

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL

N° E1781975	Avocat général : Philippe Petitprez
- Procureur général près la cour d'appel de Nouméa - Y... Z... - E... D... - O... X... - SAS Calédonienne d'ingénierie - Office public des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie	26 juin 2018

L'article 432-14 du code pénal réprimant les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics serait-il inapplicable aux personnes agissant pour le compte des collectivités territoriales de Nouvelle Calédonie, dispensées de respecter les principes généraux de la commande publique, à défaut de dispositions locales leur imposant de s'y conformer ?

Telle est la principale question soulevée à l'occasion des pourvois formés contre l'arrêt rendu le 28 février 2017 par la cour d'appel de Nouméa.

On ne reprendra pas ici l'exposé détaillé des faits et de la procédure.

Il suffit de rappeler que l'office public des postes et télécommunications (OPT) de Nouvelle-Calédonie a décidé de réaliser en 2010 une opération de modernisation des équipements de téléphonie mobile sur le territoire, avec passage à la 3 G, sous le bénéfice des dispositions d'aide fiscale à l'investissement outre-mer et que, dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres tendant à sélectionner le monteur en défiscalisation ou "arrangeur", la candidature de la Société Générale a été écartée au profit de celle de la Calédonienne d'ingénierie, dont le gérant était M. E... D....

Une enquête pénale a été diligentée après que plusieurs administrateurs de l'OPT aient alerté les autorités, en juin 2010, sur les conditions irrégulières d'attribution de ce marché. Les investigations diligentées dans le cadre préliminaire, puis dans celui d'une d'information, ont révélé de nombreuses anomalies au stade de la préparation du marché et de l'examen des offres.

M. Y... Z..., pris en sa qualité de président du conseil d'administration de l'établissement public OPT, a été renvoyé devant le tribunal correctionnel, d'une part pour favoritisme et d'autre part pour prise illégale d'intérêt, compte tenu de ses liens personnels et d'affaires avec M. D....

Monsieur D..., ainsi que M. X..., commissaire aux comptes de ses sociétés, qui était intervenu en qualité d'expert et de conseil dans l'opération, ont été poursuivis pour complicité de ces délits, ce dernier étant également prévenu, à titre personnel, de prise illégale d'intérêt.

Enfin, les délits de complicité de favoritisme, complicité de prise illégale d'intérêt et recel de ces délits ont été reprochés à la société Calédonienne d'ingénierie.

Par jugement du 9 novembre 2015, le tribunal correctionnel de Nouméa a considéré que les délits reprochés à ces différentes personnes étaient caractérisés et a prononcé des sanctions pénales. Cette décision a été infirmée par la cour d'appel de Nouméa qui, par arrêt du 28 février 2017, a relaxé les prévenus du chef de favoritisme et complicité, est entrée en voie de condamnation pour les faits qualifiés de prise illégale d'intérêt et a prononcé sur les intérêts civils.

Selon la cour d'appel, la loi organique portant statut de la Nouvelle Calédonie, qui donne compétence à cette collectivité en matière de règles relatives à la commande publique¹, ne ferait qu'édicter les principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats que doit respecter la réglementation élaborée par les autorités de la Nouvelle-Calédonie mais ne serait pas directement applicable aux acheteurs publics, la réglementation locale actuelle², dépourvue de toute référence à ces principes, ne pouvant constituer le texte support légal de l'incrimination de favoritisme.

Des pourvois ont été régulièrement formés par le procureur général près la cour d'appel de Nouméa, Messieurs Z..., D... et X..., la société Calédonienne d'ingénierie et enfin l'Office public des postes et télécommunications.

M. Z... a également formé un pourvoi contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nouméa, en date du 8 mars 2012, qui a prononcé sur des demandes d'annulation d'actes de la procédure.

Au stade des pourvois en cassation, M. Z..., qui revendiquait une immunité juridictionnelle en tant que président du gouvernement de Nouvelle-Calédonie de 2011 à 2014 a soulevé une question prioritaire de constitutionnalité que la chambre criminelle a décidé de ne pas transmettre au Conseil constitutionnel. Il en est de même concernant M. D... et la société Calédonienne d'ingénierie qui invoquaient la non conformité à la Constitution des dispositions de l'article 432-14 du code pénal³.

On traitera successivement de la question principale, relative au délit de favoritisme et des questions secondaires soulevées par les pourvois.

¹ Art. 22 17° de la loi organique 99-209 modifiée

² Délibération n°136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics.

³ Crim. 20 décembre 2017, n° 17-81.975 (2 arrêts).

I) La question principale : l'incrimination de favoritisme et son application aux collectivités territoriales en Nouvelle-Calédonie

En vertu du principe de la spécialité législative énoncé par l'article 74-1 de la Constitution les lois pénales métropolitaines ne s'appliquent dans les territoires d'outre-mer que si elles ont fait l'objet d'une extension spéciale.

Les lois de souveraineté qui, en raison de leur objet, sont destinées à régir l'ensemble du territoire de la République comme les lois constitutionnelles ou les règles relatives aux grandes juridictions nationales telles que le Conseil d'État ou la Cour de cassation et les lois prévoyant à l'avance l'application d'office dans les territoires, de textes législatifs postérieurs à ces lois, s'appliquent de plein droit ⁴.

En l'occurrence, l'article 711-1 du code pénal rend applicable en Nouvelle-Calédonie les livres II à V du code pénal et donc l'article 432-14 qui réprime le délit de favoritisme. Cet article punit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende "*le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public*".

Le délit de favoritisme suppose la réalisation d'un acte contraire aux dispositions garantissant la liberté et l'égalité des candidats, ce qui implique de rechercher les règles qui ont été méconnues.

S'agissant des collectivités du Pacifique, la réglementation de la commande publique ne relève pas du domaine des lois de souveraineté. Au contraire, la compétence normative est partagée entre l'État et les collectivités. L'État est compétent pour réglementer ses contrats publics et les collectivités du Pacifique pour réglementer les leurs, sous réserve de respecter les principes généraux de la commande publique ⁵.

Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, il résulte de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 que :

⁴ Michel Redon - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Outre-mer (Départements et régions, territoires, collectivités et pays) - § 46

⁵ Voir Gilles Especel, "le contentieux des contrats publics en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie", RFDA 2012 p.241

“La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes :

(...)

17° Règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics”.

Dans sa version initiale, la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 donnait compétence au territoire en matière de réglementation des marchés publics et des délégations de service public. La rédaction actuelle du texte résulte des dispositions de l'article 2 de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et plus précisément d'un amendement parlementaire, dont l'objet était *“d'étendre la compétence reconnue à la Nouvelle-Calédonie aux règles relatives à la commande publique, ce qui inclut les contrats de droit privé passés par les personnes publiques et de préciser, sur le modèle des dispositions retenues pour la Polynésie française dans la loi organique du 7 décembre 2007, que ces règles sont définies dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics”*⁶.

Au cours des débats à l'Assemblée Nationale, il a été indiqué que cet article tendait à *“élargir la compétence de la Nouvelle-Calédonie concernant le droit de la commande publique. En effet, le 17° de son statut limite actuellement sa compétence à la fixation des règles qui concernent les marchés publics et délégations de service public, alors que les personnes publiques autres que l'État – lequel n'est pas concerné par cette disposition – peuvent également conclure des contrats de partenariat et, plus généralement, des contrats de droit privé pour satisfaire leurs besoins. Le projet de loi initial élargissait donc la compétence à tous les contrats publics, avant que le Sénat ne privilégie, à juste titre, une référence plus générale au droit de la commande publique. La modification apportée à l'initiative du sénateur Simon Loueckhote énumère également les principes de transparence et de rigueur auxquels devront se conformer ces règles locales, par analogie avec le choix déjà effectué pour la Polynésie française lors de la révision de son statut par la loi organique du 7 décembre 2007”*⁷.

Les règles applicables aux marchés publics conclus par la Nouvelle-Calédonie, ses provinces et communes, ainsi que leurs établissements publics, demeurent régies par la [délibération n°136/CP du 1^{er} mars 1967](#) portant réglementation des marchés publics, modifiée pour la dernière fois en 2017, qui fait office de code des marchés publics. Ce texte détaille les procédures de passation des marchés, les modalités de règlement et les garanties exigées des titulaires de marchés, mais ne renvoie pas expressément aux principes généraux visés dans la loi organique.

⁶ Rapport n° 490 de M. Christian Cointat, fait au nom de la commission des lois du Sénat, déposé le 24 juin 2009, page 63.

⁷ Rapport n° 1843 de M. Didier Quentin, fait au nom de la commission des lois, déposé le 16 juillet 2009, page 44.

L'article 39 de la délibération, auquel se réfère le pourvoi du procureur général, soumet aux textes généraux en matière de dépense publique les marchés de la Nouvelle-Calédonie, de ses provinces, communes et de leurs établissements et se réfère par conséquent à des règles de bonne gouvernance mais ne renvoie pas explicitement à ces principes.

Comme le souligne un auteur : *« Toutes les dispositions relatives aux marchés publics et aux délégations de service public n'ont pas forcément pour but, comme l'exige pourtant le code pénal, de « garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats ». Certaines d'entre elles ont, en effet, simplement pour objet de protéger la collectivité publique, comme celles portant sur les modalités de règlement des prestations ou de la réception des ouvrages. Le manquement à de telles dispositions ne doit donc pas permettre la caractérisation de l'infraction »*⁸.

On verra plus loin que si les règles édictées par la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 ont essentiellement pour but de protéger les acheteurs publics, elle leur imposent également de se conformer à certains principes tels que celui de l'égalité de traitement entre les candidats ou encore de la transparence dans les critères de choix.

Dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, le Conseil Constitutionnel a conféré aux principes généraux de la commande publique une valeur constitutionnelle :

« Considérant... que les dispositions d'une loi d'habilitation ne sauraient avoir ni pour objet ni pour effet de dispenser le Gouvernement, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en application de l'article 38 de la Constitution, de respecter les règles et principes de valeur constitutionnelle, ainsi que les normes internationales et européennes applicables ; qu'en particulier, les dispositions relatives à la commande publique devront respecter les principes qui découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 et qui sont rappelés par l'article 1er du nouveau code des marchés publics, aux termes duquel : "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. - L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse" .

La jurisprudence administrative est en faveur d'une application directe aux collectivités de Nouvelle-Calédonie des principes généraux de la commande publique, même si des dérogations peuvent y être apportées plus facilement, en considération des particularités locales.

A propos du renouvellement par le syndicat intercommunal à vocation multiple de la Côte Est de la Nouvelle-Calédonie d'un contrat de concession de distribution d'électricité, sans mise en concurrence, le Conseil d'Etat a jugé en 2015 *« qu'en l'absence de toute disposition mettant en œuvre les principes fondamentaux de la commande publique, rappelés par l'article 22 de la loi organique précitée, des motifs d'intérêt général peuvent justifier qu'un pouvoir adjudicateur en aménage les conditions de mise en œuvre, sous le contrôle du*

⁸ Jérôme Lasserre Capdeville - Répertoire de droit pénal et de procédure pénale - Favoritisme (Marchés publics) - § 80

juge, afin de tenir compte notamment, s'agissant des délégations de service public, des particularités du service délégué"⁹.

Ainsi que le rappelait M. Pelissier, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions sous l'arrêt : *"En vertu du 17° de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, celle-ci est compétente pour fixer les « règles relatives à la commande publique dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics », à l'exception de celles relatives aux contrats passés par l'Etat et ses établissements publics, qui relèvent de la compétence de l'Etat. La Nouvelle-Calédonie n'a jamais exercé cette compétence, de sorte que **ne s'appliquent sur son territoire et concernant les contrats passés par elle et les autres collectivités territoriales que les principes fondamentaux de la commande publique dont les dispositions précitées rappellent qu'ils s'imposent à la collectivité dans l'exercice de sa compétence et qui ont, depuis la décision du Conseil constitutionnel 2003-473 DC du 26 juin 2003, loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, qui les rattache aux articles 6 et 14 de la DDHC de 1789, une valeur constitutionnelle.** Or la Constitution s'applique évidemment en Nouvelle-Calédonie"*.

Une décision plus ancienne du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie retient également l'attention. Il a été jugé que l'office des postes et télécommunications ne pouvait pas se dispenser des obligations de publicité et de mise en concurrence prescrites par la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 2017 et que les marchés passés en application de cette délibération *"sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique et notamment à ceux relatifs à la liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures"*¹⁰.

Il est permis, comme le font les mémoires en défense, de se livrer à une comparaison avec la Polynésie française, où existe, en vertu de la loi organique 27 février 2004, modifiée par celle du 7 décembre 2007, une répartition similaire des compétences entre l'État et le territoire, pour fixer les règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes fondamentaux.

Par un arrêt du 7 novembre 2012, le Conseil d'État a considéré qu'en Polynésie française, le respect des principes fondamentaux de la commande publique, rappelés par les dispositions de l'article 28-1 de la loi organique du 27 février 2004, impliquait l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de fournir aux candidats l'information appropriée sur les conditions de mise en œuvre des critères d'attribution d'un marché public¹¹.

⁹ CE, 27 mars 2015, n° 386646, Ministre des outre-mer c/ Syndicat intercommunal à vocation multiple de la Côte Est et société Enercal

¹⁰ TA de Nouvelle-Calédonie, 31 juillet 2008, n° 0779, Syndicat des entreprises privées de télécommunication de Nouvelle-Calédonie.

¹¹ CE 7 novembre 2012, Polynésie française, n° 360252

La chambre criminelle s'est prononcée en sens contraire dans un arrêt, non publié, du 3 juin 2015. Elle a jugé qu'entre le 1^{er} novembre 2008, date d'effet de l'abrogation du décret n° 80-918 du 13 novembre 1980 auquel se référait le guide des marchés publics du Haut commissariat de la République en Polynésie française, et la promulgation, le 7 décembre 2009, de la loi du pays n° 2009-21, fixant le cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie française et de ses établissements publics, il n'existait plus de réglementation applicable localement, si bien que la passation d'une concession de distribution d'eau potable sans mise en concurrence préalable ne pouvait caractériser le délit de favoritisme, faute d'élément légal¹².

Une solution différente a été retenue dans un arrêt du 23 novembre 2016, mais était en cause un marché public passé par l'Office des postes et télécommunications, alors régi par les dispositions de l'article D. 311-5 du code des postes et télécommunications en Polynésie française, lequel renvoie expressément aux grands principes de la commande publique¹³.

Au cas présent, l'application de la qualification de favoritisme, dépend du problème de savoir si les principes fondamentaux de la commande publique, à valeur constitutionnelle et qui s'imposent à la Nouvelle-Calédonie dans l'exercice de la compétence qui lui est conférée par les dispositions de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, ont un effet direct sur le droit des marchés publics de ce territoire, de ses collectivités territoriales et de leurs établissements publics ou si leur application suppose des dispositions de mise en œuvre par voie législative ou réglementaire, ou encore si la réglementation locale actuelle, issue d'une délibération de 1967 peut tenir lieu de texte d'application.

Afin d'apporter des réponses complètes à ces questions, des consultations ont été engagées auprès de la sous-direction du droit de la commande publique des ministères économiques et financiers et de la sous-direction des affaires juridiques et institutionnelles de la direction générale des outre-mer.

Seule la première de ces administrations a fourni, en réponse à cette demande de consultation, un avis qui a été communiqué au conseiller rapporteur et aux parties.

Selon cet avis, les principes fondamentaux de la commande publique, en ce qu'ils ont une valeur constitutionnelle, sont directement opposables à l'office des postes et télécommunications de Nouvelle-Calédonie, tenu de respecter les prescriptions de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, dans le cadre des marchés publics qu'il conclut. A défaut de respect de ces dispositions, le délit de favoritisme est susceptible d'être caractérisé.

¹² Crim. 3 juin 2015, n° 15-80.098

¹³ Crim. 23 novembre 2016, n° 15-85.109

On retiendra de cet avis que l'élément matériel du délit de favoritisme réside dans la violation des règles applicables localement, dès lors qu'il a été porté atteinte aux principes fondamentaux de la commande publique.

Au cas présent, la violation des règles de liberté d'accès et d'égalité entre les candidats résulte spécialement :

- de la participation de la SARL Calédonienne d'ingénierie, société attributaire, ou de ses conseils, à la préparation du marché et à l'analyse des offres des candidats, lui permettant de disposer ainsi d'informations privilégiées,
- d'une analyse tendancieuse des offres en commission d'appel d'offres et en particulier du montage proposé par la Société Générale, tendant à son éviction arbitraire,
- du non respect du choix opéré par cette commission en faveur de la candidature de la Société Générale et de son dessaisissement en faveur du conseil d'administration de l'OPT,
- de la présentation à ce conseil d'administration d'un rapport d'analyse des offres orienté et tronqué,
- de la désignation de l'attributaire sur des critères qui ne figuraient pas dans l'appel d'offres (choix d'un candidat considéré comme plus sûr, car proposant une solution de défiscalisation qui avait des chances d'être acceptée par la direction générale des finances publiques).

Les conditions dans lesquelles le marché a été attribué à la société Calédonienne d'ingénierie ne sont pas conformes à la délibération n°136/CP, qui décrit précisément les conditions dans lesquelles doivent être passés les marchés sur appels d'offres et prévoit notamment l'intervention d'une commission d'appels d'offres qui propose d'attribuer le marché au candidat dont l'offre correspond le mieux aux besoins exprimés, en se fondant sur une pluralité de critères objectifs, indiqués dans le règlement d'appels d'offres (art. 27-2). Par ailleurs, aucune disposition de ce texte ne permet de transmettre en cours de procédure des éléments d'informations à l'un des candidats pour lui permettre de déposer une meilleure offre que celle de ses concurrents ou encore de procéder à une nouvelle analyse des offres en passant outre l'avis de cette commission.

On peut donc conclure que les principes généraux de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures s'imposaient à l'établissement public OPT, dans le choix d'un monteur en défiscalisation et que la méconnaissance des règles locales qui organisent les procédures de passation des marchés publics, ayant procuré à l'entreprise attributaire un avantage injustifié, est de nature à caractériser le délit de favoritisme.

Dès lors, la cassation paraît encourue sur le deuxième moyen de cassation proposé par le procureur général (violation des dispositions de l'article 432-14 du code pénal).

II) Les questions secondaires

Les observations qui suivent ont, en grande partie, un caractère subsidiaire, le pourvoi du procureur général devant aboutir à une censure de la décision rendue en toutes ses dispositions, sur l'action publique.

A) La régularité de la mise en examen de M. Z..., du chef de favoritisme et de l'ordonnance le renvoyant devant le tribunal correctionnel

Les prescriptions de l'article 116 du code de procédure pénale sont respectées dès lors que le juge d'instruction donne connaissance à la personne intéressée, lors de l'interrogatoire de première comparution, de chacun des faits qui lui sont reprochés et de leur qualification juridique ¹⁴.

Au cas présent, l'arrêt de la chambre de l'instruction du 8 mars 2012, mentionne que M. Z... a reçu notification de sa mise en examen pour favoritisme, faits commis à Nouméa de mars à novembre 2010, au préjudice de l'OPT, à l'occasion de la procédure d'appel d'offres destinée à mettre en place un réseau de téléphonie mobile 3^e génération, *“notamment en rédigeant ou en faisant rédiger des rapports tendancieux et inexacts sur les deux offres présentées, en communiquant des éléments du dossier à l'un des soumissionnaires, la Calédonienne d'ingénierie et en donnant à plusieurs reprises des avis erronés favorisant indûment l'un des soumissionnaires”* et qu'outre le visa des textes répressifs, il a été fait mention dans le procès-verbal de première comparution de la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967.

Cette notification est conforme aux exigences légales.

Par ailleurs, l'ordonnance de renvoi développait, conformément aux dispositions de l'article 184 du code de procédure pénale, la qualification juridique des faits imputés à M. Z... de sorte que l'intéressé a été précisément informé des poursuites et ne pouvait douter de la qualification applicable¹⁵.

B) Le cumul d'infractions : Favoritisme et prise illégale d'intérêts

On ne peut sérieusement soutenir que les mêmes faits auraient été poursuivis sous deux qualifications différentes, en méconnaissance de la règle “non bis in idem”.

Les deux délits protègent des intérêts distincts.

¹⁴ Crim. 8 juillet 2015, n° 15-81.025

¹⁵ Voir, par exemple, Crim. 23 janvier 2018, n° 16-86.726

En effet, le délit de favoritisme “a vocation à garantir une saine concurrence entre les entreprises, tout en permettant à la collectivité de bénéficier du meilleur service ou du meilleur produit au prix le plus avantageux”, tandis que la prise illégale d'intérêt “repose sur l'ancestrale maxime « charité bien ordonnée commence par soi-même » et a donc pour finalité de procurer à l'agent un avantage personnel”¹⁶.

La Cour de cassation juge effectivement que ces deux incriminations protègent des valeurs sociales différentes¹⁷.

Elle a ainsi confirmé un arrêt par lequel la cour d'appel de Bastia a déclaré le maire de Propriano coupable du délit de favoritisme pour avoir attribué à la SA Bouygues Offshore un marché relatif à l'extension du port de plaisance de cette commune, au terme d'une procédure d'appel d'offres irrégulière et pour prise illégale d'intérêt, pour avoir attribué à la même société des marchés de travaux qui étaient en tout ou partie sous-traités par une société ou à l'une de ses filiales dont il était actionnaire¹⁸.

Un commentateur de cet arrêt y voit l'occasion de souligner “*les relations, somme toute assez naturelles, entre la prise illégale d'intérêt et le délit de favoritisme*” :

“Dans la présente affaire, le refus de prendre en compte les interprétations proposées par le prévenu, et pourtant communément admises en droit administratif, s'explique par le fait que les circonstances permettaient d'établir le fait que l'usage des procédures de passation ne servait qu'à déguiser l'attribution préférentielle du marché à l'entreprise qui accepterait de partager sa rémunération avec une société très proche de l'élu poursuivi. En d'autres termes, le délit de favoritisme n'était commis que dans le but de permettre la réalisation d'une prise illégale d'intérêt [...] Le cumul du délit de prise illégale d'intérêt et de celui de favoritisme ne doit pas être mal compris. Il ne s'agit évidemment pas de punir deux fois les mêmes agissements. Même s'ils ont été commis dans le même montage, ce sont bien deux actes tout à fait distincts qui ont ici été qualifiés par le juge pénal : le fait de capter une part de la commande publique en fournissant le titulaire ou en assurant la sous-traitance de son marché d'une part et, d'autre part, celui d'avantager une entreprise, précisément celle qui, dans un second temps, se prêterait aux stratagèmes de redistribution de la commande publique imaginés”¹⁹.

Au cas présent, il est possible d'opérer clairement une distinction, dans les faits qui ont été poursuivis, entre, d'une part, les actes accomplis en violation des règles de liberté

¹⁶ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, Droit pénal des affaires : LexisNexis, 5e éd., 2018, n° 493 et 494

¹⁷ Crim. 8 mars 2006, n° 05-85.276

¹⁸ Crim. 6 avril 2005, n° 00-80.418, 04-84.948, 02-81.770, 02-81.771

¹⁹ Florian Linditch - Relecture du Code des marchés publics à la lumière de la prise illégale d'intérêt et du délit de favoritisme, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 21, 22 Mai 2006, 1114

d'accès et d'égalité entre les candidats, de nature à caractériser le délit de favoritisme et, d'autre part, le choix de l'entreprise attributaire, fondé sur des relations personnelles, relevant cette fois du délit de prise illégale d'intérêt.

Rien n'empêche donc de retenir les deux qualifications.

C) La prise illégale d'intérêt

Tout personne exerçant une fonction publique qui prend, reçoit ou conserve un intérêt quelconque dans une entreprise dont il a, au moment de l'acte, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement peut se voir sanctionner au titre de la prise illégale d'intérêts.

L'incrimination est extrêmement large puisque l'intérêt dont il s'agit peut être un avantage matériel quelconque ou même un intérêt simplement moral.

Pour ne prendre qu'un exemple récent, la chambre criminelle a approuvé une cour d'appel qui a retenu que l'existence d'un lien d'amitié pouvait être constitutif de l'intérêt quelconque, au sens de l'article 432-12 du code pénal ²⁰.

Au cas présent, l'existence de relations personnelles et d'affaires entre Messieurs Z..., D... et X... suffit à caractériser les délits de prise illégale d'intérêt, complicité et recel.

D) La motivation des peines

Cette question n'est soulevée que par M. D... et la société calédonienne d'ingénierie.

La chambre criminelle a rappelé par plusieurs arrêts du même jour, rendus en formation plénière,

- qu'en matière correctionnelle toute peine doit être motivée au regard de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle ²¹.

- que dans la même matière, le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision au regard des circonstances de l'infraction, de la personnalité et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et de ses charges ²².

²⁰ Crim. 5 avril 2018, n° 17-81.912, en cours de publication

²¹ Crim. 1^{er} février 2017, n° 15-85.199, Bull. n° 28 et Crim. 1^{er} février 2017, n° 15-84.511, Bull. n° 30

²² Crim. 1^{er} février 2017, n° 15-83.984, Bull. n° 29

Le juge qui condamne une personne morale à une amende doit s'expliquer sur les ressources et les charges de cette personne ²³.

Sur ce point, la motivation de la cour d'appel paraît conforme à la jurisprudence. Pour fixer le montant des peines d'amende auxquelles les prévenus ont été condamnés, elle a tenu compte des revenus de M. D... et de sa participation dans de nombreuses sociétés ainsi que des commissions perçues par la société Calédonienne d'ingénierie dans l'opération litigieuse.

E) L'action civile de l'OPT de Nouvelle-Calédonie

Les agents des services publics doivent exercer la mission qui leur est confiée et doivent s'efforcer de satisfaire l'intérêt général. Leurs pouvoirs ne peuvent être utilisés pour satisfaire leur intérêt personnel. Dans le cas contraire, ils se rendent coupables d'un détournement de fonctions qui peut alors être constitutif d'une faute personnelle détachable du service ²⁴.

La chambre criminelle laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond la question de savoir si des faits qualifiés de prise illégale d'intérêt présentent ou non le caractère d'une faute personnelle détachable du service ²⁵.

Au cas présent, la cour d'appel, qui énonce que "*l'infraction commise par M, Z..., qui repose sur un manquement à son devoir de probité, témoigne d'un mépris à l'égard des exigences éthiques; que l'acte délictueux constitue une faute personnelle détachable du service qui autorise la cour de céans à statuer sur la responsabilité civile éventuelle de M. Z...*", a justifié sa décision de condamner M. Z... à indemniser l'OPT.

S'agissant de la réparation due à l'OPT, les juges du fond ont usé de leur pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer le montant des dommages-intérêts alloués à cet office en réparation de son préjudice.

Proposition

Avis de CASSATION.

²³ Crim. 17 janvier 2018, n° 17-81.298

²⁴ Christophe Guettier, JurisClasseur Civil, art. 1382 à 1386 - Fasc. 380 : Fonctionnaire, § 29

²⁵ Crim. 24 octobre 1996, n° 95-85.817 et Crim. 27 février 2013, n° 12-80.632