saisie pénale contestée, que ces deux sociétés ont le même dirigeant en la personne de M. D... et en déduisent que la première a la libre disposition dudit bien.

11. La chambre de l'instruction énonce que la saisie pénale en valeur du bien immobilier est possible sous réserve du respect du principe de proportionnalité et que le produit de l'infraction reprochée à la société Pronal ne saurait se confondre avec le chiffre d'affaires TTC d'un montant de 2 891 400,08 euros généré par les neuf marchés suspects et visé tant dans la requête du procureur de la République que dans l'ordonnance déférée.

12. Elle constate qu'il résulte du rapport d'audit réalisé par KPMG le 28 juin 2019 et produit par la société appelante que le seul profit qu'a pu percevoir la société Pronal résulte de la marge nette HT sur les ventes de ses produits qui a été chiffrée par ce rapport à la somme de 523 157 euros.

13. En prononçant ainsi, la chambre de l'instruction a justifié sa décision.

14. En effet, d'une part, en application de l'article 706-151, alinéa 2, du code de procédure pénale, la saisie immobilière, qui est une mesure temporaire et à caractère provisoire, n'entraînant aucun transfert de propriété, les biens immobiliers appartenant à un tiers ne peuvent être saisis que dans leur totalité, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi.

15. D'autre part, il ressort des motifs de l'arrêt attaqué que la direction de la société SGIN par M. D..., lui-même mis en cause tout comme la société Pronal qu'il dirige également et qui est l'associée unique de la demanderesse, exclut la bonne foi de celle-ci.

16. Enfin, le moyen tiré de la violation du principe de proportionnalité est irrecevable, la société SGIN étant sans qualité à invoquer les conséquences de la saisie pour la société Pronal qui n'est pas la propriétaire du bien saisi.

17. D'où il suit que le moyen ne peut qu'être écarté.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi.

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 déboutées 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.

Sur le rapport de M^{me} Planchon, conseiller, les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de l'Agence régionale de la santé de Corse, partie civile, les observations de la SCP Matuchansky, [Poupot](#) et Valdelièvre, avocat de M. R... X..., M^{me} I... K... X..., et les conclusions de M^{me} Moracchini, avocat général, après débats en l'audience publique du 21 octobre 2020 où étaient présents M. Soulard, président, M^{me} Planchon, conseiller rapporteur, M^{me} de la Lance, conseiller de la chambre, et M^{me} Guichard, greffier de chambre, 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. 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, co-financeur, 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.

Sur le rapport de M. Pauthé, conseiller, les observations de Me Carbonnier, avocat de M. A... G..., les observations de la SCP Célice, Texidor, Périer, avocat de la commune de [...], et les conclusions de M. Valleix, avocat général, après débats en l'audience publique du 9 décembre 2020 où étaient présents M. Souillard, président, M. Pauthé, conseiller rapporteur, Mme de la Lance, conseiller de la chambre, et M. Bétron, greffier de chambre,

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

Enoncé 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

Enoncé 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.

Sur le rapport de Mme Planchon, conseiller, les observations de la SCP Rousseau et Tapie, avocat de la société Ourry, partie civile, et les conclusions de M. Valat, avocat général, après débats en l'audience publique du 25 novembre 2020 où étaient présents M. Soulard, président, Mme Planchon, conseiller rapporteur, Mme de la Lance, conseiller de la chambre, et Mme Lavaud, greffier, 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 ser-

vice 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 gasoil 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 ;