

**Prise illégale d'intérêt et favoritisme : deux délits pour un même marché**

**Cour de cassation**

17 avril 2019

n° 18-83.025

Texte(s) appliqué(s)

**Sommaire :**

Prise illégale d'intérêt et favoritisme : deux délits pour un même marché

\*  
\*\*

**Texte intégral :**

Cour de cassation 17 avril 2019 N° 18-83.025

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. C. X. 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 € 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, Tavemes Construction et Barlatier ; qu'il n'avait pas été donné suite ; que M. X. lors de l'audience de la cour a déclaré que la meilleure offre émanait de Tavemes 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. X. 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 € ; 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 est précisé 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. Y, 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 complaisance ; 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. Z. le 12 mars 2009, au prix de 99 121,53 € 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 € HT avec une option de 17 848,84 € HT, et d'une offre de la société Asse SARL pour 73 053,40 € hors taxe avec une option de 17 721,10 € ; qu'une négociation s'en est suivie à l'issue de laquelle la société Artibat était retenue pour 99 121,53 € HT (offre de base + option, soit 6 512,12 € de moins que l'offre initiale, mais toujours plus que celle présentée par Asse : 90 774,50 € 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 € HT) ; que le procès-verbal est signé de M. X. ; que les motifs du choix opéré n'est pas explicité ; qu'il est à noter que l'offre Tavemes Construction et Barlatier de l'appel d'offre initial était de 83 693,49 € plus une variante de 10 290,36 €, soit 93 983,85 € 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 X., 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 [...] 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 M. Z. 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. X., 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 M. Z., A. B. 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 réalisés des ouvrages, et un profit, ce qui est constitutif de l'élément matériel du recel ; que M. Z. indiquait à propos des faits devant les enquêteurs : « J'avoue qu'il [C. X.] 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. X. et Z. avaient pleine conscience de la violation des règles commise à cette occasion ; que le jugement déféré sera réformé et M. X. déclaré coupable d'atteinte à la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans un marché public, M. Z. 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 illégale 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. X. 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 C. ; 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. X. 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. X. 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. X. 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 D. n'a pas été confortée par des éléments matériels ni par un autre témoignage ; qu'on ne peut donc pas considérer que M. X. 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. X. s'est prévalu auprès du conseil municipal de son activité bénévole, et qu'il était lié de longue date à M. Z., ce, dernier reconnaissant que sans les contrats que lui avait confiés M. X., 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. X. à faire travailler un proche, qui lui devait sa survie économique, et a participé à la réalisation 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. X. 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. X., maire de la commune de [...], 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 € (outre une option de 17 848,84 €) tandis que celle de la société Asse était chiffrée à la somme de 73 053,40 € (outre une option d'un montant de 17 721,10 €) ; 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 €, montant supérieur à l'offre de la société Asse, et qu'elle a, représentée par son dirigeant, M. Z., 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 X. 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. X. 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. X., pour avoir, à [...], 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 [...] 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 terrassements 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. X. 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. X. et Z. 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 ;

**Composition de la juridiction :**