

N° G 21-83.121 FS-B

N° 00723

RB5

7 SEPTEMBRE 2022

CASSATION PARTIELLE

Mme DE LA LANCE conseiller doyen faisant fonction de président,

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE,
DU 7 SEPTEMBRE 2022

Mme [Z] [F], M. [O] [P] et la société [5], et l'Association du restaurant scolaire, partie civile, ont formé des pourvois contre l'arrêt de la cour d'appel de Lyon, 7e chambre, en date du 31 mars 2021, qui a condamné la première, pour atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, à quatre mois d'emprisonnement avec sursis, le deuxième, pour recel, à six mois d'emprisonnement avec sursis, 15 000 euros d'amende, la troisième, pour recel, à 60 000 euros d'amende, et a prononcé sur les intérêts civils.

Les pourvois sont joints en raison de la connexité.

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

Sur le rapport de Mme Planchon, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de M. [O] [P], les observations de Me Bouthors, avocat de Mme [Z] [F], les observations de la SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat de la société [5], les observations de Me Laurent Goldman, avocat de l'Association du restaurant scolaire, et les conclusions de Mme Mathieu, avocat général, après débats en l'audience publique du 9 juin 2022 où étaient présents Mme de la Lance, conseiller doyen faisant fonction de président en remplacement du président empêché, Mme Planchon, conseiller rapporteur, MM. d'Huy, Wyon, Pauthe, Turcey, de Lamy, conseillers de la chambre, Mmes Fouquet, Chafaï, conseillers

référendaires, Mme Mathieu, avocat général, et Mme Boudalia, greffier de chambre,

la chambre criminelle de la Cour de cassation, composée 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. Le 2 juillet 2015, le conseil municipal de la commune de [Localité 3] a décidé d'attribuer la délégation de service public (DSP) de la restauration scolaire de cette commune à la société [5], dirigée par M. [O] [P], et signé le contrat le 28 juillet 2015.

3. L'Association du restaurant scolaire, attributaire de la DSP jusqu'en août 2015 et candidate à sa succession, a déposé plainte pour favoritisme et dénoncé le comportement de l'une de ses employées, Mme [Z] [F], divorcée [C], par ailleurs employée municipale de la commune de [Localité 3] à temps partiel, qui avait travaillé avec la société [5] dans le cadre de l'exécution des précédentes délégations en assurant la distribution des repas fournis par cette société.

4. Le procureur de la République a diligenté une enquête préliminaire dont les investigations ont révélé que Mme [F] a apporté son aide à M. [P] pour la présentation du dossier de candidature de la société [5] qui a revu ses prix à la baisse après la deuxième négociation.

5. A l'issue de l'enquête, le procureur de la République a fait citer Mme [F] pour avoir à [Localité 3], entre le 1er septembre 2014 et le 1er août 2015, étant agent d'une collectivité locale, en l'espèce employée municipale chargée de la restauration scolaire, procuré ou tenté de procurer à autrui un avantage injustifié, en l'espèce notamment en fournissant des informations précises à la société [5], dans le cadre de la procédure d'attribution de la nouvelle DSP de la restauration scolaire de la commune de [Localité 3], et ce, au préjudice des sociétés [1], [4], le groupement [2].

6. M. [P] et la société [5] ont été cités pour avoir à [Localité 3], entre le 1er septembre 2014 et le 18 octobre 2016, sciemment recelé, au préjudice des sociétés [1], [4], le groupement [2], le bénéfice de la DSP de la restauration scolaire de la commune de [Localité 3] d'un montant total de 1 250 000 euros, qu'elle savait provenir du délit d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics, commis par Mme [F], infraction de recel commise pour le compte de la société [5] par un de ses organes ou représentants, en l'espèce M. [P], directeur régional.

7. Par jugement en date du 8 novembre 2018, le tribunal correctionnel a déclaré les prévenus coupables des faits objet de la prévention et les a condamnés pénalement. Sur l'action civile, après avoir déclaré recevable la constitution de partie civile de l'Association du restaurant scolaire, le tribunal a débouté cette dernière de l'ensemble de ses demandes.

8. Les prévenus, le ministère public et la partie civile ont interjeté appel de cette décision.

Examen des moyens

Sur le moyen unique, pris en ses deuxième et troisième branches proposé pour Mme [F], les deuxième moyen, pris en ses trois dernières branches proposé pour M. [P], deuxième moyen, pris en ses trois dernières branches et troisième moyen proposés pour la société [5]

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

Sur le premier moyen proposé pour M. [P] et le premier moyen proposé pour la société [5]

Enoncé des moyens

10. Le moyen proposé pour M. [P] critique l'arrêt attaqué en ce qu'il l'a déclaré coupable de recel de bien provenant d'un délit puni d'une peine n'excédant pas cinq ans d'emprisonnement, entraînant de plein droit, en cas de condamnation définitive, la peine d'exclusion des procédures d'attribution des contrats de concession, alors « que les articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique sont contraires au principe de l'individualisation des peines et au droit d'accès à un juge consacrés par les articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 en ce qu'ils prévoient la peine d'exclusion de plein droit des procédures de passation des marchés et d'attribution des concessions sans qu'un juge ne l'ait expressément prononcée, sans que ne soit tenu compte des circonstances de fait ni de la personnalité de l'intéressé, sans possibilité d'en faire varier la durée, et sans que l'opérateur condamné ne puisse faire la preuve de sa fiabilité ; que l'annulation de ces dispositions par le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité en application de l'article 61-1 de la Constitution, privera de base légale la décision attaquée. »

11. Le moyen proposé pour la société [5] critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné Mme [Z] [C] du chef d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics, et la société [5] du chef de recel de ce délit, sur le fondement de l'article 432-14 du code pénal, alors « qu'une condamnation du chef de l'article 432-14 du code pénal entraîne automatiquement en application des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique la sanction complémentaire de l'exclusion des procédures de passation des marchés publics et d'attribution des contrats de concession ; que cette peine complémentaire automatique, sans intervention d'un juge et sans aucune possibilité d'en apprécier l'opportunité, la durée et la proportionnalité au regard de la personne condamnée, est contraire aux articles 8 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et aux principes de nécessité et d'individualisation de la peine et d'accès au juge qui en résultent ; l'annulation des articles L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique par le Conseil constitutionnel privera de tout fondement légal l'arrêt attaqué. »

Réponse de la Cour

12. Les moyens sont réunis.

13. Par décision du 28 janvier 2022 (Cons. Const. 28 janvier 2022, décision n° 2021-966 QPC), le Conseil constitutionnel a dit n'y avoir lieu à statuer sur les questions prioritaires de constitutionnalité des demandeurs.

14. Il en résulte que les moyens sont devenus sans objet.

Sur le moyen unique, pris en sa première branche proposé pour Mme [F] et les deuxième moyen, pris en sa première branche proposé pour M. [P] et deuxième moyen, pris en sa première branche proposé pour la société [5]

Enoncé des moyens

15. Le moyen proposé pour Mme [F] critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a condamné la requérante du chef de favoritisme à un emprisonnement délictuel de quatre mois avec sursis, alors :

« 1°/ que le délit de favoritisme au sens de l'article L. 432-14 du code pénal est un délit attribué qui ne peut être imputé qu'aux organes et/ou personnes spécialement désignés par ce texte ; qu'en l'absence de tout élément susceptible de rattacher la requérante au cercle restreint des personnes entrant dans le champ de ce texte, la cour a procédé par voie

d'analogie et a violé le texte susvisé ensemble le principe d'interprétation stricte de la loi pénale. »

16. Le moyen proposé pour M. [P] critique l'arrêt en ce qu'il l'a déclaré coupable de recel de bien provenant du délit de favoritisme, alors :

« 1°/ que le délit de favoritisme ne peut être imputé qu'à une personne ayant pour mission de s'assurer du respect des règles en matière d'attribution des marchés publics ; qu'en se bornant à énoncer que Mme [C] avait la « qualité d'adjoint administratif 2ème classe affectée au service scolaire pour la gestion et l'organisation des surveillances de la restauration scolaire » et qu'elle était salariée de l'Association du restaurant scolaire, la cour d'appel n'a pas établi les missions exercées par celle-ci quant à l'attribution de la délégation de service public ; que la cour d'appel n'a pas justifié sa décision et a méconnu les articles 321-1 et 432-14 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale. »

17. Le moyen proposé pour la société [5] critique l'arrêt attaqué en ce qu'il a déclaré Mme [C] coupable du délit d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics et l'a subséquemment déclarée coupable du délit de recel, par personne morale, du produit de ce délit et condamnée, en conséquence au paiement d'une amende de 60 000 euros, alors :

« 1°/ que tout jugement doit être motivé ; que l'insuffisance ou la contradiction de motifs équivaut à leur absence ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a relevé que Mme [C] était « l'interlocutrice directe de la directrice générale des services, sa seule supérieure hiérarchique au moment des faits () ; qu'elle jouait un rôle déterminant dans l'organisation de la restauration scolaire () ; qu'elle avait un accès direct aux élus membres de la commission d'attribution de la délégation de service public () et qu'elle constituait la cheville ouvrière de la restauration scolaire de la ville de [Localité 3], interlocuteur incontournable de la mairie pour tout ce qui avait trait à la restauration scolaire » ; que de tels motifs étaient inopérants à caractériser, en sus du simple rôle administratif important de Mme [C], un véritable pouvoir décisionnel dont celle-ci aurait été titulaire dans l'attribution de marchés publics ; qu'en en déduisant toutefois « qu'elle disposait ainsi du pouvoir d'intervenir dans la procédure d'attribution de la délégation de service public au regard des multiples missions qu'elle assumait, de sa connaissance profonde du fonctionnement de la restauration scolaire, du rôle qu'elle jouait tant au sein de la mairie que du groupement en charge de la délégation de service public pour la mise en oeuvre de la politique municipale de restauration scolaire et de l'expertise qu'elle apportait en la matière aux élus », la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision et a violé l'article 593 du code de procédure pénale. »

Réponse de la Cour

18. Les moyens sont réunis.

19. Pour déclarer Mme [F] coupable du délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et M. [P] et la société [5] coupables de recel de ce délit, l'arrêt attaqué relève que la première, adjoint administratif, a été affectée au service scolaire pour la gestion et l'organisation des surveillances de la restauration scolaire, qu'elle exerçait ses fonctions au sein de la municipalité pour un tiers de son temps de travail, consacrant les deux autres tiers à ses missions de salariée de l'association au sein de laquelle elle occupait les fonctions de « Responsable du restaurant » et que si elle était fonctionnaire de catégorie C, elle était aussi l'interlocutrice directe de la directrice générale des services, sa seule supérieure hiérarchique au moment des faits.

20. Les juges ajoutent qu'elle jouait un rôle déterminant dans l'organisation de la restauration scolaire en recrutant les vacataires pour le compte de la mairie, en étant chargée des inscriptions à la cantine, des réservations des repas, en assurant le contrôle des présences, la facturation et le recouvrement auprès des familles et qu'elle était l'interlocutrice principale des usagers et de la [5], que ses courriels démontrent qu'elle avait un accès direct aux élus membres de la commission d'attribution de la DSP, le maire ou son adjoint aux finances, lequel l'avait recrutée quelques années auparavant, avec qui elle a eu des échanges avant l'attribution de la DSP et à qui elle a fait part des difficultés qu'elle rencontrait avec l'Association du restaurant scolaire.

21. Ils retiennent qu'en cumulant les fonctions de responsable du restaurant au sein de l'association qui exerçait

conjointement avec la société [5] la DSP, et des fonctions d'agent territorial en charge des missions que la commune ne pouvait déléguer dans ce domaine, Mme [F] était la cheville ouvrière de la restauration scolaire de la ville, interlocuteur incontournable de la mairie pour tout ce qui avait trait à ce sujet, qu'elle disposait ainsi du pouvoir d'intervenir dans la procédure d'attribution de la DSP au regard des multiples missions qu'elle assumait, de sa connaissance approfondie du fonctionnement de la restauration scolaire, du rôle qu'elle jouait tant au sein de la mairie que du groupement en charge de la DSP pour la mise en oeuvre de la politique municipale de restauration scolaire et de l'expertise qu'elle apportait en la matière aux élus et qu'elle relève bien de la catégorie des personnes visées par les dispositions de l'article 432-14 du code pénal et susceptibles d'être poursuivies pour délit de favoritisme.

22. En prononçant ainsi, la cour d'appel a justifié sa décision.

23. En effet, d'une part, l'article 432-14 du code pénal n'exige pas que la personne poursuivie soit intervenue, en fait ou en droit, dans la procédure d'attribution d'une commande publique.

24. D'autre part, en raison de ses connaissances techniques et du savoir-faire dont elle disposait du fait de son affectation au service de restauration scolaire de la commune, la prévenue disposait de compétences et d'informations privilégiées lui ayant permis de procurer à la société [5] et à son dirigeant M. [P] un avantage injustifié de nature à porter atteinte au principe de liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession.

25. Les moyens doivent donc être écartés.

Sur les troisième moyen proposé pour M. [P] et quatrième moyen proposé pour la société [5]

Énoncé des moyens

26. Le moyen proposé pour M. [P] critique l'arrêt attaqué en ce qu'il l'a déclaré coupable de recel de bien provenant d'un délit puni d'une peine n'excédant pas cinq ans d'emprisonnement, condamnation dont il résulte, en cas de condamnation définitive, l'application de plein droit de la peine d'exclusion des procédures d'attribution des concessions, alors « que l'application de plein droit de la peine d'exclusion des procédures d'attribution des concessions sans que le juge n'ait expressément prononcé cette peine, sans que ne soient tenus compte des circonstances de fait ni de la personnalité de l'intéressé, sans possibilité d'en faire varier la durée, et sans que l'opérateur condamné ne puisse faire la preuve de sa fiabilité, méconnaît le principe d'individualisation des peines et le droit d'accès au juge ; que dès lors la cour d'appel a méconnu les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 47 et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, 132-1 et 132-17 du code pénal, L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique, 591 et 593 du code de procédure pénale. »

27. Le moyen proposé pour la société [5] critique l'arrêt attaqué en ce qu'il l'a déclarée coupable de recel du délit d'atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics, condamnation dont il résulte, en cas de condamnation définitive, l'application de plein droit de la peine d'exclusion des procédures d'attribution des concessions et des marchés publics, alors « que l'application de plein droit de cette peine sans que le juge l'ait expressément prononcée, sans qu'il soit tenu compte des circonstances de fait ni de la personnalité de l'intéressé, sans possibilité d'en faire varier la durée, et sans que l'opérateur condamné puisse faire la preuve de sa fiabilité, méconnaît le principe d'individualisation des peines et le droit d'accès au juge ; que dès lors la cour d'appel a méconnu les articles 6 et 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, 47 et 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 38 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, 132-1 et 132-17 du code pénal, L. 2141-1 et L. 3123-1 du code de la commande publique, 591 et 593 du code de procédure pénale. »

Réponse de la Cour

28. Les moyens sont réunis.

29. Les moyens, inopérants en ce qu'ils ne critiquent aucune disposition de l'arrêt attaqué, ne peuvent qu'être écartés.

Mais sur le moyen unique proposé pour l'Association du restaurant scolaire

Énoncé du moyen

30. Le moyen critique l'arrêt attaqué en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes indemnitaires, alors « que le préjudice du candidat évincé ensuite de l'attribution irrégulière d'une délégation de service public se mesure à la chance qu'il a perdue d'obtenir cette délégation ; qu'en retenant toutefois, pour écarter les demandes indemnitaires de l'Association du restaurant scolaire, candidate évincée ensuite de l'attribution irrégulière de la délégation de service public, que la présence d'autres candidats, dont il n'était nullement démontré qu'ils n'avaient aucune chance de se voir attribuer la délégation de service public, ne permettait pas d'établir le caractère certain et direct du préjudice matériel invoqué par l'association, la cour d'appel, qui n'a pas apprécié le préjudice au regard de la chance perdue par l'association évincée, a méconnu l'article 1240 du code civil. »

Réponse de la Cour

Vu l'article 2 du code de procédure pénale :

31. Selon ce texte, l'action civile en réparation du dommage causé par un délit appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par cette infraction.

32. Pour débouter la partie civile de ses demandes, l'arrêt attaqué énonce que la présence d'autres candidats, dont il n'est nullement démontré qu'ils n'avaient aucune chance de se voir attribuer la DSP, ne permet pas d'établir le caractère certain et direct du préjudice matériel que l'Association du restaurant scolaire invoque et que l'existence de relations de proximité entre Mme [F] et la société [5] ou le fait que l'un des élus de la commune, et non Mme [F], ait pu adresser un courriel dénigrant l'Association du restaurant scolaire, ne permettent pas de caractériser l'existence d'un préjudice moral en lien de causalité avec les infractions commises.

33. En prononçant ainsi, alors qu'il lui appartenait de rechercher si la partie civile avait, compte tenu de son activité, de son expérience ou de tout autre élément, une chance sérieuse d'obtenir la DSP et si l'attribution irrégulière de celle-ci a eu pour conséquence directe de lui faire perdre cette chance, la cour d'appel a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé.

34. Il s'ensuit que la cassation est encourue de ce chef.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Lyon, en date du 31 mars 2021, mais en ses seules dispositions relatives aux intérêts civils, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée,

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

Dit n'y avoir lieu à application de l'article 618-1 du code de procédure pénale à l'égard de M. [P] et de Mme [F] ;

Fixe à 2 500 euros la somme globale que M. [P], Mme [F] et la société [5] devront payer à l'Association du restaurant scolaire ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la cour d'appel de Lyon et sa

mention en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement annulé ;

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