

RAPPORT	
N° E1781975	23 janvier 2018
près la cour d'appel de Nouméa C/ Granier	<u>Rapporteur</u> : Nicole Planchon

Statuant sur les pourvois formés par :

- M. Le procureur général près la cour d'appel de Nouméa,
- M. Y... Z...,
- M. E... D...,
- la société Calédonienne d'Ingénierie,
- M. O... X...

et

- L'Office des Postes et Télécommunications, partie civile.

contre :

- concernant le second, 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 ;
- concernant l'ensemble des demandeurs, l'arrêt de ladite cour d'appel, chambre correctionnelle, en date du 28 février 2017, qui a condamné M. Z..., pour prise illégale d'intérêts, à six mois d'emprisonnement avec sursis, à 7 000 000 Francs CFP et à deux ans d'interdiction d'exercer une fonction publique, M. D..., pour complicité de prise illégale d'intérêt, à six mois d'emprisonnement avec sursis, 7 000 000 francs CFP d'amende, la société Calédonienne d'Ingénierie, pour complicité de prise illégale d'intérêt, à 20 000 000 francs CFP d'amende, M. X..., pour prise illégale d'intérêt, à 4 000 000 francs CFP d'amende, et a prononcé sur les intérêts civils ;

RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE

Le 2 juillet 2010, le secrétaire général du syndicat SFAO-OPT, a transmis au procureur de la République de Nouméa une lettre datée du 23 juin 2010, adressée par MM. A..., B... et C..., en leur qualité d'administrateurs de l'Office des postes et télécommunications (OPT), au Haut-Commissaire, dans laquelle ils dénonçaient les conditions dans lesquelles la société Calédonienne d'ingénierie avait été désignée comme arrangeur pour le bénéfice de la défiscalisation métropolitaine du projet d'extension et de modernisation du réseau de téléphone mobile selon délibération n° 27/2010.

Dans cette lettre, les signataires mettaient en cause :

- la brièveté des délais de l'appel d'offre,
- les liens existant entre le candidat choisi et les experts désignés pour analyser les offres,
- la partialité dont avaient fait preuve les experts lors de la présentation des offres devant la commission d'appel d'offres.

Le 4 mars 2011, à l'issue d'une enquête préliminaire, le procureur de la République a ouvert une information des chefs d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, prise illégale d'intérêt et complicité et recel de ces délits.

M. X..., commissaire aux comptes intervenu en qualité d'expert pour analyser les offres reçues par l'OPT, M. D..., dirigeant de la société Calédonienne d'ingénierie, candidate déclarée attributaire du marché, et M. Z..., président du conseil d'administration de l'OPT au moment des faits, ont été mis en examen respectivement les 27 septembre, 4 et 6 octobre 2011. La société

Calédonienne d'ingénierie a elle-même été mise en examen le 4 octobre 2011.

Les mis en examen ayant saisi la chambre de l'instruction d'une requête en annulation de pièces de la procédure, cette juridiction a, par arrêt du 8 mars 2012, dit n'y avoir lieu à annulation.

Les intéressés ont formé un pourvoi à l'encontre de cette décision sous le numéro C 1282758.

L'enquête et l'information qui a suivi ont permis d'établir que M. Z... avait organisé une mise en concurrence après avoir rédigé l'appel d'offres avec l'aide d'un avocat aux conseils, présenté par certains comme étant l'avocat personnel de M. Z..., de manière à restreindre la concurrence, comme l'instauration d'un délai de réponse rendant extrêmement difficile la remise d'une offre à un défiscaliseur extérieur à la Nouvelle-Calédonie ou encore l'instauration de pénalités de retard quant à l'obtention des engagements de souscription et de l'agrément fiscal.

Il avait de même, et sans consultation, choisi deux experts, dont M. X..., qui lors de la réunion de la commission d'appel d'offres aurait manifesté une telle partialité en faveur de la société CGI qu'il aurait été interpellé sur ce point par l'un des membres de la commission. L'intéressé aurait également fait une présentation erronée de l'offre de la Société Générale.

M. G..., candidat représentant la Société Générale évoquait également un délai de réponse aux questions de l'O.P.T. du jour au lendemain, le report à plusieurs reprises, et la fixation au dernier moment de l'audition des candidats, le courriel transmis quelques heures avant celle-ci, exigeant que la banque SOCIÉTÉ GÉNÉRALE l'habilite spécialement F... G... à la représenter, refus à trois reprises de M. Z... de joindre par téléphone les cadres du siège de la banque SOCIÉTÉ GÉNÉRALE France pour qu'ils leur confirment que le montage n'était pas innovant, et intervention de O... X..., qui avait fait un amalgame pour affirmer faussement que son projet prévoyait un montage en S.A.S.U.

Les enquêteurs relevaient les liens existant entre M. X... et M. D... ainsi qu'entre ce dernier et M. Z....

O... X... est co-gérant de la société K.P.M.G. Audit, immatriculée le 17 janvier 1996 dont les bureaux sont situés à la même adresse que ceux de Me I..., de Me H..., ses avocats, eux-même intervenus dans la procédure d'appel d'offre, et du siège notamment de la SCI KONEVA, société ayant pour objet la construction d'un immeuble de bureaux destinés à abriter les locaux professionnels de MM. X..., D... et I....

Les investigations ont montré que KPMG est le commissaire aux comptes titulaire, M. X... étant le commissaire aux comptes suppléant, de deux sociétés du groupe D..., la société pour le développement touristiques de la Nouvelle-Calédonie (SDTNC) et la société Foncière du Sud.

Les investigations ont révélé que M. Z... et M. D... étaient associés dans la société d'investissement touristique de Païta (SITPA), exploitant un hôtel-restaurant à Païta. Il résulte d'un procès-verbal d'assemblée générale de cette société que M. D... a permis à M. Z... et à l'une de ses amies, par ses apports de fonds venant de la défiscalisation, d'acquérir un terrain et d'y construire leur hôtel entre 2002 et 2005, et qu'il les a de nouveau aidés par des apports de fonds de la société JEC à le rénover, à l'agrandir, ou à recapitaliser la société, qui l'exploite en 2007, avant de revendre sa participation à la société Fidelio pour 30,000,000 F CFP.

Il apparaissait également que la concubine de M. D..., élue de la Province Sud de mai 2004 à mai 2009, avait été choisie par M. Z... comme membre de son cabinet quand il avait exercé les fonctions de Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, entre août 2007 et mai 2009 et aurait été chargée des dossiers d'importance.

Enfin, alors que la commission d'appel d'offres avait choisi l'offre du cabinet Ingénierie Fiscale

et financière de M. F... G..., associé à la Société Générale, M. Z... avait dessaisi la commission au profit du Conseil d'administration de l'OPT qui avait retenu l'offre de la société CI de M. D... par une délibération du 3 juin 2010.

Selon les enquêteurs, sur la demande du Haut-Commissaire de la République, représentant de l'Etat et chargé du contrôle de légalité, qui avait constaté l'irrégularité de la procédure et menacé de saisir le tribunal administratif en annulation, le conseil d'administration de l'O,P.T a retiré par délibération du 2 septembre 2010 sa délibération du 3 juin 2010, pour confier à trois experts proposés par M. Z... le soin d'émettre un nouvel avis sur les deux offres concurrentes, avis dont il résultait que seule l'offre du cabinet Ingénierie Fiscale et Financière, d'F... G... associé à la banque Société Générale était conforme au cahier des charges et offrait une prise ferme tandis que l'offre de la société CI ne contenait aucun engagement sur ce point.

Le rapport indique donc clairement que la solution du cabinet INGENIERIE FISCALE ET FINANCIERE d'F... G... associé à la banque SOCIÉTÉ GÉNÉRALE est la plus sûre pour l'O.P.T, la moins coûteuse pour l'Etat, et lui est favorable.

En dépit de ce rapport, le conseil d'administration de L'OPT a, à nouveau, désigné la société CI comme attributaire du marché lors d'une séance du 9 novembre 2010, suite à la présentation faite par M. Z....

Les mis en examen ont été renvoyés devant le tribunal correctionnel de Nouméa par ordonnance du juge d'instruction du 15 décembre 2014.

S'agissant de M. Z..., pour avoir, à Nouméa et en France métropolitaine, entre mars 2010 et le 9 novembre 2010 :

- étant dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public ou exerçant des fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixtes d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixtes locales en l'espèce étant président du conseil d'administration de l'établissement public Office des Postes et des Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT) :
- procuré ou tenté de procurer à D... E... et à la SARL Calédonienne d'ingénierie 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 ;
- 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, l'administration, la liquidation, ou le paiement, en l'espèce en prenant part à l'ensemble des phases depuis la conception jusqu'à l'attribution définitive du marché public de l'OPT destiné à désigner l'arrangeur pour la défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3° génération dite 3G, auquel concourait la SARL Calédonienne d'ingénierie et D... E..., avec lequel il entretenait des relations personnelles privilégiées, et d'affaires, étant associé avec ce dernier par l'intermédiaire de ses sociétés dans la SA SITPA, à laquelle M. D... avait fourni par ailleurs des concours financiers et des prestations de service en matière de défiscalisation.

S'agissant de M. D..., il a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour s'être à Nouméa, entre mars et le 9 novembre 2010 :

-rendu complice du délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics reproché à M. Z... :

- en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en mettant à la disposition de M. Z...

les services du commissaire aux comptes de plusieurs de ses sociétés, M. O... X... et d'un avocat du cabinet ACE-ACF dont lui ou ses sociétés étaient le client habituel pour préparer l'appel d'offre, confectionner un rapport comparatif de celles-ci à destination de l'OPT, et intervenir auprès de la commission d'appel d'offres et du conseil d'administration de l'OPT, et ceux du cabinet d'avocat Descombes et Salans dont lui ou ses sociétés était le client habituel pour établir un rapport d'analyse des offres, et en se faisant communiquer le rapport de ces experts avant qu'il ne soit soumis au conseil d'administration de l'OPT devant statuer sur les offres,

- en donnant des instructions à M. Z... pour qu'il puisse rédiger ses rapports à destination de la commission d'appel d'offre et du conseil d'administration de l'OPT dans un sens favorable à son offre, et pour qu'il fasse modifier par le collège d'expert précité, en réalité représenté seulement par M. N... son rapport d'analyse des offres pour le rendre moins défavorable à sa soumission ;

- rendu complice du délit de prise illégale d'intérêt reproché à M. Z... en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en l'espèce en répondant à un appel d'offre afférent au choix par l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie de l'arrangeur pour la défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3° génération dite 3G et en maintenant sa soumission, sachant que M. Z..., Président du conseil d'administration de l'OPT était en charge d'organiser ce marché public, et prenait une part active à son organisation.

S'agissant de M. X..., il a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour s'être à Nouméa et en France métropolitaine, entre mars et le 9 novembre 2010 :

- rendu complice du délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics reproché à Z... Y... en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en l'espèce en rédigeant et en soutenant lors de réunions de la commission d'appel d'offre et du conseil d'administration de l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie des rapports tendancieux et inexacts et en donnant des avis erronés favorisant indûment l'un des soumissionnaires, D... E... et la SARL Calédonienne d'Ingénierie ;

- rendu complice du délit de prise illégale d'intérêts reproché à M. Z... en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en l'espèce en acceptant et en exerçant les fonctions d'expert auprès de l'Office des Postes de la Nouvelle-Calédonie chargé de le conseiller dans le choix de l'arrangeur en défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3° génération dite 3G, et en favorisant dans ses rapports et ses avis l'un des candidats, D...E... et la SARL Calédonienne d'Ingénierie, dont il connaissait les liens personnels et d'affaires avec Z... Y..., président du conseil d'administration de l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie, chargé d'organiser cette consultation ;

- étant dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public, en l'espèce étant chargé en qualité d'expert en matière comptable et financière de préparer l'appel d'offres d'un marché public destiné à choisir l'arrangeur en défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3° génération dite 3G au profit de l'établissement public Office des Postes et des Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT) et de le conseiller dans le choix de la meilleure offre, 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, l'administration, la liquidation, ou le paiement, en l'espèce en acceptant et en exerçant ces fonctions, alors qu'il était lié avec l'un des candidats, la SARL Calédonienne d'Ingénierie et D... E..., par une communauté d'intérêt, étant

associé avec ce dernier par l'intermédiaire de la société Penty dans la SCI Koneva destinée à construire leurs locaux professionnels dans le même immeuble, et étant par ailleurs commissaire aux comptes de plusieurs sociétés dirigées par D... E....

La société Calédonienne d'Ingénierie a été renvoyée devant le tribunal correctionnel des chefs de complicité du délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et de prise illégale d'intérêt et de recel de ces délits.

Par jugement en date du 9 novembre 2015, le tribunal correctionnel de Nouméa a déclaré l'ensemble des prévenus coupables des délits reprochés et les a condamnés :

- M. Z..., à deux ans d'emprisonnement avec sursis et à 5 ans d'inéligibilité ;
- M. D..., à trois ans d'emprisonnement et à une interdiction professionnelle définitive,
- M. X... à six mois d'emprisonnement et à 1 000 000 Francs CFP d'amende,
- la société Calédonienne d'Ingénierie, à 50 000 000 Francs CFP d'amende et à la dissolution, ainsi qu'à la confiscation des scellés.

Sur les intérêts civils, le tribunal a :

- dit que les fautes de M. Z... sont détachables de ses fonctions ;
- reçu, notamment, l'Office des Postes et des Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT-NC) en sa constitution de partie civile ;
- déclaré Y... Z..., E... D... et la société Calédonienne d'ingénierie entièrement responsables, et O...X... à hauteur de 10 %, du préjudice subi par l'OPT-NC et les a condamnés, dans les mêmes proportions, solidairement à lui paye la somme de dix millions de FCFP (10.000.000 FCFP) de dommages-intérêts au titre du préjudice moral d'atteinte à l'image, et la somme de trente-six millions sept cent soixante-dix-neuf mille cent cinquante-trois FCFP (36.779.153 FCFP) de dommages-intérêts au titre du préjudice financier, outre la somme de 1.500.000 FCFP au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;
- reçu, notamment, la Société Générale en sa constitution de partie civile ;
- déclaré Y... Z..., E... D... et la société calédonienne d'ingénierie entièrement responsables, et O... X... à hauteur de 10 %, du préjudice subi par elle et les a condamnés, dans les mêmes proportions, solidairement à lui payer la somme de quarante-six millions sept cent vingt-quatre mille quatre cent soixante-douze FCFP (46.724.472 FCFP) de dommages et intérêts au titre du préjudice financier, celle de 10 000 000 F CFP au titre de son préjudice moral d'atteinte à l'image, outre celle de 1.000.000 de FCFP au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

Les prévenus, le ministère public ainsi que l'OPT ont interjeté appel de cette décision.

La cour d'appel de Nouméa, par arrêt du 28 février 2017, a renvoyé les prévenus des fins des poursuites concernant les délits d'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès dans les marchés publics, de complicité et de recel de ce délit, les a déclarés coupables des autres chefs de prévention et les a condamnés M. Z..., pour prise illégale d'intérêts, à six mois d'emprisonnement avec sursis, 7 000 000 Francs CFP et à deux ans d'interdiction d'exercer une fonction publique, M. D...pour complicité de prise illégale d'intérêt, à six mois d'emprisonnement avec sursis et 7 000 000 francs CFP d'amende, la société Calédonienne d'Ingénierie, pour complicité de prise illégale d'intérêt, à 20 000 000 francs CFP d'amende, M. X..., pour prise illégale d'intérêt, à 4 000 000 francs CFP d'amende

Sur les intérêts civils, la cour d'appel a débouté l'OPT de ses demandes de remboursement des honoraires de l'avocat de M. Z... pris en charge par lui au titre de la protection fonctionnelle due à son dirigeant et des frais engagés pour lancer l'appel d'offre puis désigner l'attributaire du marché. Elle l'a également déboutée de sa demande de préjudice matériel. En revanche elle a alloué à la partie civile la somme de 10 000 000 francs CFP au titre de l'atteinte à l'image et celle de 2 000 000 Francs CFP au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale.

Le 1^{er} mars 2017, MM. D... et X... ainsi que la société Calédonienne d'Ingénierie ont formé un pourvoi contre cette décision.

Le 3 mars 2017, le procureur général près la cour d'appel de Nouméa et M. Z... en ont fait de même. Le procureur général a limité son pourvoi à la relaxe des chefs de favoritisme, de complicité de ce délit et de recel de ce délit.

Le 6 mars 2017, l'OPT a également formé un pourvoi contre cet arrêt.

Ces pourvois sont recevables.

ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS

Le 29 mars 2017, soit dans le délai imparti, **le procureur général près la cour d'appel de Nouméa** a adressé son mémoire au greffe de la Cour de cassation.

Ce mémoire contient trois moyens de cassation :

- **le 1^{er} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir prononcé la relaxe des prévenus des chefs de favoritisme, complicité et recel de ce délit, ainsi que sur le fondement de la règle ne bis in idem alors que la cour d'appel ne pouvait, sans se contredire, constater que, conformément aux dispositions de l'article 184 du code de procédure pénale l'ordonnance de renvoi des mis en examen devant le tribunal correctionnel avait précisément spécifié les faits reprochés à chacun, les qualifications légales retenues ainsi que les textes d'incrimination et de répression, tout en prononçant la relaxe des chefs de favoritisme, complicité et recel de ce délit au motif qu'il n'existait en l'espèce aucune disposition législative ou réglementaire permettant de fonder des poursuites de ces chefs ;

- **le 2^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation de l'article 432-14 du code pénal, reproche à l'arrêt d'avoir prononcé la relaxe des prévenus des chefs de favoritisme, complicité et recel de ce délit :

- alors que les principes généraux du droit de la commande publique que sont la liberté d'accès, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures dont la violation est sanctionnée par l'article 432-14 du code pénal sont des principes à valeur constitutionnelle qui, s'ils sont rappelés dans le code des marchés publics applicable en France métropolitaine le sont également au travers de la délibération 136 CP du 1^{er} mars 1967 du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie notamment en son article 39 qui dispose que les marchés passés en application de cette délibération sont soumis; " en dehors des contrôles institués par celle-ci aux textes généraux en matière de dépenses publiques » sans lesquels il n'y aurait nécessairement pas de commandes publiques peu important que l'article 39 de la délibération 136 du 1^{er} Mars 1967 figure sous le titre III relatif au "contrôle des marchés» et non sous le titre 1 intitulé "des modalités de passation des marchés" ; Que ces contrats de marchés publics doivent également respecter les principes susvisés tels que définis à l'article 22 (17 ") de la loi organique 99-209 du 19 mars 1999 qui dispose que "la Nouvelle-Calédonie est compétente pour édicter les régies relatives à la commande publique dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures de l'efficacité de la commande publique et du bon emploi des deniers publics ;

- alors que l'article 432-14 du code pénal qui vise de façon très large les irrégularités commises dans la passation des marchés publics, sans préciser qu'il ne s'agit que des marchés régis par le code des marchés publics, fait primer les principes généraux à valeur constitutionnelle de la commande publique et , par voie de conséquence de sa dépense, sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale définie à l'article 111-2 du code pénal ;

- **Le 3^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation de la règle ne bis in idem, reproche à l'arrêt d'avoir relevé que la relaxe dont bénéficient les prévenus des chefs de favoritisme, complicité et recel de ce délit, permet d'exclure toute atteinte à ce principe alors que les deux délits protègent des intérêts distincts, le favoritisme ayant 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 le délit de prise illégale d'intérêts a pour finalité: « de procurer à l'agent un avantage personnel».

* * *

Le 2 octobre 2017, soit dans le délai imparti, la SCP Pottier de la Varde, Buk-Lament et Robillot a déposé un mémoire ampliatif pour le compte de **M. Z...**, qui contient 6 moyens de cassation :

- **le premier moyen de cassation**, pris de la violation du principe de la séparation des pouvoirs et des articles 77 de la Constitution, 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 80-1, 116, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt de la chambre de l'instruction du 8 mars 2012, d'avoir rejeté la requête de M. Z... en annulation d'acte de la procédure :

- alors que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de 134 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 en tant qu'elles s'abstiennent de prévoir que le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne peut, durant son mandat, faire l'objet d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite privera l'arrêt attaqué de base légale et entraînera, par voie de conséquence, son annulation ;

- qu'en retenant qu'en ce qui concerne le favoritisme, la qualification juridique des faits était suffisamment précise dès lors que les magistrats du collège de l'instruction avaient explicité cette qualification en faisant mention de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 qui constitue le code des marchés publics de la Nouvelle-Calédonie quand, comme le faisait valoir M. Y... Z... dans son mémoire en nullité, cette délibération comportant 106 articles, il lui avait été impossible de savoir quelles dispositions de ladite délibération il lui était reproché d'avoir violées ;

- en refusant d'annuler la mise en examen de M. Z..., quand les faits des chefs desquels il était mis en examen sous la qualification de favoritisme échappaient à toute incrimination en l'absence de disposition mettant en oeuvre, en Nouvelle-Calédonie, les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement des candidats dont la violation caractérise le délit de favoritisme ;

- **le 2^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation du principe de la séparation des pouvoirs et de l'article 77 de la Constitution, reproche à l'arrêt du 28 février 2017 d'avoir rejeté la demande de M. Z... tendant à l'annulation de l'ORTC de l'avoir déclaré coupable de prise illégale d'intérêts, et de l'avoir condamné à 6 mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 7 millions F CFP et d'avoir prononcé à son encontre, à titre de peine complémentaire, l'interdiction d'exercer une fonction publique durant deux ans, alors que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de 134 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 en tant qu'elles s'abstiennent de prévoir que le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne peut, durant son mandat, faire l'objet d'un acte d'information, d'instruction ou de poursuite privera l'arrêt attaqué de base légale et entraînera, par voie de conséquence, son annulation ;

- **le 3^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, 184, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté l'exception tirée de la nullité de l'ordonnance de renvoi alors qu'en l'espèce, l'ORTC visait, outre les articles 432-14 et 432-17 du code pénal, la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 en son entier, qui comporte 106 articles, et l'article 22, 17° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars, qui se borne à énoncer que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour

définir 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, ce dont il résultait que M. Martin n'avait pas été informé, de manière détaillée, de l'accusation portée contre lui ;

- **le 4^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 432-12 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche l'arrêt d'avoir déclaré M. Z... coupable de prise illégale d'intérêts, en postulant l'existence d'un intérêt moral au lieu d'en constater l'existence même en se bornant, pour dire que M. Z... s'était rendu coupable de ce délit en participant au processus de désignation de l'attributaire, à relever qu'en raison de ses relations d'affaires avec M. D..., il « pouvait être soupçonné » d'avoir fait preuve de partialité dans la désignation de l'arrangeur ;

- **le 5^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation de la loi des 16-24 août 1790, du décret du 16 fructidor an III et des articles 2, 3, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir déclaré la faute de M. Z... détachable du service en se contentant de se référer implicitement, à la nature de l'infraction dont elle a déclaré le prévenu coupable ;

- **le 6^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 2, 3, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir condamné M. Z..., in solidum avec M. D..., M. X... et la société Calédonienne d'ingénierie, à payer à la Société générale la somme de 2.600.000 FCFP à titre de dommages-intérêts en retenant que le délit de prise illégale d'intérêts avait fait perdre à la Société générale une chance d'obtenir le marché après avoir pourtant constaté que son offre n'était la mieux-disante et que le choix de l'offre de la société Calédonienne d'ingénierie était le plus cohérent d'un point de vue financier, ce dont il résultait que l'existence d'une perte de chance, pour la Société générale, d'obtenir le marché était douteuse.

Le 2 octobre 2017, la SCP Potier de la Varde- Buk Lament - Robillot a déposé un mémoire en défense au nom de M. Z... qui conclut au rejet du pourvoi du procureur général.

* * *

Le 2 octobre 2017, la SCP Piwnica et Molinie a déposé un mémoire ampliatif commun pour le compte de **M.D... et de la société Calédonienne d'Ingénierie**.

Ce mémoire contient 6 moyens de cassation :

- **le 1^{er} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 432-14 et 711-1 du code pénal, 184, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté les exceptions de nullité, d'avoir déclaré coupable M.D...de complicité de prise illégale d'intérêt, la société Calédonienne d'ingénierie de complicité et recel de prise illégale d'intérêts, d'avoir condamné M.D...à la peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à une amende de 7.000.000 FCFP, la société Calédonienne d'ingénierie à la peine d'amende de 20.000.000 FCFP, et d'avoir prononcé sur les intérêts civils, alors que la cour d'appel, qui a relevé d'un côté l'absence d'élément légal à l'infraction de favoritisme, ne pouvait, d'un autre côté, écarter la nullité de l'ordonnance de renvoi en affirmant que les juges d'instruction avaient spécifié, pour chacune des qualifications retenues les textes applicables ;

- **le 2^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 4 du protocole n°7 de la convention européenne des droits de l'homme, 121-2, 121-6, 121-7, 132-2, 321-1, 432-12, 432-14, 711-1 du code pénal, préliminaire, 6, 591 et 593 du code de procédure pénale, et de la règle ne bis in idem, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté les exceptions de nullité, d'avoir déclaré coupable M. D...de complicité de prise illégale d'intérêt, la société Calédonienne d'ingénierie de complicité et recel de prise illégale d'intérêts, d'avoir condamné M. D... à la peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à une amende de 7.000.000 FCFP, la société Calédonienne d'ingénierie à la peine d'amende de 20.000.000 FCFP, et d'avoir prononcé sur les intérêts civils, en estimant que le principe ne bis in idem

relève du fond du litige, que la relaxe prononcée du chef de favoritisme exclut toute atteinte au principe ne bis in idem, et en prononçant alors la condamnation des prévenus du chef de complicité et recel de prise illégale d'intérêts pour les mêmes faits que ceux de complicité et recel de favoritisme, tandis que des mêmes faits ne peuvent pas donner lieu à deux qualifications différentes donnant lieu à des poursuites différentes ;

- **le 3^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation 5 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, 121-2, 121-6, 121-7, 321-1, 432-12 et 711-1 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté les exceptions de nullité, d'avoir déclaré coupable M. D... de complicité de prise illégale d'intérêt, la société Calédonienne d'ingénierie de complicité et recel de prise illégale d'intérêts, d'avoir condamné M. D... à la peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à une amende de 7.000.000 FCFP, la société Calédonienne d'ingénierie à la peine d'amende de 20.000.000 FCFP, et d'avoir prononcé sur les intérêts civils, alors que l'annulation par le Conseil constitutionnel saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, en application de l'article 61-1 de la Constitution, de cet article, privera de base légale l'arrêt attaqué ;

- **le 4^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 et 7 de la convention européenne des droits de l'homme, 121-2, 121-6, 121-7, 321-1, 432-12 et 711-1 du code pénal, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté les exceptions de nullité, d'avoir déclaré coupable M. D... de complicité de prise illégale d'intérêt, la société Calédonienne d'ingénierie de complicité et recel de prise illégale d'intérêts, d'avoir condamné M. D... à la peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à une amende de 7.000.000 FCFP, la société Calédonienne d'ingénierie à la peine d'amende de 20.000.000 FCFP, et d'avoir prononcé sur les intérêts civils :

- alors que l'article 432-12 du code pénal, tel qu'interprété par la Chambre criminelle, incriminant des comportements qui ne portent pas atteinte à l'intérêt général ni à des intérêts particuliers, méconnaît les exigences conventionnelles en matière de protection effective contre les poursuites et les condamnations arbitraires qui imposent que ne soient incriminés que les comportements nuisibles à la société ;

- sans caractériser l'intérêt qu'aurait pris M. Z... dans une opération concernant une société tierce, la société Calédonienne d'ingénierie, tout en relevant l'absence de toute contrepartie pour M. Z... dans ladite opération ;

- en méconnaissant les termes de sa saisine en retenant, pour entrer en voie de condamnation, des conversations téléphoniques entre MM. Z... et D... non visées à la prévention ;

- sans caractériser l'aide ou l'assistance concrète qui aurait été apportée par les prévenus à M. Z... dans la commission de l'infraction principale ;

- **le 5^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 de la convention européenne des droits de l'homme, 130-1, 131-38, 132-1, 132-19, 132-20, 121-6, 121-7, 432-12, 711-1 et 711-3 du code pénal, 485, 512, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir condamné M. D... à la peine d'emprisonnement de 6 mois avec sursis et à une amende de 7.000.000 FCFP, et la société Calédonienne d'ingénierie à la peine d'amende de 20.000.000 FCFP :

- sans référence précise aux faits et sans examiner concrètement la personnalité et la situation particulière des prévenus ;

- sans tenir compte des ressources et des charges des prévenus ;

- **le 6^{ème} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 6 de la convention européenne

des droits de l'homme, 1382 du code civil devenue 1240 depuis l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, 121-2, 121-6, 121-7, 432-12, 711-1 et 711-3 du code pénal, 2, 3, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir condamné les prévenus in solidum avec M. Z... et M. X..., à payer, à titre de dommages et intérêts, les sommes de 10.000.000 FCFP à l'OPT et de 2.600.000 FCFP à la Société Générale en retenant que la Société Générale avait subi une perte de chance d'obtenir le marché après avoir relevé que « le choix de l'offre de la Société Calédonienne d'ingénierie était le plus cohérent d'un point de vue financier ».

Le 11 décembre 2017, la SCP Piwnica et Molinie a déposé un mémoire en défense au nom de M. D... et de la société Calédonienne d'Ingénierie concluant au rejet des pourvois du procureur général et de l'OPT.

* * *

Le 2 octobre 2017, soit dans le délai imparti, la SCP Waquet-Farge-Hazan a déposé un mémoire ampliatif pour le compte de **M.X....**

Ce mémoire contient deux moyens de cassation :

- **le 1^{er} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 432-12 et 432-17 du code pénal, 591 et 593 du Code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir déclaré le demandeur coupable du délit de prise illégale d'intérêt et de l'avoir condamné de ce chef :

- en se fondant sur l'apparence créée par la participation avec deux autres sociétés de la société Penty dont il était le gérant et de la société Calédonienne d'ingénierie, candidate à l'attribution du marché, à la SCI Koneva, dont MM. D...et X... étaient les gérants et dont l'objet était la construction d'un immeuble de bureaux sans lien avec le marché litigieux ;

- sans répondre aux conclusions péremptoires du demandeur qui faisait valoir que la seule participation conjointe à la société Koneva ne pouvait en aucun cas caractériser un intérêt quelconque de sa part au sens de l'article 432-12 du code pénal ;

- **le second moyen de cassation**, pris de la violation des articles 2 , 591 et 593 du Code de procédure pénale, 432-12 du code pénal, 1382 du code civil, reproche à l'arrêt d'avoir condamné le demandeur sur l'action civile, in solidum avec M. Y... Z..., M. E... D... et la société Calédonienne d'ingénierie à payer des dommages-intérêts et des frais irrépétibles à la Société Générale, partie civile :

- alors que le délit de prise illégale d'intérêt n'a aucun lien de causalité avec le prétendu dommage subi par le candidat malheureux, dont l'offre n'était pas la mieux-disante, à l'attribution d'un marché ;

- en retenant l'existence d'une perte de chance en faveur de la société générale après avoir constaté que le choix de l'offre de la société Calédonienne d'ingénierie était le plus cohérent d'un point de vue financier ;

Le 2 octobre 2017, la SCP Waquet-Farge-Hazan a déposé un mémoire en défense concluant au rejet du pourvoi du procureur général.

* * *

Le 2 octobre 2017, soit dans le délai imparti, la SCP Lyon-Caen et Thiriez a déposé un mémoire ampliatif pour le compte de **l'Office des Postes et Télécommunications (OPT)** qui contient deux moyens de cassation :

- **le 1^{er} moyen de cassation**, pris de la violation des articles 1382, devenu l'article 1240, du code civil, 2, 3, 464, 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté la

demande de réparation du préjudice économique de l'OPT :

- en estimant que le préjudice financier de l'OPT n'était pas établi, au vu de l'analyse des offres effectués pendant la procédure d'attribution du marché, sans se prononcer sur la valeur du rapport établi par la Société Générale qui, non seulement proposait d'évaluer son propre préjudice mais également celui de l'OPT, que la partie civile invoquait ;
 - en estimant que le préjudice de l'OPT n'était pas établi aux motifs que l'expertise établie, pendant la procédure de passation du marché, par Monsieur N..., dont la partialité n'avait pas été mise en cause, considérait que les deux offres aboutissaient à un apport pour l'OPT supérieur dans l'offre de la Calédonienne d'ingénierie, après avoir relevé que les gains respectifs dont fait état la cour d'appel ont été proposés par l'expert, M. N..., en précisant cependant que le coût pour l'OPT de l'immobilisation des fonds du gage-espèces que devait accorder l'OPT dans l'offre de la Société Calédonienne d'ingénierie, sans qu'ait été prévue l'application d'un taux d'intérêts habituellement pratiqués dans ce cas, n'avait pas été chiffré et que le rapport finalement remis par Monsieur N... avait été remanié à la demande du président de l'OPT, avant sa présentation au Conseil d'Administration, ce qui établissait un doute sur l'impartialité de cet expert, bien qu'il n'ait pas été mis en cause pénalement, sans qu'il soit établi qu'il ait alors chiffré le coût du gage-espèces ;
 - en refusant d'allouer à l'OPT le remboursement des frais d'intervention des divers cabinets lors de la procédure d'attribution du marché d'arranger en défiscalisation, dont les frais de MM. X... et N..., intervenus en qualité d'expert pour analyser les offres, aux motifs que de tels frais étaient inhérents à la passation de marchés publics, alors qu'elle a jugé que M. X... était coupable du délit de prise illégale d'intérêt et qu'il n'aurait pas dû accepter d'être expert dans la procédure de sélection, compte tenu des liens avec M. D..., ce qui aurait exclu toute rémunération ;
 - alors que les frais occasionnés par l'intervention des experts désignés par le président de l'OPT, dont l'arrêt relève qu'il n'aurait pas dû intervenir dans la procédure d'appel d'offres, compte tenu de ses liens avec M. D..., étaient en lien avec la prise illégale d'intérêts en cause, dès lors qu'ils ont été occasionnés par une personne déclarée coupable du délit de prise illégale d'intérêt et que la procédure d'appel d'offres n'impliquait pas la désignation de plusieurs experts dont les expertises ont perdu toute valeur du fait de la prise illégale d'intérêt ;
- le second moyen de cassation**, pris de la violation des articles 432-14 et 711-1 du code pénal, 22 17° de la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, les articles 1er, 2, 13, 27-2 et 34 de la délibération 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics, 591 et 593 du code de procédure pénale, reproche à l'arrêt d'avoir débouté l'OPT de sa demande de dommages et intérêts pour préjudice économique résultant du surcoût d'un marché, après avoir relaxé les prévenus pour les faits de favoritisme, complicité et recel de favoritisme sans rechercher si de tels faits ne procédaient pas d'une méconnaissance des articles 1^{er} et 27-2 de la délibération n° 136/NC destinés à assurer l'égal accès des candidats à la commande publique, quand l'article 432-14 du code pénal réprimant le favoritisme n'exige pas que la disposition légale ou réglementaire méconnue fasse expressément référence à la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics, visant seulement des dispositions mettant en oeuvre ces principes.

Le 11 décembre 2017, la SCP Lyon-Caen et Thiriez a déposé trois mémoires en défense concluant au rejet des pourvois de MM. D... et Z... et de la Société Calédonienne d'Ingénierie.

IDENTIFICATION DES POINTS DE DROIT À JUGER

Conditions de régularité de la mise en examen et de l'ORTC.

Elément légal du délit de favoritisme.

Eléments constitutifs du délit de prise illégale d'intérêt.

Motivation des peines d'emprisonnement avec sursis et d'amende pour les personnes physiques et morales.

Faute détachable des fonctions.

Préjudice découlant du délit de prise illégale d'intérêt.

DISCUSSION

1 - Sur la régularité de la mise en examen et de l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel (1^{er} et 3^{ème} moyens de M. Z...)

1 - 1 - Sur la régularité de la mise en examen (1^{er} moyen de M. Z... dirigé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction du 8 mars 2012)

Dans son mémoire déposé devant la chambre de l'instruction, M. Z... faisait valoir que l'incrimination de favoritisme qui lui avait été notifiée au moment de sa mise en examen ne visait pas quelles dispositions législatives ou réglementaires auraient été précisément transgressées et se prévalaient d'une décision de la chambre criminelle du 10 mars 2004.

Dans son premier moyen de cassation, M. Z... fait valoir que la déclaration d'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 134 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 privera l'arrêt de base légale et entraînera son annulation (1^{ère} branche), qu'il lui avait été impossible de savoir quelles dispositions de ladite délibération il lui était reproché d'avoir méconnues, le texte sur le fondement duquel il a été mis en examen comportant 106 articles (2^{ème} branche), enfin que le délit de favoritisme ne peut être poursuivi en Nouvelle-Calédonie en l'absence de dispositions mettant en oeuvre sur ce territoire, les principes de liberté d'accès et d'égalité de traitement dont la violation caractérise ce délit (3^{ème} branche).

Dans son mémoire en défense, l'OPT fait valoir que le mis en examen ne peut prétendre que sa mise en examen du chef de favoritisme lui fait grief dès lors qu'il a été relaxé pour ce délit et n'a pas contesté sa mise en examen du chef de prise illégale d'intérêt. Il souligne également qu'à aucun moment de la procédure, M. Z... n'a invoqué une quelconque immunité pénale.

Sur la 2^{ème} branche du moyen, le mémoire en défense soutient, en se référant aux écrits de M. Desportes et Mme Lazerges-Cousquer¹ qu'il existe un caractère progressif des droits de la défense et que, si les droits de la défense impliquent, dès avant le renvoi devant les juges du fond, selon la jurisprudence européenne, le droit à l'assistance d'un avocat ou le droit de ne pas s'incriminer, notamment pour les personnes placées en garde à vue, la Cour européenne ne pose pas d'exigence concernant le degré de précision de la qualification pénale en cause, avant la saisine du « tribunal », ce qui s'explique par le fait qu'à ce stade de la procédure n'est pas en cause un acte d'accusation. Elle ne peut donc porter d'appréciation sur les conditions permettant une mise en examen.

Le mémoire en défense renvoie au mémoire ampliatif de l'OPT qui, au soutien de son second moyen de cassation, cite une décision de notre chambre (Crim., 3 mai 2012, pourvoi n° 11-83.179) par lequel celle-ci casse l'arrêt de la cour d'appel de Nouméa en se référant

¹ Procédure pénale, Economica, 14^e édition, n° 489)

expressément à la délibération 136/CP du 1^{er} mars 1967.

Selon le défendeur, le visa à la procédure de l'article 432-14 suffisait dès lors que le juge d'instruction précisait les faits qu'il estimait de nature à avoir faussé l'égalité entre les candidats.

* * *

Concernant la 1^{ère} branche du moyen, il convient de souligner que, par un arrêt du 20 décembre 2017, la chambre criminelle a jugé que l'article 134 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 a déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 DC du 15 mars 1999 et que les lois constitutionnelles n° 2007-237 du 23 février 2007 modifiant l'article 77 de la Constitution régissant les dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie, et n° 2007-238 du 23 février 2007 qui instaure un nouveau statut pénal du président de la République française, ne sauraient constituer un changement de circonstances au sens de l'article 23-2 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, dès lors que, d'une part, s'agissant de la première, la réforme intervenue ne concerne pas le statut du président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, d'autre part, s'agissant de la seconde, la nouvelle rédaction de l'article 67 de la Constitution concernant l'inviolabilité temporaire instaurée en faveur du président de la République et revendiquée par le demandeur correspond à l'analyse des textes antérieurs effectuée par la Cour de cassation dans l'arrêt rendu en assemblée plénière en date du 10 octobre 2001 (n° 01-84922). Elle a donc refusé de transmettre cette QPC au Conseil constitutionnel.

En conséquence les moyens fondés sur cette QPC, 1^{er} moyen pris en sa 1^{ère} branche et 2^{ème} moyen présentés par M. Z...) sont devenus sans objet.

Concernant la 2^{ème} branche, il peut être souligné que l'arrêt du 8 mars 2012 reprend l'énoncé de la mise en examen du demandeur, formulée comme suit :

“avoir, entre mars et novembre 2010, à Nouméa et en France métropolitaine, au préjudice de l'office territorial des postes de Nouvelle Calédonie, été auteur du délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité d'accès aux marchés publics en l'espèce 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 lors de la procédure d'appel d'offre destinée à mettre en place un réseau de téléphonie mobile 3ème génération par l'OPT en Nouvelle Calédonie”, Faits prévus et réprimés par les articles 121-6, 121-7, 432-14 et 432-17 du code pénal.”

L'arrêt relève également que *“les magistrats du collège de l'instruction ont explicité cette qualification juridique en faisant mention de la réglementation des marchés publics applicable en Nouvelle Calédonie, à savoir la délibération modifiée n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 qui constitue le code des marchés publics de la Nouvelle Calédonie garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.”*

Il sera également indiqué que, lors de sa mise en examen, ainsi que le relève l'arrêt, M. Z... était assisté de son avocat *“qui a pu faire toutes observations, demander toutes précisions, tant en ce qui concerne la nature que la qualification donnée aux faits”*.

L'article 116 du code de procédure pénale prévoit notamment dans son alinéa 2 que *“Après l'avoir informée s'il y a lieu, de son droit d'être assistée par un interprète, le juge d'instruction constate l'identité de la personne et lui fait connaître expressément, en précisant leur qualification juridique, chacun des faits dont il est saisi et pour lesquels la mise en examen est envisagée. Mention de ces faits et de leur qualification est portée au procès-verbal”*.

Cette notification doit s'interpréter à la lumière de l'article 80-1 du même code qui dispose que le juge d'instruction ne peut procéder à la mise en examen qu'après avoir préalablement entendu les observations de la personne ou l'avoir mise en mesure de les faire, en étant assistée de son avocat, notamment dans les conditions prévues à l'article 116.

Cette notification doit donc être suffisamment précise, ou, en tout cas, suffisamment circonstanciée pour mettre la personne en mesure d'identifier les faits et leur qualification juridique susceptibles de constituer des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge est saisi.

Cette exigence vaut tout particulièrement en cas de poursuites pour faits multiples, surtout qu'ils sont de même nature: le juge d'instruction doit alors les distinguer le plus clairement possible les uns des autres, en indiquant, autant que possible, les circonstances de temps et de lieu ainsi éventuellement que l'identité des victimes (Cf: traité de procédure pénale, 2ème édition, no 1757 et s. Cf également, Droit et pratique de l'instruction préparatoire, Dalloz Action, 2013/2014, C. Guéry et P. Chambon, no 103 et suivants).

Ces dispositions sont la traduction législative d'une exigence fondamentale exprimée par de nombreux instruments internationaux au premier rang desquels la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dont l'article 6, §, a) stipule que *“tout accusé a droit à être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui”*.

S'agissant de cette obligation d'information, le Guide sur l'article 6 (édité par le Conseil de l'Europe) apporte les précisions suivantes :

B) Information sur l'accusation 234. Le paragraphe 3 a) de l'article 6 montre la nécessité de mettre un soin extrême à notifier l'«accusation» à l'intéressé. L'acte d'accusation joue un rôle déterminant dans les poursuites pénales : à compter de sa signification, la personne mise en cause est officiellement avisée de la base juridique et factuelle des reproches formulés contre elle (Kamasinski c. Autriche, § 79 ; Pélissier et Sassi c. France [GC], § 51).

235. L'article 6 § 3 a) de la Convention reconnaît à l'accusé le droit d'être informé non seulement de la «cause» de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et sur lesquels se fonde l'accusation, mais aussi de la «nature» de l'accusation, c'est-à-dire de la qualification juridique donnée à ces faits (Mattoccia c. Italie, § 59 ; Penev c. Bulgarie, §§ 33 et 42, 7 janvier 2010).

236. Ces informations ne doivent pas forcément mentionner les preuves qui fondent l'accusation (X. c. Belgique (déc.) ; Collozza et Rubinat c. Italie).

237. L'article 6 § 3 a) n'impose aucune forme particulière quant à la manière dont l'accusé doit être informé de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (Pélissier et Sassi c. France [GC], § 53 ; Drassich c. Italie, § 34 ; Giosakis c. Grèce (no 3), § 29).

238. L'obligation d'informer l'accusé incombe entièrement à l'accusation et ne peut être respectée passivement en produisant des informations sans en avertir la défense (Mattoccia c. Italie, § 65 ; Chichlian et Ekindjian c. France, § 71).

239. L'information doit réellement être reçue par l'accusé ; une présomption légale de réception ne suffit pas (C. c. Italie (déc.)).

240. Si la situation dénoncée est imputable au propre comportement de l'accusé, ce dernier n'est pas en mesure d'alléguer une violation des droits de la défense (Erdogan c. Turquie (déc.) ; Campbell et Fell c. Royaume-Uni, § 96).

(...)

D) Détails 247. Certes, l'étendue de l'information « détaillée » visée par cette disposition varie selon les circonstances particulières de la cause ; toutefois, l'accusé doit en tout cas disposer d'éléments suffisants pour comprendre pleinement les charges portées contre lui en vue de préparer convenablement sa défense.

248. À cet égard, le caractère adéquat des informations doit s'apprécier en relation à l'alinéa b) du paragraphe 3 de l'article 6, qui reconnaît à toute personne le droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense, et à la lumière du droit plus général à un procès équitable que garantit le paragraphe 1 de l'article 6 (*Mattoccia c. Italie*, § 60 ; *Bäckström et Andersson c. Suède* (déc.)).”

Cette exigence figure également à l'article 6.1 de la directive 2012/13/UE du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales aux termes duquel : “*les Etats membres veillent à ce que les suspects ou les personnes poursuivies soient informées de l'acte pénalement sanctionné qu'ils sont soupçonnés ou accusés d'avoir commis. Ces informations sont communiquées rapidement et de manière suffisamment détaillée pour garantir le caractère équitable de la procédure et permettre l'exercice effectif des droits de la défense*” qui n'était pas encore transcrite dans la loi française à la date de la mise en examen du demandeur. Cette directive précise également, dans son considérant 28, que le degré de détail exigé varie selon le stade de la procédure.

Ainsi, au cours de l'enquête ou de l'instruction, les circonstances de la commission de l'infraction, que les investigations ont précisément pour objet d'éclairer, peuvent être encore largement indéterminées. Une parfaite précision ne peut donc être exigée (Crim. 27 février 2002, n° 01-84.833 - 26 juin 2012, B. no 158).

Dans un premier temps, la chambre criminelle a tenu pour suffisante la mention, portée sur le procès-verbal de première comparution, que le juge d'instruction a fait connaître à la personne mise en examen chacun des faits dont il est saisi en vertu d'un réquisitoire introductif, ainsi que leur qualification juridique (Crim., 6 janvier 1989, B. no 3. – Crim. 8 octobre 1998, B. no 250).

Nous avons également jugé que “*Attendu que, pour rejeter la demande de nullité du procès-verbal d'interrogatoire de première comparution, faute de notification précise des faits reprochés, la chambre d'accusation relève que X avait connaissance de ces faits par l'enquête de la MIEM qui l'avait entendu à plusieurs reprises et dont le rapport, fondement de la présente procédure, lui avait été communiqué ; Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que la Cour de Cassation est en mesure de s'assurer que les mentions du procès-verbal de première comparution satisfont aux prescriptions conventionnelles et légales qui n'exigent pas que soient explicités par écrit les faits qui motivent la mise en examen, ni les éléments constitutifs du délit reprochés, l'arrêt n'encourt aucun des griefs allégués par le moyen, lequel doit être écarté ;*” (Crim., 5 décembre 2001, pourvoi n° 00-86.490).

Il résulte toutefois des arrêts les plus récents que le juge doit mentionner dans le procès-verbal chacun des faits et leur qualification juridique, seule manière de mettre les juridictions de recours en mesure d'exercer leur contrôle.

C'est ainsi que la chambre criminelle a jugé que “*dès lors qu'il résulte des pièces de la procédure, que l'intéressé a été informé, lors de sa mise en examen initiale, de chacun des faits reprochés et de leur qualification juridique, en présence de son avocat qui, ayant eu accès au dossier de la procédure, n'a pas fait d'observation sur ce point, et qu'au cours de sa mise en examen supplétive, chacun des nouveaux faits a été porté à sa connaissance, avec leur qualification détaillée et l'indication des nouvelles victimes que l'enquête avait permis d'identifier, de sorte qu'il n'a pas été porté atteinte aux droits de M. X., la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;*” (Crim. 8 juillet 2015, n° 15-81025).

En application des articles 171 et 802 du code de procédure pénale, l'indication insuffisamment détaillée des infractions reprochées ne peut emporter l'annulation de la procédure que s'il en est résulté un grief pour l'intéressé.

Le mémoire ampliatif fait état d'un arrêt du 10 mars 2004 (pourvoi n° 02-85.285, Bull. crim. 2004,

n° 64) qui, selon lui, exigerait que les magistrats visent expressément les textes dont la méconnaissance fonde les poursuites du chef de favoritisme. Cette décision a effectivement cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait insuffisamment caractérisé les actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour but de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Il sera toutefois utilement souligné que la cour d'appel ne se prononçait pas sur la mise en examen mais sur des poursuites et que, par plusieurs arrêts, la chambre criminelle a consacré la solution en vertu de laquelle le simple fait de ne pas respecter la règle générale de liberté et d'égalité d'accès des candidats, sans qu'il soit retenu à l'encontre du prévenu, la violation d'une règle technique précise, suffit à caractériser le délit de favoritisme (Crim 21 septembre 2005, n°04-83.868 ; 16 novembre 2011 n°11-80.433 ; 14 février 2007, B. n°47 ; 17 février 2016, pourvoi n° 15-85.363, Bull. crim. 2016, n° 53).

De même, par un arrêt du 12 juin 2003 (pourvoi n° 02-81.122), la chambre criminelle a rejeté un pourvoi qui reprochait, notamment, à l'arrêt attaqué d'avoir retenu le délit de favoritisme fondé sur la violation des principes généraux de la commande publique alors qu'à la date des faits, les textes sur les marchés publics ne visaient pas ces notions, aux motifs que les énonciations de l'arrêt caractérisent des actes contraires aux dispositions du Code des marchés publics alors applicable, ayant, notamment, pour objet de garantir l'égalité des candidats dans les marchés publics.

Il appartiendra à notre chambre de dire si la notification intervenue lors de la mise en examen de M. Martin était conforme aux exigences légales et jurisprudentielles.

1 - 2 - Sur la régularité de l'ORTC (3^{ème} moyen de M. Z...)

Dans son 3^{ème} moyen, M. Z... reproche à la cour d'appel d'avoir refusé d'annuler l'ordonnance de renvoi alors que le visa de textes erronés ne lui permettait pas d'être informé de façon détaillée de l'accusation portée contre lui.

Il peut être souligné que, dans son mémoire en défense, le demandeur fait valoir, en revanche, que la cour d'appel a, à juste titre, refusé d'annuler l'ORTC.

L'article 184 du code de procédure pénale énonce :

“ Les ordonnances rendues par le juge d'instruction en vertu de la présente section contiennent les nom, prénoms, date, lieu de naissance, domicile et profession de la personne mise en examen. Elles indiquent la qualification légale du fait imputé à celle-ci et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non contre elle des charges suffisantes. Cette motivation est prise au regard des réquisitions du ministère public et des observations des parties qui ont été adressées au juge d'instruction en application de l'article 175, en précisant les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen. ”

Sur ce point, il sera rappelé que la chambre criminelle juge que satisfait aux exigences de l'article 184 précité l'ordonnance critiquée dont les juges ont constaté par motifs propres et adoptés, sans insuffisance ni contradiction, qu'elle précise les éléments à charge et à décharge concernant chacune des personnes mises en examen, en l'absence d'observations des parties (Crim., 24 mai 2016, pourvoi n° 14-83.895 ; 28 mars 2017, pourvoi no 15-80875).

Nous considérons que *“ la sanction du non-respect des dispositions de l'article 184 du code de procédure pénale dans le prononcé de l'ordonnance de renvoi réside, en application de l'article 385, alinéa 2, dudit code, dans le renvoi de la procédure au ministère public pour saisir à nouveau le juge d'instruction aux fins de régularisation ”* (Crim., 21 mars 2012, n° 11-87.660 : Bull. n 79. V. aussi : Crim., 29 septembre 2010, n° 10-84.003 : Bull. no 145) et également que *“ ... en application de l'article 385 du code de procédure pénale, si l'ordonnance n'a pas été rendue conformément aux dispositions de l'article 184 du même code, la sanction de cette non-conformité est le renvoi*

de la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction aux fins de régularisation, les actes faits en application de ladite ordonnance demeurant valables" (Crim., 1er octobre 2013, no 12-83.143 : Bull. n° 184).;

Nous avons jugé très récemment que l'ordonnance de renvoi, même si elle est affectée d'erreurs matérielles (en l'espèce, le demandeur faisait valoir qu'elle avait opéré une inversion entre l'ancienne et la nouvelle codification du recours aux travailleurs dissimulés dont elle omettait de viser le texte répressif, et visait des textes étrangers au délit de prêt illicite de main d'oeuvre, voire des textes inexistantes), développe la qualification juridique des faits imputés, de sorte que le prévenu était précisément informé des poursuites (Crim., 23 janvier 2018, pourvoi n° 16-86.726).

M. Desportes, avocat général, expliquait dans son avis relatif à ce pourvoi : *“Aux termes de l'article 184 du code de procédure pénale, “les ordonnances [de règlement] indiquent la qualification légale du fait imputé”. Par ailleurs, selon l'article 385, alinéa 2, du même code lorsque l'ordonnance de renvoi n'a pas été rendue conformément aux dispositions de l'article 184, il n'y a pas lieu à annulation de celle-ci. Le tribunal doit seulement renvoyer la procédure au ministère public pour lui permettre de saisir à nouveau la juridiction d'instruction afin que la procédure soit régularisée (Crim. 29 mars 2011, no 10-86.940, B. no 47 - Crim., 1er oct. 2013, no 12-83.143, B. no 184). Le demandeur ne peut donc se faire grief de ce que la cour d'appel n'ait pas annulé l'ordonnance au motif qu'elle ne permettait pas de déterminer la qualification légale dès lors qu'une telle annulation était exclue par la loi.”*

Nous avons également écarté le moyen d'une société commerciale qui arguait de ce que l'ordonnance de renvoi ne mentionnait pas les textes applicables à la personne morale et, visant la qualification de mise en danger d'autrui, se référait aux termes de la loi sans préciser l'obligation particulière de sécurité qui aurait été méconnue, au motif que la demanderesse ne démontrant pas que les irrégularités alléguées de l'ordonnance de renvoi ont eu pour effet de porter atteinte à ses intérêts, le moyen ne peut qu'être écarté en application de l'article 802 du code de procédure pénale (Crim., 17 septembre 2002, pourvoi n° 01-84.381).

2 - Sur l'élément légal du délit de favoritisme

Outre le moyen examiné ci-dessus, plusieurs moyens concernent les textes applicables à l'infraction de favoritisme :

- les moyens du procureur général :

1- dans son premier moyen de cassation, il critique la contradiction de motifs par lesquels la cour d'appel, qui a prononcé la relaxe des prévenus du chef de favoritisme, complicité et recel de ce délit en relevant qu'il n'existait en l'espèce aucune disposition législative ou réglementaire permettant de fonder des poursuites de ces chefs après avoir rejeté l'exception de nullité présentée par les prévenus concernant l'ORTC aux motifs que, conformément aux dispositions de l'article 184 du code de procédure pénale l'ordonnance de renvoi des mis en examen devant le tribunal correctionnel avait précisément spécifié les faits reprochés à chacun, les qualifications légales retenues ainsi que les textes d'incrimination et de répression.

Concernant ce moyen, **M. Z...**, dans son mémoire en défense, conteste la contradiction de motifs, dès lors que le moyen invoque un défaut de concordance entre des motifs concernant deux chefs de dispositifs distincts alors que seul un défaut de concordance entre les motifs venant au soutien du même dispositif justifie l'annulation de celui-ci. Les vices entachant les motifs venant au soutien d'un chef de dispositif sont sans incidence sur un autre chef de dispositif, totalement autonome.

En outre, à supposer cette contradiction établie, elle ne serait pas de nature à justifier la cassation. En effet, dans sa démonstration, la cour d'appel a énoncé que l'ordonnance *“indique pour chacune des qualifications retenues les textes qui incrimineraient et sanctionneraient les faits”*. Il résulte de l'emploi du conditionnel que la cour n'a pas considéré que les textes mentionnés dans l'ordonnance permettent effectivement d'incriminer et de sanctionner les faits

de favoritisme. Il n'y a donc pas de contradiction à retenir ensuite l'absence d'élément légal. Dès lors, il n'est pas contradictoire de sa part de retenir ensuite que les textes visés ne permettaient pas de sanctionner les faits reprochés aux prévenus.

M. X... fait valoir, dans son mémoire en défense, que, d'une part, le dispositif de l'arrêt attaqué ne comporte aucune disposition relative à la validité de l'ORTC, de sorte que le moyen, qui ne vise que les motifs de l'arrêt est irrecevable, d'autre part, le procureur général est sans intérêt à critiquer l'arrêt qui a retenu la validité de l'ORTC dès lors qu'il ne lui cause aucun grief sur ce point.

Sur le fond, le mémoire en défense déposé pour M. X... fait valoir :

- que l'ORTC n'est qu'un acte de saisine dépourvu, en tant que tel, de l'autorité de la chose jugée, la juridiction de jugement conservant toute liberté pour statuer sur l'action publique ;
- que le visa, par cette ordonnance, de textes répressifs ne lie pas le juge du fond qui peut retenir que les textes visés ne caractérisent pas l'élément légal de l'infraction.

2 - dans son 2^{ème} moyen de cassation, le procureur général critique les motifs par lesquels la cour d'appel a prononcé la relaxe des prévenus des chefs de favoritisme, complicité et recel de ce délit alors que les marchés passés sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie sont soumis aux principes constitutionnels qui régissent la commande publique, définis par l'article 22-17° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, et mis en oeuvre par la délibération du 1^{er} mars 1967 (1^{ère} branche) et alors que l'article 432-14 du code pénal qui vise de façon très large les irrégularités commises dans la passation des marchés publics, sans préciser qu'il ne s'agit que des marchés régis par le code des marchés publics, fait primer les principes généraux à valeur constitutionnelle de la commande publique et , par voie de conséquence de sa dépense, sur le principe d'interprétation stricte de la loi pénale définie à l'article 111-2 du code pénal (2^{ème} branche) ;

MM. X... et D..., dans leur mémoire en défense, font état d'un arrêt de notre chambre du 3 juin 2015 (n° 15-80098) qui a jugé, concernant la Polynésie française, qu'en l'absence d'une quelconque réglementation des délégations de service public en vigueur sur le territoire à l'époque des faits, ceux-ci échappent à toute incrimination. Il est relevé par les intéressés que dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, la mise en examen du prévenu lui reprochait la violation des principes généraux du droit de la commande publique imposés (...) par l'article 49 de la loi organique du 27 février 2004 sur la liberté d'accès, l'égalité des candidats et la transparence des procédures. Ils en tirent comme conséquence que la Cour de cassation a, par cette décision, exclu que ces principes généraux puissent constituer à eux-seuls et en eux-même l'élément légal de l'infraction de favoritisme en l'absence de disposition légale ou réglementaire régissant les marchés publics ou les délégations de service public les reprenant, ce que n'est pas une loi organique.

L'article 22-17° prévoit seulement que le législateur néo-calédonien est compétent pour réglementer la commande publique, conformément à l'article 77 de la Constitution et que seule la Nouvelle-Calédonie, qui bénéficie d'une autonomie juridique, peut prendre des dispositions nécessaires pour permettre la répression du délit de favoritisme. En l'absence de ces dispositions, celles du code métropolitain n'étant pas applicables, et la délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 ne fixant pas le comportement que doivent adopter les acheteurs publics et ne faisant pas référence aux principes de la commande publique, il n'existe aucune disposition réglementant l'accès aux marchés publics et le délit de favoritisme ne peut être caractérisé.

- Le pourvoi de l'OPT :

Dans son second moyen, l'OPT s'appropriant le moyen soulevé par le procureur général reproche à l'arrêt de ne pas avoir recherché si les faits de favoritisme ne procédaient pas d'une méconnaissance des articles 1^{er} et 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967, l'article 432-14 du code pénal, qui vise seulement des dispositions mettant en oeuvre les principes fondamentaux de la commande publique, n'exigeant pas qu'elle y fasse expressément référence.

Selon l'OPT, toutes les dispositions de la délibération du 1^{er} mars 1967 sont destinées à mettre en oeuvre les principes à valeur constitutionnelle de la commande publique, dont le non-respect est incriminé par l'article 432-14 du code pénal. Il cite les dispositions des articles 2, qui pose le principe que les marchés sont passés après mise en concurrence) ou 27-2, qui prévoit que la commission d'appel d'offres propose d'attribuer le marché à l'offre qui correspond le mieux aux besoins exprimés en tenant compte des différents critères énumérés.

Le mémoire cite également une décision du TA de Nouvelle-Calédonie du 31 juillet 2008 (Syndicat des Entreprises privées de télécommunication de Nouvelle-Calédonie, req. n° 0779) qui énonce que les marchés passés en application de la délibération du 1^{er} mars 1967 sont soumis aux principes qui découlent de l'existence 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.

- Le pourvoi de M. Z...

Poursuivi du chef de favoritisme, dans son 3^{ème} moyen de cassation, il critique l'arrêt en ce qu'il rejette l'exception tirée de la nullité de l'ordonnance de renvoi alors qu'il découle des motifs de celle-ci que le demandeur n'a pas été informé, de manière détaillée, de l'accusation portée contre lui. M. Z... fait valoir que l'ordonnance de renvoi ne fait pas référence à une disposition législative ou réglementaire précise puisque sont seulement visés, en plus de l'article 432-14 du code pénal, la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 et l'article 22-17° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 et qu'elle ne vise pas les textes qui "incriminent" les faits de favoritisme.

Dans son mémoire en défense, l'OPT fait valoir que l'exception de nullité de l'ORTC ne peut valablement être soutenue que dans les conditions de l'article 184 du code de procédure pénale. Il fait état d'un arrêt de la chambre criminelle ayant validé une convocation par OPJ visant tout le code de l'urbanisme (Crim. 2 octobre 2007, n° 06-85363 : dès lors que la convocation litigieuse, qui n'avait pas à mentionner les dispositions du plan d'occupation des sols méconnues, énonce, conformément aux prescriptions de l'article 390-1 du code de procédure pénale, les faits poursuivis ainsi que les textes de loi qui les répriment et informe suffisamment le prévenu du délit reproché ;) et conclut que l'ORTC est suffisamment précise dès lors qu'elle détaille précisément les agissements du prévenu et répond aux exigences de l'article 184 du code de procédure pénale.

- les pourvois de M. D... et de la société Calédonienne d'ingénierie

Poursuivis du chef de complicité de favoritisme, dans son 1^{er} moyen de cassation, ils invoquent une contradiction de motifs, la cour d'appel ayant relevé l'absence d'élément légal à l'infraction de favoritisme, ne pouvait pas écarter la nullité de l'ordonnance de renvoi en affirmant que les juges d'instruction avaient spécifié pour chacune des qualifications retenues les textes applicables (critique identique à celle du procureur général dans son premier moyen).

* * *

Pour rejeter l'exception de nullité de l'ORTC, sollicitée par M. D... et la société Calédonienne d'Ingenierie, prise de la violation de l'article 184 du code de procédure pénale, M. Z... et M. X..., qui invoquent l'absence de textes répressifs concernant le délit de favoritisme, l'arrêt énonce :
" 1) sur l'action publique,

Attendu que pour rejeter les exceptions de nullité soulevées par les prévenus, le tribunal correctionnel s'est appuyé sur la valeur constitutionnelle des principes généraux du droit de la commande publique que sont le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de transparence des procédures; qu'en dépit des critiques formulées par M. Z... à l'encontre du raisonnement tenu par les premiers juges, le jugement déféré a motivé son rejet des exceptions de procédure et répond aux exigences de l'article 485 du code de procédure pénale ; qu'il n'y a pas lieu à annulation de ce jugement;

Attendu que l'article 184 du code de procédure pénale édicte que l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel indique la qualification légale du fait imputé à la personne mise en examen et, de façon précise, les motifs pour lesquels il existe ou non;

Attendu que dans leur ordonnance du 15 décembre 2014, les juges d'instruction co-saisis spécifient de façon précise les faits imputés à chacun des mis en examen et les qualifications légales retenues; que l'ordonnance indique pour chacune des qualifications retenues les textes qui incrimineraient et sanctionneraient les faits ; que les éventuelles insuffisances ou erreurs commises par les juges d'instruction dans la désignation de ces textes n'affectent pas la régularité de l'ordonnance et ne sont pas de nature à rendre nécessaire le renvoi de la procédure au ministère public ; qu'il en est de même s'agissant de la violation alléguée du principe « non bis in idem » tenant à un cumul de qualifications, dans la mesure où l'examen de cette difficulté relève du fond du litige ;”

Il convient de souligner qu'aucune mention correspondant à ces motifs ne figure dans le dispositif alors que le dispositif du jugement précise : *“rejette les exceptions de nullité soulevées”*

Pour prononcer la relaxe des prévenus des chefs de favoritisme, complicité et recel de ce délit, l'arrêt énonce, après avoir relevé qu'en vertu de l'article 711-1 du code pénal, les dispositions de ce code, et notamment l'article 432-14 qui incrimine les atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public sont applicables en Nouvelle-Calédonie :

- qu'il importe peu que les autorités de Nouvelle-Calédonie soient désormais compétentes pour fixer les règles relatives à la commande publique en vertu de l'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 ;
- qu'il résulte des termes mêmes de l'article 432-14 que l'infraction suppose la violation de dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ;
- que si les dispositions législatives ou réglementaires violées ne sont pas spécifiées dans le corps de la prévention, il résulte des textes visés par l'ordonnance de renvoi que ces dispositions seraient la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 et l'article 22,17° de la loi organique n° 99-209 ;
- que l'article 22, 17° de loi organique n° 99-209 dispose: *«La Nouvelle-Calédonie est compétente dans les matières suivantes: (...) Les règles relatives à la commande publique, dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats, transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et de bon emploi des deniers publics »* ;
- que cet article pose les principes que doit respecter la réglementation élaborée par les autorités de la Nouvelle-Calédonie mais n'a pas pour objet de décrire le comportement que doivent adopter les personnes énumérées par l'article 432-14 du code pénal, qui se réfère déjà aux principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats;
- que des principes à valeur constitutionnelle ne peuvent pas déterminer un délit qui ne peut être défini que par le législateur, ainsi que le rappelle l'article 111-2 du code pénal ;
- qu'en conséquence, l'article 22, 17° n'est pas une disposition législative ou réglementaire susceptible de fonder des poursuites du chef de favoritisme et la référence qui lui est faite par l'ordonnance du 15 décembre 2014 est inopérante ;
- qu'aucune disposition de la délibération n° 136/cp du 1^{er} mars 1967 portant réglementation des marchés publics ne fait expressément référence aux principes de liberté d'accès et d'égalité des candidats ; que l'article 39 qui dispose que *« les marchés passés par application de la présente délibération sont soumis en dehors des contrôles institués par celle-ci aux textes généraux en matière de dépenses publiques»*, figure sous le titre III, intitulé *« Contrôle et approbation des marchés »*, et non sous le titre 1 consacré à la *« Passation des marchés »* ; que la problématique de l'ordonnancement et de la liquidation des dépenses, que traite l'article 39, est étrangère à la procédure de passation du marché proprement dite, au cours de laquelle M, Martin aurait eu un comportement délictueux ;
- que la délibération n° 136/CP ne peut donc pas davantage fonder des poursuites du chef de favoritisme ;

et conclut *“qu'il résulte de ce qui précède qu'en l'absence d'élément légal, M, Z... doit être relaxé du chef de favoritisme; que par voie de conséquence, M. D..., M, X... et la société Calédonienne d'ingénierie, poursuivis comme complice ou receleur du délit de favoritisme, ne peuvent également qu'être relaxés de ces chefs;”*

Pour sa part, le jugement avait considéré, s'agissant de la nullité de l'ORTC, et partant, de la légalité des poursuites :

- que l'article 432-14 du code pénal est applicable en Nouvelle-Calédonie en application de l'article 711-1 du même code ;
- que la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 précise, en 106 articles, la définition des marchés publics en Nouvelle-Calédonie, et l'article 22 (17°) de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 à valeur constitutionnelle prévoit le transfert des compétences de l'Etat à la Nouvelle-Calédonie en matière de marchés publics.
- que les principes généraux du droit de la commande publique que sont le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe d'égalité de traitement des candidats et le principe de transparence des procédures sont des principes à valeur constitutionnelle, qui, s'ils ne sont pas rappelés dans la délibération n°136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics en Nouvelle-Calédonie, ont vocation, de par leur nature constitutionnelle, à être respectés sur l'ensemble du territoire de la République, y compris en conséquence en Nouvelle-Calédonie ;
- que l'article 39 de la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 prévoit que les marchés passés par application de cette délibération sont soumis en dehors des contrôles institués par celle-ci aux textes généraux en matière de dépenses publiques.

Et conclut que *“le favoritisme, en ce qu'il est une atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics, est donc bien défini et réprimé sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie selon la définition d'un marché public prévu par les textes locaux.*

2 - 1 - Sur le pourvoi du procureur général

a/ Concernant la qualité du procureur général à se pourvoir en cassation

Concernant la qualité du ministère public à se pourvoir, M. Maron², après avoir rappelé que l'article 567 du code de procédure pénale confère au ministère public un droit au pourvoi plus large que pour les autres parties dès lors qu'il peut se pourvoir en cassation afin de poursuivre l'annulation d'une décision qui lui paraît entachée d'illégalité, explique concernant l'intérêt de ce même ministère public :

“2° Ministère public a) Principe 141. – L'intérêt du Ministère public, c'est l'intérêt social, encore appelé intérêt général ou, comme le disent certaines décisions, "l'intérêt de la justice". Il s'oppose en cela aux intérêts privés, et l'on a vu (V. supra n° 57 à 60) que pour cette raison, le Ministère public n'avait pas qualité pour se pourvoir contre les décisions ayant statué sur les intérêts civils.

142. – La défense de cet intérêt social largement entendu lui confère le droit de se pourvoir en cassation contre toute décision qui lui paraît entachée d'illégalité (Cass. crim., 30 oct. 1973 : Bull. crim. 1973, n° 391). Ainsi a-t-il été déclaré recevable en son recours contre une décision : qui n'aurait pas été rendue par le nombre de juges prescrit (Cass. crim., 30 oct. 1973, préc. – Cass. crim., 15 nov. 1973 : Bull. crim. 1973, n° 420),... qui aurait été rendue par une juridiction dont la composition était irrégulière (Cass. crim., 23 janv. 1985 : Bull. crim. 1985, n° 35),... qui aurait prononcé une condamnation pour un fait non sanctionné par la loi (Cass. crim., 18 juill. 1936 : Bull. crim. 1936, n° 89),... qui aurait infligé une peine autre que celle appliquée par la loi à la nature de l'infraction (Cass. crim., 3 mars 1922 : Bull. crim. 1922, n° 97),... qui aurait accordé à l'accusé le sursis avec mise à l'épreuve au mépris des dispositions du Code de procédure pénale (Cass. crim., 29 janv. 1975 : Bull. crim. 1975, n° 33),... qui aurait prononcé la relaxe et annulé des

² Jurisclasseur procédure pénale - Art. 567 à 575 - Fasc. 20 : Pourvoi en cassation - Conditions requises en la personne du demandeur

actes de procédure dans des conditions illégales (Cass. crim., 22 oct. 1986 : Bull. crim. 1986, n° 297), ... qui aurait dit n'y avoir lieu à exécution de la mesure à caractère pénal que constituait la contrainte par corps (Cass. crim., 29 oct. 1996 : Juris-Data n° 1996-004694 ; Bull. crim. 1996, n° 376),... qui aurait, à tort, déclaré l'appel du prévenu irrecevable (Cass. crim., 18 mars 1991 : Juris-Data n° 1991-001260 ; Bull. crim. 1991, n° 131),... qui aurait, sur le seul appel du prévenu, aggravé le sort de ce dernier (Cass. crim., 22 janv. 1948 : Bull. crim. 1948, n° 18). Il est à remarquer que, dans ces deux derniers cas, le Ministère public s'est apparemment pourvu dans l'intérêt du prévenu. Mais les règles gouvernant l'exercice des voies de recours sont d'ordre public, et l'intérêt social s'attachait à ce que les erreurs commises par les juges en la matière, y compris au détriment du prévenu, fussent redressées.

143. – Le fait que le Ministère public soit ainsi le garant de l'intérêt social a longtemps conduit à ce que la chambre criminelle lui refuse la possibilité de se désister de son pourvoi, estimant que ce magistrat ne pouvait anéantir de sa propre autorité l'effet d'un acte qui, dans un intérêt d'ordre public, avait saisi la Cour de cassation (Cass. crim., 1er juill. 1897 : Bull. crim. 1897, n° 219. – Cass. crim., 16 avr. 1935 : DH 1935, p. 319. – Cass. crim., 11 avr. 1991 : Bull. crim. 1991, n° 174 ; Dr. pén. 1991, comm. 304 et 305, note A. Maron. – Cass. crim., 10 nov. 1988 : Bull. crim. 1988, n° 323). Il n'est pas certain que cette jurisprudence perdure, du moins si l'on en croit le sommaire de publication d'un arrêt (Cass. crim., 2 mai 2002 : Bull. crim. 2002, n° 96 ; Dr. pén. 2002, comm. 129, note A. Maron), mais cet arrêt n'est pas relatif à un pourvoi mettant en jeu l'action publique, mais simplement relatif à un pourvoi contre une décision portant sur la détention provisoire.

b) Limitations 144. – Une jurisprudence constante déclare le Ministère public irrecevable à se pourvoir contre une décision qui, sur ses réquisitions, a prononcé la peine édictée par la loi. La chambre criminelle lui applique ainsi la règle qui interdit aux parties de proposer devant elle un moyen nouveau ou contraire aux conclusions déposées devant les juges du fond.

145. – Est, en conséquence, irrecevable son pourvoi formé contre une décision : qui, sur les conclusions de la défense, a déclaré un moyen de nullité recevable mais mal fondé, l'erreur invoquée par le demandeur au pourvoi étant restée sans influence sur le résultat de la poursuite, et la décision attaquée ayant, sur le fond, intégralement fait droit aux réquisitions du Ministère public (Cass. crim., 24 oct. 1961 : Bull. crim. 1961, n° 414). De même est irrecevable le pourvoi du Ministère public contre une décision rendue par une juridiction qui aurait été irrégulièrement composée, alors que cette prétendue irrégularité, d'ailleurs non relevée par le Ministère public à l'audience, est restée sans influence sur le résultat de la poursuite (Cass. crim., 26 juin 1963 : Bull. crim. 1963, n° 229), ou contre une décision qui aurait commis une erreur de qualification, alors, d'une part, qu'aucune réquisition n'a été prise à cet égard devant la cour d'appel, d'autre part, que la peine prononcée est justifiée, une telle erreur ne pouvant donner lieu qu'à un pourvoi dans l'intérêt de la loi (Cass. crim., 27 janv. 1966 : Bull. crim. 1966, n° 25. – Cass. crim., 20 janv. 1993 : Juris-Data n° 1993-000584 ; Bull. crim. 1993, n° 28). Est encore irrecevable le pourvoi contre une décision qui, sur les réquisitions du Ministère public, a prononcé une peine légalement appliquée aux faits dont le prévenu a été déclaré coupable (Cass. crim., 11 mai 1988 : Bull. crim. 1988, n° 206). De même, le moyen de cassation portant seulement sur des motifs de l'arrêt qui sont sans incidence sur le dispositif est irrecevable et ne relèverait que d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi sur ordre du garde des Sceaux (Cass. crim., ord., 11 avr. 1996 : Juris-Data n° 1996-001953 ; Bull. crim. 1996, n° 158).

b/ Sur le grief de contradiction de motifs

Ce grief est également invoqué dans le premier moyen proposé pour M. D... et la société CI.

Sur ce point, M. Lacoste de Bouillanne³ explique :

³ Jurisclasseur procédure pénale - Art. 591 à 600 - Fasc. 20 : Pourvoi en cassation - Vices de motivation

3° *Contradiction de motifs a) Principe 228.* – Encourt la cassation, non seulement la décision dont les motifs sont insuffisants, mais encore celle dont les motifs sont entachés de contradiction, de sorte que le dispositif n'est pas légalement justifié (Cass. crim., 29 nov. 1946 : Bull. crim., n° 217). D'où l'attendu de principe figurant en tête des arrêts de cassation : « Attendu que tout jugement ou arrêt doit contenir les motifs propres à justifier sa décision ; que la contradiction des motifs équivaut à leur absence (Cass. crim., 21 juin 1995 : Bull. crim., n° 226).

229. – *La contradiction de motifs entache de nombreuses décisions rendues en matière de réparation du préjudice.* On retrouve ici l'idée que la simple constatation de l'infraction implique l'existence d'un préjudice pour la victime : il y a dès lors contradiction de motifs si le juge, après avoir déclaré le délit constitué, refuse à celle-ci toute indemnité. Ainsi, est cassé pour contradiction de motifs l'arrêt qui, après avoir constaté l'existence d'un abus de confiance, refuse à la victime toute réparation au motif qu'elle ne produit pas un décompte précis de son préjudice, dont il appartenait au juge de rechercher l'étendue (Cass. crim., 26 oct. 1994 : Bull. crim., n° 340) ou l'arrêt qui, après avoir reconnu le prévenu coupable de contrefaçon, déclare irrecevable la constitution de partie civile du plaignant au motif que l'objet contrefaisant n'a reçu qu'une diffusion restreinte (Cass. crim., 21 juin 1995, préc.). Encourt également la cassation pour contradiction de motifs l'arrêt qui, après avoir retenu qu'une femme était décédée « quelques instants après l'accident, dans la voiture qui a pris feu et dont elle est restée prisonnière », énonce qu'elle « n'a subi personnellement aucun préjudice dont la créance ait été transmise à ses héritiers » (Cass. crim., 28 oct. 1992 : Bull. crim., n° 349) ou l'arrêt qui, après avoir constaté que la victime d'un accident mortel était une mère de famille s'occupant de son foyer, énonce que sa disparition n'entraîne sur le plan économique aucune conséquence préjudiciable pour son mari et ses enfants (Cass. crim., 27 janv. 1993 : Bull. crim., n° 44). On voit, par ce dernier exemple, que la chambre criminelle pousse parfois fort loin son contrôle de la motivation, en censurant des motifs qui relèvent autant du fait que du droit.

b) *Contradictions affectant le dispositif 230.* – Il y a ouverture à cassation lorsque le dispositif de la décision attaquée se trouve en contradiction avec ses motifs. Encourt la censure l'arrêt qui, après avoir relevé que la peine prononcée par les premiers juges paraissait inopportune et qu'il convenait de réformer partiellement sur ce point le jugement frappé d'appel, maintient sans modification les peines prononcées par le tribunal (Cass. crim., 18 oct. 1989 : Bull. crim., n° 368). (...)

231. – *Doivent également être déclarés nuls les jugements ou arrêts dont le dispositif contient des décisions contradictoires.* Encourt la cassation l'arrêt « confirmant dans toutes ses dispositions » le jugement frappé d'appel, et ordonnant néanmoins la révocation d'un sursis, laquelle avait été expressément écartée par les premiers juges (Cass. crim., 16 avr. 1986 : Bull. crim., n° 129) ou modifiant le quantum de la peine d'amende et la durée de la suspension du permis de conduire prononcées par ceux-ci (Cass. crim., 8 nov. 1995 : Bull. crim., n° 342).”

M. Bouillanne de Lacoste explique également que⁴ : “42 - Un pourvoi en cassation a pour objet d'obtenir l'annulation de la décision attaquée, c'est à dire de son dispositif. Bien entendu, le demandeur est recevable à critiquer les motifs de cette décision, dans la mesure où ils constituent le soutien du dispositif attaqué. En revanche, un moyen qui vise de motifs étrangers à la décision rendue est irrecevable.

Les décisions de justice étant constituées par leur seul dispositif, sont irrecevables les moyens visant uniquement les motifs de l'arrêt attaqué relatifs à des faits que le dispositif n'a pas retenus à la charge des demandeurs (Cass. crim., 24 févr. 1944 : Bull. crim., n° 56). Sont irrecevables les moyens dirigés contre des motifs de l'arrêt attaqué qui sont sans influence sur le dispositif (Cass. crim., 7 mai 1951 : Bull. crim., n° 126. – 11 avr. 1996 : Bull. crim., n° 158). Un tel moyen ne relèverait que d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi, sur ordre du garde des sceaux, dans les termes de l'article 620 du Code de procédure pénale (Cass. crim. ord., 11 avr. 1996 : Bull. crim.

⁴ Jurisclasseur procédure pénale - Art. 591 à 600 - Fasc. 30 : Pourvoi en cassation - Ouverture à cassation - Causes d'irrecevabilité ou d'inefficacité des moyens de cassation

n° 158).”

Nous avons également jugé que sont irrecevables les moyens critiquant des énonciations de l'ORTC ne présentant aucune disposition que le tribunal saisi de la poursuite n'aurait pas le moyen de modifier (Crim. 16 mai 2000, n° 99-85138).

2 - 2 - Sur la légalité des poursuites du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats

Le délit d'atteinte à l'égalité d'accès et à la liberté des candidats à la commande publique est défini par l'article 432-14 du code pénal comme : *“...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.”*

Selon le procureur général et l'OPT, les dispositions de l'article 22-17° de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999, de l'article 432-14 du code pénal et de la délibération du 1^{er} mars 1967 permettent de poursuivre les délits reprochés aux prévenus, ce que ces derniers contestent.

L'article 432-14 vise expressément *“les 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 criminelle contrôle la qualification qui a pu être donnée par les juridictions du fond au marché litigieux ainsi que l'assujettissement de ce marché à des règles de concurrence.

Elle a donc dû définir plus précisément ces dispositions : entrent notamment dans le champ d'application de l'article 432-14 du code pénal la violation des principes fondamentaux gouvernant la commande publique que sont le principe de liberté d'accès à la commande publique et le principe d'égalité de traitement, rappelés selon les dispositions en vigueur, aux articles 47 ou 1^{er}-I du code des marchés publics, suffisent à caractériser le délit de favoritisme sans que pour autant soit rapportée la preuve d'un manquement à une règle particulière (Crim 21 septembre 2005, n°04-83.868).

Sur la base de cette jurisprudence, nous avons jugé que le délit de favoritisme est caractérisé dès lors que l'article du Code des Postes et Télécommunications de la Polynésie contenait une disposition rappelant les grands principes de la commande publique, applicables à l'ensemble de celle-ci, les agissements du prévenu enfreignant ces principes constituaient le délit de favoritisme (Crim. 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-85.109).

Cette solution est applicable à tous les marchés sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme (Crim, 14 février 2007, Bull. n°47) : en l'espèce le marché en cause était d'un montant de 5 850 euros : s'agissant d'une commune qui souhaitant renouveler ses contrats d'assurance avait lancé une procédure d'appel d'offre au cours de laquelle un candidat, soutenu par le président de la communauté d'agglomération de cette commune, avait, grâce aux informations obtenues de ce dernier, formulé une proposition en dessous des seuils. La chambre criminelle énonce notamment : *“la méconnaissance de l'article 1er du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, qui s'appliquait à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal ;”*

Nous avons également jugé qu'une collectivité locale, qui a décidé, bien qu'elle n'y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d'appel d'offres doit se conformer aux règles imposées par cette dernière (Crim 15 mai 2008, n°07-88.369) : s'agissant d'un maire qui avait imposé son candidat à la commission d'appel d'offre qu'il avait constituée alors qu'il n'y était pas tenu.

Il peut être utilement rappelé que le Conseil constitutionnel a jugé (décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003) que ces principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, rappelés par l'article 1er du code des marchés publics, découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et ont, à ce titre, valeur constitutionnelle.

L'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie prévoit, au § 17, dans sa rédaction actuelle, que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour définir 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 ;*"

Il sera souligné que dans sa version d'origine, l'article 22-17° prévoyait la compétence de la Nouvelle-Calédonie exclusivement pour la "*Réglementation des marchés publics et des délégations de service public ;*"

C'est la loi organique n°2009-969 du 3 août 2009 qui, par son article 2, a complété ces dispositions par la référence aux principes fondamentaux de la commande publique.

Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 27 mars 2015 (n° 386646), le Conseil d'Etat a jugé 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 en Nouvelle-Calédonie, des motifs d'intérêt général peuvent justifier qu'un pouvoir adjudicateur en aménage les conditions de mise en œuvre, sous le contrôle du juge, afin de tenir compte notamment, s'agissant des délégations de service public, des particularités du service délégué.

Il en découle que, pour le Conseil d'Etat, les principes édictés par l'article 22-17° s'appliquent directement au territoire de la Nouvelle-Calédonie, les pouvoirs adjudicateurs ayant simplement, en l'absence de règles précises, la possibilité d'en aménager les conditions de mise en œuvre, sous le contrôle du juge.

On peut également faire état d'un arrêt du Conseil d'Etat (CE 7 novembre 2012, n° 360252) qui a jugé que l'obligation d'information relative à la hiérarchie des critères d'attribution des marchés, prévu par le seul code des marchés publics métropolitain, et non par le code du territoire de Polynésie française, était applicable à un marché conclu par celui-ci dès lors que ces dispositions contribuent à garantir les "*principes d'accès, d'égalité de traitement des candidats, de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et du bon emploi des deniers publics*" auxquels renvoie l'article 28-1 de la loi organique 2004-292 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, qui prévoit des dispositions similaires à celles de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 concernant la Nouvelle-Calédonie.

S'agissant de la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, elle évoque notamment les "avis de publicité" (page 13). L'article 25, situé dans la section II intitulée "Des marchés sur appel d'offres" prévoit les modalités de publicité de l'avis d'appel d'offres.

L'article 2 dispose que "*Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers des charges sont des éléments constitutifs. Ils sont passés après mise en concurrence dans les conditions prévues au titre 1^{er}.*"

L'article 7 prévoit que "*Les prestations qui font l'objet des marchés doivent répondre exclusivement*

à la nature et à l'étendue des besoins à satisfaire. Le service intéressé est tenu de déterminer aussi exactement que possible les spécifications et la consistance de ces prestations avant tout appel à la concurrence ou toute négociation.

Ils doivent être conclus et notifiés avant tout commencement d'exécution."

L'article 24 définit les marchés sur appel d'offres comme un contrat administratif écrit, conclu à la suite d'un appel public ou restreint à la concurrence et précise que cet appel peut être ouvert, et comporté un appel public à la concurrence, ou restreint, et ne s'adresse alors qu'au candidat que l'administration a décidé de consulter.

Plusieurs dispositions (articles 8, 24, 29, 32-2, 35, 35-1) précisent les modalités de déroulement et les éléments que doit comporter l'avis d'appel à la concurrence.

La délibération contient une annexe III intitulée : "Charte du dialogue compétitif" qui prescrit notamment de *"conduire une procédure traçable et transparente en respectant l'égalité de traitement entre les candidats"*, de prévenir les conflits d'intérêt éventuels et veiller aux conditions d'une concurrence saine et loyale.

Saisie par M. l'avocat général Petitprez, la Direction des Affaires Juridiques du ministère de l'économie considère, aux termes de la note qu'elle a adressée le 30 mars 2018 (produite par le parquet général), que les principes fondamentaux de la commande publique, en ce qu'ils ont une valeur constitutionnelle, sont opposables aux acheteurs de Nouvelle-Calédonie. L'OPT de Nouvelle-Calédonie est soumis à la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967, qui ne rappelle pas ces principes, et doit respecter ces derniers dans le cadre des marchés publics à défaut de quoi, le délit de favoritisme est susceptible d'être caractérisé.

La note rappelle également que la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967 prévoyant les règles que doivent respecter les acheteurs du territoire lors de la passation de leurs marchés, et ayant valeur de loi ou de règlement au sens de l'article 432-14 du code pénal, la violation de ces dispositions étant susceptible de caractériser le délit pénal de favoritisme.

La note fait état notamment d'une décision plus ancienne du TA de Nouvelle-Calédonie du 31 juillet 2008 (n° 0779), rendue dans une affaire dans laquelle le syndicat des entreprises privées de télécommunications de Nouvelle-Calédonie a attaqué une délibération tendant à autoriser l'OPT à se dispenser des obligations prescrites par la réglementation des marchés publics fixée par la délibération n° 136/CP du 1^{er} mars 1967. Le jugement du TA relève notamment que :

"l'article 1er de la délibération du congrès n° 136 du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics énonce que toute dépense publique se rapportant à un objet unique nettement déterminé, dont la fourniture et l'exécution est assurée au territoire, aux provinces, aux communes de Nouvelle-Calédonie et à leurs établissements publics par une personne physique ou morale doit donner lieu à un marché soumis aux règles fixées ci après sauf dispositions contraires prévues par délibération du congrès dès lors que son montant excède 8. 000 000 F CFP. (...) On entend par marchés publics, les contrats passés dans les conditions prévues dans la présente délibération par les collectivités publiques visées à l'alinéa premier ci-dessus en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services. » ; qu'aux termes de l'article 2 de la même délibération : « Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers de charge sont des éléments constitutifs. Ils sont passés après mise en concurrence dans les conditions prévues au titre 1er.(...) » ; qu'aux termes de l'article 13 de la même délibération : « Les marchés visés à la présente délibération sont obligatoirement passés soit par adjudication, soit par appel d'offres au choix de l'autorité compétente, soit sous forme de dialogue compétitif, soit encore sous forme de marché de gré à gré dont les cas sont énumérés aux articles 35 et 36 ci-après ; (...)

"...les marchés passés en application de la délibération du 1^{er} mars 1967 sont soumis aux principes qui découlent de l'exigence d'égal accès à la commande publique, et notamment ceux relatifs à la 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 et exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur

public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse."

L'article 432-14 vise expressément "*les 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*".

Il convient de préciser que, selon la chambre criminelle, lorsqu'une disposition législative, support légal d'une incrimination, demeure en vigueur, l'abrogation de textes réglementaires pris pour son application n'a pas d'effet rétroactif (Crim. 28 janvier 2004, Bull. n°23 ; Crim, 7 avril 2004, B. n° 93, 2 arrêts).

La chambre criminelle contrôle la qualification qui a pu être donnée par les juridictions du fond au marché litigieux ainsi que l'assujettissement de ce marché à des règles de concurrence. Elle a donc dû définir plus précisément ces dispositions et consacré la solution selon laquelle entrent dans le champ d'application de l'article 432-14 du code pénal la violation des principes fondamentaux gouvernant la commande publique que sont le principe de liberté d'accès à la commande publique et le principe d'égalité de traitement, rappelés selon les dispositions en vigueur, aux articles 47 ou 1er-I du code des marchés publics, qui suffisent à caractériser le délit de favoritisme sans que pour autant soit rapportée la preuve d'un manquement à une règle particulière (Crim 21 septembre 2005, n°04-83.868) ;

Sur la base de cette jurisprudence, nous avons jugé que le délit de favoritisme est caractérisé dès lors que l'article du Code des Postes et Télécommunications de la Polynésie contenait une disposition rappelant les grands principes de la commande publique, applicables à l'ensemble de celle-ci, les agissements du prévenu enfreignant ces principes constituaient le délit de favoritisme (Crim. 23 novembre 2016, pourvoi n° 15-85.109).

Cette solution est applicable à tous les marchés sans opérer de distinction entre ceux qui, compte tenu de leur montant, sont passés sans formalités préalables et ceux qui sont soumis à un tel formalisme (Crim, 14 février 2007, Bull. n°47) : en l'espèce le marché en cause était d'un montant de 5 850 euros : s'agissant d'une commune qui souhaitant renouveler ses contrats d'assurance avait lancé une procédure d'appel d'offre au cours de laquelle un candidat, soutenu par le président de la communauté d'agglomération de cette commune, avait, grâce aux informations obtenues de ce dernier, formulé une proposition en dessous des seuils. La chambre criminelle énonce notamment : "*la méconnaissance de l'article 1er du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001, qui s'appliquait à tous les marchés publics, quel que soit leur montant, entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal ;*"

Il peut également être rappelé que nous considérons qu'une collectivité locale, qui a décidé, bien qu'elle n'y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d'appel d'offres doit se conformer aux règles imposées par cette dernière (Crim 15 mai 2008, n°07-88.369) : s'agissant d'un maire qui avait imposé son candidat à la commission d'appel d'offre qu'il avait constituée alors qu'il n'y était pas tenu.

Concernant l'arrêt du 3 juin 2015 rappelé dans les mémoires en défense, il peut être souligné que le demandeur était poursuivi du chef de favoritisme commis en 2007 et notamment le 20 décembre 2007, date de la convention de délégation de service public litigieuse.

Or, il s'avère que l'article 28-1, introduit par la loi organique n° 2007-1719 du 7 décembre 2007, dans la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, et qui énonce : "*La Polynésie française fixe les règles applicables à la commande publique de la Polynésie française et de ses établissements publics 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.*", n'est entré en vigueur, en application de l'article 36 IV de la loi du 7 décembre 2007 qu'à compter du renouvellement de l'assemblée de la Polynésie française prévu au I du présent article."

Le second tour des élections de l'assemblée de la Polynésie française a été organisé le 10 février 2008 et le 29 février 2008, M. Temaru a été élu président de l'assemblée de Polynésie.

Il ressort de ces éléments qu'à la date de la commission des faits, et notamment de la signature de la convention de délégation de service public, aucun texte, national ou local, ne faisait référence aux principes de la commande publique, l'article 28-1 n'étant entré en vigueur que postérieurement à la date de signature.

Il appartiendra à la chambre criminelle de se prononcer sur la légalité du délit de favoritisme sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie.

3 - Sur l'application de la règle ne bis in idem

Pour écarter l'application de la règle ne bis in idem, l'arrêt attaqué énonce :

« Attendu que la relaxe dont bénéficient les prévenus du chef du délit de favoritisme permet d'exclure toute atteinte au principe "non bis in idem" à raison des poursuites engagées du chef de la prise illégale d'intérêts;»

Trois des demandeurs ont présenté un moyen sur l'application de la règle ne bis in idem et critiquent la motivation de l'arrêt sur ce point qui en exclut l'application en raison de la relaxe intervenue du chef de favoritisme :

- le procureur général, dans son 3^{ème} moyen de cassation, fait valoir que le 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 le délit de prise illégale d'intérêts a pour finalité: « de procurer à l'agent un avantage personnel» ;
- M. D... et la société Calédonienne d'ingénierie, dans leur 2^{ème} moyen de cassation, font valoir qu'en prononçant la condamnation des prévenus du chef de prise illégale d'intérêt, de complicité et de recel de ce délit pour les mêmes faits que ceux de complicité de favoritisme et de recel de ce délit, alors que des mêmes faits ne peuvent être poursuivis sous deux qualifications différentes, la cour d'appel a méconnu la règle ne bis in idem.

Dans son mémoire en défense, M. X... conclut au rejet du moyen du procureur général en se plaçant sur le terrain de l'irrecevabilité en ce que, d'une part, la critique vise des motifs de l'arrêt attaqué qui ne correspondent à aucun dispositif, d'autre part, la critique manque en fait, la cour d'appel n'ayant pas considéré que seule la relaxe du chef de favoritisme permettait d'exclure toute atteinte au principe ne bis in idem, mais seulement que cette relaxe permettait d'exclure une telle atteinte à raison des faits de prise illégale d'intérêt. Selon le mémoire en défense, la cour d'appel a jugé que la relaxe des prévenu du chef du délit de favoritisme permettait d'exclure toute atteinte au principe ne bis in idem à raison des faits de prise illégale d'intérêt dès lors qu'il n'y avait plus qu'un seul délit à juger.

Dans leur mémoire en défense, M. D... et la société CI concluent à l'inopérance du moyen du procureur général, la cour d'appel ne s'étant pas prononcée sur l'application cumulative des deux infractions mais s'est bornée à estimer qu'en raison de la relaxe intervenue du chef de favoritisme, la question d'une atteinte au principe ne bis in idem ne se posait pas.

Pendant longtemps, la chambre criminelle a eu recours à la jurisprudence selon laquelle plusieurs qualifications peuvent être utilisées pour des mêmes faits dès lors qu'elles ne présentent pas d'incompatibilité entre elle, qu'elles visent à la protection d'intérêts distincts et qu'elles sont susceptibles d'être appliquées concurremment puisque présentant des éléments constitutifs différents et qu'une seule peine est prononcée (Crim., 9 mars 2016, pourvoi no 14-88.126 ; Crim., 8 mars 2016, pourvoi no 14-88.347, Bull. crim. 2016, no 69).

C'est dans le droit fil de cette jurisprudence que la chambre criminelle a jugé que "Les deux qualifications de complicité de prise illégale d'intérêts et d'usurpation de fonctions ne sont pas

incompatibles entre elles et peuvent être retenues pour un même fait, dès lors qu'elles sanctionnent la violation d'intérêts distincts, comportent des éléments constitutifs différents et qu'une seule peine a été prononcée conformément aux articles 5 ancien et 132-3 du Code pénal (Crim., 21 février 2001, pourvoi no 00-81.167, Bull.crim. 2001, no 46).

Cependant, cette jurisprudence a connu une évolution en ce sens que nous avons jugé, au visa de la règle ne bis in idem, que les faits qui procèdent de 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.

En conséquence, encourent la cassation :

- l'arrêt qui, pour condamner un prévenu du chef de blanchiment, énonce que ce dernier a fait effectuer, par une société et au profit d'une autre, des virements correspondant à des prestations inexistantes, alors qu'elle juge, par le même arrêt, que ces virements sont constitutifs du délit d'abus de biens sociaux dont elle déclare le même prévenu coupable (Crim., 7 décembre 2016, pourvoi no 15-87.335, Bull. crim. 2016, no 327) ;
- l'arrêt qui, pour condamner un prévenu du chef de recel, énonce que des fonds provenant de l'escroquerie commise par sa compagne ont été versés sur son compte bancaire, alors qu'il s'agit d'une opération préalable à l'achat du bien qu'il a réalisé et pour lequel il a été condamné du chef de blanchiment (Crim., 26 octobre 2016, pourvoi no 15-84.552, Bull. crim. 2016, no 276).

En revanche, depuis l'évolution de jurisprudence concernant la règle ne bis in idem, nous avons aussi jugé que :

- *“ne méconnaît pas le principe ne bis in idem la cour d'appel qui retient, à l'encontre du prévenu, les deux qualifications d'infraction à la législation sur les stupéfiants et de contrebande de marchandises prohibées, ces dernières étant susceptibles d'être appliquées concurremment dès lors qu'elles résultent de la mise en oeuvre d'un système intégrant poursuites et actions pénales et douanières, permettant au juge pénal de réprimer un même fait sous ses deux aspects, de manière prévisible et proportionnée, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne devant pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.”* (Crim., 11 juillet 2017, pourvoi no 16-81.797) ;
- *“Ne méconnaît pas la règle non bis in idem la cour d'appel qui condamne un prévenu pour réalisation irrégulière d'affouillement ou d'exhaussement du sol et de violation du plan d'occupation des sols dès lors que ces incriminations visent à l'application de réglementations distinctes et à la protection d'intérêts juridiquement différents, afférents pour les uns aux travaux, pour les autres, à l'occupation du sol et qu'une seule peine a été prononcée”* (Crim., 3 mai 2017, pourvoi no 16-84.240) ;
- les délits de blanchiment aggravé et de banqueroute ne procèdent pas de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable (Crim., 8 mars 2017, pourvoi no 15-86.144) ;
- récemment nous avons jugé, dans une espèce où un maire, qui avait donné comme consigne à ses agents municipaux de ne pas transmettre les procès-verbaux de constatations d'infractions au parquet, et qui, poursuivi des chefs d'immixtion dans une fonction publique pour avoir procédé à des classements sans suite de contraventions, d'autre part, de détournement ou destruction au préjudice de l'Etat et de la Ville de Biarritz, d'actes, titres ou fonds publics, invoquait l'application de la règle ne bis in idem en faisant valoir qu'il lui était en réalité reproché un fait unique, que le fait de filtrer les procès-verbaux des contraventions, en lieu et place du ministère public, est dissociable de l'action d'annuler des références de la souche ou carte maîtresse de l'infraction enregistrée sur un logiciel dédié afin d'éviter toute communication au Trésor public aux fins de recouvrement (Crim. 21 mars 2018, n°1781011).

En l'occurrence, sont concernés les délits d'atteinte à la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans la commande publique, d'une part, et le délit de prise illégale d'intérêt d'autre part.

Le premier de ces délits est défini par l'article 432-14 du code pénal comme étant 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 contrats de concession.

Le second de ces délits est défini par l'article 432-12 du code pénal, comme étant 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.

En l'espèce, M. Z... a été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics pour avoir procuré ou tenté de procurer à D... E... et à la SARL Calédonienne d'ingénierie 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, en l'espèce :

- en favorisant ces candidats au détriment de M, F... G..., de la société Ingénierie Fiscale et Financière, et de la Banque Société Générale (SG/12F) lors de l'attribution du marché public de l'OPT destiné à choisir l'arrangeur pour la défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3e génération dite 3G,
- en imposant à l'OPT la présence de Me H..., collaborateur de Me I..., avocat de M. D... ou de ses sociétés, et celle d'un de ses commissaires aux comptes et associé dans la SCI KONEVA en la personne de M, X... pour préparer les appels d'offre, les analyser, et conseiller l'OPT pour départager les candidats en écartant l'intervention en commission d'appel d'offre de M. P..., cadre de la Société Générale à PARIS,
- en exigeant de cette dernière des pièces purement formelles quelques heures avant les débats,
- en ne tenant pas compte des précisions de ce dernier adressé par trois mails des 29 avril, 11 mai, et 26 mai 2010, décrivant le véhicule fiscal de l'offre SG/12F comme une SAS et non une SASU,
- en prétendant que le montage en SASU de SG/12F n'avait jamais été encore approuvé pour prendre des positions défavorables en réunion de la commission d'appel d'offre et du conseil d'administration de l'Office des Postes de la Nouvelle-Calédonie à l'offre SG/12F,
- en rédigeant deux rapports en faveur de l'offre de M, D... au faux motif que cette dernière était plus sûre,
- en ne tenant pas compte des arguments de MM. J... et K... relatifs à un gage-espèces et à des loyers inférieurs qui renchérisaient l'offre de M. D...,
- en ne communiquant aux membres du conseil d'administration les offres écrites en présence, ce qui aurait pu provoquer une comparaison à l'avantage de son concurrent,
- en reprenant au cours de trois réunions les conclusions mensongères des rapports de MM. X... et H...,
- en dessaisissant la commission d'appel d'offre qui avait attribué le marché à SG/12F au profit du conseil d'administration de l'OPT, en démarchant M. L... et Mme M..., membres du conseil d'administration, pour qu'ils se prononcent en faveur de M. D...,
- en éliminant les candidats de la réunion du conseil d'administration, afin d'éviter que l'offre sérieuse et moins disante de SG/12F ne soit comparée à l'offre comportant des clauses lésionnaires pour l'OPT en cas de désistement présentée par M. D...,
- en y faisant intervenir le commissaire aux comptes de plusieurs sociétés de M. D... et son associé dans la SCI KONEVA en la personne de M.X...,

- en communiquant des informations confidentielles à M. D... à l'insu de son concurrent et des membres du conseil d'administration, soit le pré-rapport de M. N..., expert désigné pour procéder à l'analyse comparative des offres en concurrence,
- et en influençant M. N... pour que cet expert retire de ses conclusions les indications défavorables à l'offre de CI/D..., qui rendaient entre autres impossible selon ce dernier le maintien du marché qui lui avait été accordé.

Il a été renvoyé devant le tribunal correctionnel du chef de prise illégale d'intérêt pour avoir 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, l'administration, la liquidation, ou le paiement, en l'espèce en prenant part à l'ensemble des phases depuis la conception jusqu'à l'attribution définitive du marché public de l'OPT destinée à désigner l'arrangeur pour la défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3^e génération dite 3G, auquel concourait la SARL Calédonienne d'ingénierie et D... E..., avec lequel il entretenait des relations personnelles privilégiées, et d'affaires, étant associé avec ce dernier par l'intermédiaire de ses sociétés dans la SA SITPA, à laquelle M. D... avait fourni par ailleurs des concours financiers et des prestations de service en matière de défiscalisation.

M. D... est poursuivi du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics :

- en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en mettant à la disposition de M. Z... les services du commissaire aux comptes de plusieurs de ses sociétés, M. O... X... et d'un avocat du cabinet ACE-ACF dont lui ou ses sociétés étaient le client habituel pour préparer l'appel d'offre, confectionner un rapport comparatif de celles-ci à destination de l'OPT, et intervenir auprès de la commission d'appel d'offres et du conseil d'administration de l'OPT, et ceux du cabinet d'avocat Descombes et Salans dont lui ou ses sociétés était le client habituel pour établir un rapport d'analyse des offres, et en se faisant communiquer le rapport de ces experts avant qu'il ne soit soumis au conseil d'administration de l'OPT devant statuer sur les offres,
- en donnant des instructions à M. Z... pour qu'il puisse rédiger ses rapports à destination de la commission d'appel d'offre et du conseil d'administration de l'OPT dans un sens favorable à son offre, et pour qu'il fasse modifier par le collège d'expert précité, en réalité représenté seulement par M. N... son rapport d'analyse des offres pour le rendre moins défavorable à sa soumission ;

ainsi que du chef de prise illégale d'intérêt :

- en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en l'espèce en répondant à un appel d'offre afférent au choix par l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie de l'arrangeur pour la défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3^e génération dite 3G
- et en maintenant sa soumission, sachant que M. Z..., Président du conseil d'administration de l'OPT était en charge d'organiser ce marché public, et prenait une part active à son organisation.

M. X... est renvoyé devant le tribunal correctionnel pour :

- s'être à Nouméa et en France métropolitaine, entre mars et le 9 novembre 2010, rendu complice du délit de prise illégale d'intérêts reproché à M. Z... en facilitant la préparation ou la consommation du délit, en l'espèce en acceptant et en exerçant les fonctions d'expert auprès de l'Office des Postes de la Nouvelle-Calédonie chargé de le conseiller dans le choix de l'arrangeur en défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3^e génération dite 3G, et en favorisant dans ses rapports et ses avis l'un des candidats, D... E... et la SARL Calédonienne d'Ingénierie, dont il connaissait les liens personnels et d'affaires avec Z... Y..., président du conseil d'administration de l'Office des Postes et Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie, chargé d'organiser cette

consultation ;

- à Nouméa et en France métropolitaine, entre mars et le 9 novembre 2010, étant dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public ou investi d'un mandat électif public, en l'espèce étant chargé en qualité d'expert en matière comptable et financière de préparer l'appel d'offres d'un marché public destiné à choisir l'arrangeur en défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3^e génération dite 3G au profit de l'établissement public Office des Postes et des Télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT) et de le conseiller dans le choix de la meilleure offre, 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, l'administration, la liquidation, ou le paiement, en l'espèce en acceptant et en exerçant ces fonctions, alors qu'il était lié avec l'un des candidats, la SARL Calédonienne d'Ingénierie et D... E..., par une communauté d'intérêt, étant associé avec ce dernier par l'intermédiaire de la société Penty dans la SCI Koneva destinée à construire leurs locaux professionnels dans le même immeuble, et étant par ailleurs commissaire aux comptes de plusieurs sociétés dirigées par D... E....

La société Calédonienne d'Ingénierie a été renvoyée devant le tribunal correctionnel des chefs de complicité du délit d'atteinte à la liberté et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et de prise illégale d'intérêt, dans les mêmes termes que ceux concernant M. D..., et de recel de ces délits.

La chambre criminelle a déjà eu à statuer sur le cumul de poursuites des chefs de prise illégale d'intérêt de d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics (Crim. 8 mars 2006, n° 05-85276) aux motifs que les faits pour lesquels le prévenu a été déclaré coupable sous les qualifications de prise illégale d'intérêts et de favoritisme sont distincts et que chaque infraction protège des intérêts distincts.

Elle en a jugé de même pour les délits d'association de malfaiteurs et favoritisme (Crim. 2 octobre 2013, n° 12-85606), de favoritisme et de corruption passive (Crim. 17 juin 2009, n° 08-88116), ou encore de complicité de prise illégale d'intérêt et d'usurpation de fonctions (Crim. 21 février 2001, B. n° 46).

Il appartiendra à la chambre criminelle de se prononcer sur les motifs relatifs à l'application de la règle ne bis in idem.

4 - Sur le délit de prise illégale d'intérêt

Plusieurs des demandeurs ont présenté des moyens critiquant la motivation de l'arrêt sur ce point :

- M. Z... :

Pour déclarer M. Z... coupable du délit de prise illégale d'intérêt, l'arrêt attaqué relève :

- que M. Z... ne disconvient pas qu'il était, en sa qualité de président du conseil d'administration de l'OPT, chargé d'une mission de service public,
- qu'il n'est pas démontré que M. Z... a tiré un profit pécuniaire ou un avantage patrimonial personnel de sa fonction, lors de la désignation de l'arrangeur mais que selon l'article 432-12 du code pénal, il suffit que la personne chargée d'une mission de service public ait pris, reçu ou conservé, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans l'opération ;
- qu'il est admis qu'un intérêt moral suffit dès lors que cet intérêt est de nature à compromettre l'indépendance ou l'impartialité du décideur ;
- qu'à l'époque des faits, M. Z... et la société Jec, dont M. D... était le dirigeant, étaient associés au sein de la société SITPA, société à responsabilité limitée au capital de 40.000.000 FCFP divisé en 80.000 parts de 500 FCFP, M. Z... détenant 4.100 parts, la société Jec 65.698 parts

;

- qu'en raison de ces relations d'affaires au sein de la société SITPA, M. Z... peut être soupçonné d'avoir, même dans le simple dessein d'être agréable à l'investisseur majoritaire, fait preuve de partialité lors de la désignation de l'arrangeur et de ne pas avoir uniquement pris en compte l'intérêt collectif et que l'apparence créée par les participations conjointes dans la société SITPA aurait dû conduire M. Z... à se retirer du processus de désignation de l'attributaire ;
- que M. Z... ayant sciemment pris part aux différentes délibérations de la commission d'appel d'offres puis du conseil d'administration, l'intention coupable est caractérisée ;

Le 4^{ème} moyen de cassation du demandeur critique la motivation de l'arrêt qui a seulement postulé l'existence d'un intérêt en relevant qu'en raison de ses relations d'affaires avec M. D..., il "pouvait être soupçonné" d'avoir fait preuve de partialité dans la désignation de l'arrangeur, sans constater l'existence certaine de l'intérêt.

- M. D... et la société Calédonienne d'ingénierie :

Pour condamner M. D... et la société CI du chef de complicité de prise illégale d'intérêt, l'arrêt relève :

- que les faits de complicité ne sauraient résider dans le dépôt d'une offre en réponse à l'avis publié les 2 et 3 avril 2010 dans le journal Les Nouvelles Calédoniennes et qu'il ne peut être reproché à M. D... de ne pas avoir anticipé l'attitude fautive de M. Z... ;
- que les entretiens téléphoniques qu'ont eus MM. Z... et D... les 26 mai et 3 juin 2010, avant et après les réunions de la commission d'appels d'offres et du conseil d'administration (D 150) et leurs échanges officiels sur la recevabilité de la demande d'agrément, postérieurement au dépôt du pré-rapport de M. N..., non seulement illustrent une proximité peu conciliable avec le principe de l'impartialité de la puissance publique, mais encore rendent compte de l'activité déployée par M. D... auprès du décideur durant le processus de désignation de l'attributaire, qui ne s'est achevé que par le vote de la délibération n° 53/2010 du 9 novembre 2010 ;
- qu'en interférant, en toute connaissance de cause dans le processus décisionnel, M. D... a conforté M. Z... dans sa gestion irrégulière du dossier et s'est rendu complice de la prise illégale d'intérêt commise par M. Z... ; ;
- que, s'agissant de la société CI, elle répond pénalement, en application de l'article 121-2 du code pénal, du délit de complicité de prise illégalement d'intérêt dont s'est rendu coupable M. D..., son gérant, dès lors que celui-ci agissait dans l'intérêt de la personne morale qui avait déposé l'offre et qui a obtenu le marché ;
- qu'ayant obtenu le marché dans des conditions suspectes en raison de la participation de M. Z... au processus de désignation de l'arrangeur et ayant ainsi pu percevoir les commissions attachées au marché, la société Calédonienne d'ingénierie s'est rendue coupable du délit de recel de complicité de prise illégale d'intérêts.

Le 3^{ème} moyen de cassation des demandeurs critique les énonciations de l'arrêt au regard de l'inconstitutionnalité de l'article 432-12 du code pénal.

S'agissant de ce moyen, par un arrêt du 20 décembre 2017 (1781975), la chambre criminelle a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la QPC déposée par M. D... et la société CI, alléguant de l'inconstitutionnalité des dispositions de l'article 432-12 du code pénal, aux motifs que "la question posée ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que le législateur, en incriminant le fait, par une personne exerçant une fonction publique, de se placer dans une situation où son intérêt entre en conflit avec l'intérêt public dont elle a la charge, a entendu garantir, dans l'intérêt général, l'exercice indépendant, impartial et objectif des fonctions publiques, de sorte que l'article critiqué ne porte atteinte à aucun des principes constitutionnels invoqués ;"

La même réponse avait été déjà opposée à une QPC identique par un arrêt du 30 novembre 2011 (B. n° 241).

Ce moyen doit donc être déclaré sans objet et ne saurait être admis.

Le 4^{ème} moyen de cassation fait valoir que l'interprétation de l'article 432-12 du code pénal faite par la Cour de cassation, qui n'incrimine aucune atteinte à l'intérêt général ou à un intérêt privé méconnaît les exigences conventionnelles relatives au principe de légalité consacré par l'article 7 de la CEDH dont les dispositions s'opposent aux poursuites et condamnations arbitraires et impose que ne soient sanctionnés que les comportements nuisibles à la société (1^{ère} branche), que la cour d'appel n'a pas caractérisé l'intérêt pris par M. Z... dans une opération concernant la société calédonienne d'ingénierie et a relevé l'absence de contrepartie pour M. Z... dans cette opération (2^{ème} branche), que la cour d'appel a excédé sa saisine en relevant, pour entrer en voie de condamnation, que MM. D... et Z... ont eu des conversations téléphoniques non visées par la prévention (3^{ème} branche) et que la cour d'appel s'est bornée à mentionner des entretiens téléphoniques sans caractériser l'aide ou l'assistance apportée par les prévenus à M. Z....

- M. X...

Pour déclarer M. X... coupable d'un des délits de prise illégale d'intérêt du chef desquels il était poursuivi, l'arrêt, après avoir prononcé la relaxe du chef de complicité du délit de prise illégale d'intérêt retenu contre M. Z... en énonçant que M. X... conteste avoir eu connaissance des liens d'affaires existant entre MM. Z... et D... et qu'aucun élément du dossier ne démontrant le contraire, il ne peut être tenu pour complice des agissements de M. Z..., relève, s'agissant des autres faits :

- que M. X... était chargé en qualité d'expert en matière comptable et financière de préparer l'appel d'offres d'un marché public destiné à choisir l'arrangeur en défiscalisation de l'opération d'équipement du réseau calédonien de télécommunications en téléphonie mobile de 3^e génération dite 3G au profit de l'établissement public Office des postes et des télécommunications de la Nouvelle-Calédonie (OPT) et de le conseiller dans le choix de la meilleure offre ;
- qu'à ce titre, il était une personne chargée d'une mission de service public au sens de l'article 432-12 du code pénal et était tenu à l'obligation d'impartialité précédemment évoquée et devait vérifier qu'il se trouvait au-dessus de tout soupçon de partialité;
- qu'il était commissaire aux comptes de plusieurs sociétés dirigées par D... E... ;
- qu'à l'époque de l'intervention de M. X... en qualité d'expert, la société Calédonienne d'ingénierie était associée avec la société Penty, dont M. X... était le gérant, et deux autres sociétés (les sociétés Buli 2 et Loi) au sein de la SCI Koneva dont MM. D... et X... étaient les gérants ;
- que cette association était de nature à créer une suspicion quant à l'impartialité de M. X... dans la conduite de son expertise;
- que l'apparence ainsi créée aurait dû conduire celui-ci à refuser la mission d'expert qui lui était proposée.

Le 1^{er} moyen de cassation du demandeur fait valoir que la cour d'appel, qui s'est fondée sur l'apparence créée par la participation de la société Penty, dont il était le gérant, et de la société CI, à la SCI Koneva, dont MM. D... et X... étaient les gérants et dont l'objet est la construction d'un immeuble sans lien avec le marché litigieux, n'a pas caractérisé l'intérêt pris par M. X... dans l'opération litigieuse (1^{ère} branche) et a omis de répondre à ses conclusions qui mettait en exergue l'absence d'incidence sur la SCI Koneva et ses deux associés, les sociétés Penty et CI, de l'attribution du marché à cette dernière et que la seule participation conjointe à la société Koneva ne pouvait en aucun cas caractériser un intérêt quelconque au sens de l'article 432-12 du code pénal.

* * *

Le délit de prise illégale d'intérêt, prévu et réprimé par l'article 432-12 du code pénal, est 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.

Ainsi que le relève M. Seconds, "8. *Esprit de la loi*. - Dans son exposé des motifs à la séance du Corps législatif du 6 février 1810, le conseiller d'État BERLIER déclarait : « La position spéciale des fonctionnaires publics peut aussi, et doit même, en plusieurs circonstances, leur faire interdire ce qui serait licite à d'autres personnes. Ainsi un fonctionnaire devient coupable lorsqu'il prend directement ou indirectement intérêts dans les adjudications, entreprises ou régies, dont sa place lui donne l'administration ou la surveillance. Que deviendrait, en effet, cette surveillance quand elle se trouverait en point de contact avec l'intérêt personnel du surveillant, et comment parviendrait-on, sans blesser l'honneur et la morale, à concilier ce double rôle de l'homme public et de l'homme privé ? » (V. Jur. gén., Vo Forfaiture, p. 4, 2e col., in fine). Un siècle plus tard, le conseiller MERCIER soulignait que l'article 175 ne possédait pour raison d'être que celle de « soustraire les fonctionnaires à la dangereuse tentation de se servir de leur pouvoir pour la satisfaction de leur cupidité et de les mettre à l'abri des soupçons qui affaibliraient leur autorité morale » (Crim. 15 déc. 1905, DP 1907. 1. 195, rapport Mercier, spéc. p. 196). Deux siècles plus tard, l'article 432-12 du code pénal est animé du même esprit ainsi qu'en témoigne notamment l'opinion constante émise par la Chancellerie, en la personne du Garde des Sceaux, selon laquelle « l'interdiction faite à toute personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public de se placer dans une situation où leur intérêt particulier serait en contradiction avec l'intérêt général répond au double objectif d'éviter, d'une part, qu'elles ne tirent profit de leurs fonctions dans leur intérêt personnel et négligent ainsi l'intérêt public qu'elles doivent servir, d'autre part, qu'elles ne puissent seulement en être suspectées » (Rép. min. no 14249, JOAN Q 29 juin 1998, p. 3647 ; no 22431, JOAN Q 15 mars 1999, p. 1607 ; no 66515, JOAN Q 21 janv. 2002, p. 353 ; no 9988, JOAN Q 17 nov. 2003, p. 8845). Cette analyse a été faite sienne par la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique selon laquelle le délit de prise illégale d'intérêts vise « à réprimer ceux qui s'exposent au soupçon de partialité et qui se placent dans une situation où leur propre intérêt entre ou est susceptible d'être regardé comme entrant en conflit avec l'intérêt public dont ils ont la charge » (pour une nouvelle déontologie de la vie publique : Rapport de la Commission de réflexion sur la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, remis au président de la République le 26 janvier 2011, p. 31. - Adde : AMBROISE-CASTEROT, Droit pénal spécial et des affaires, 3e éd., 2012, éd. Gualino, p. 324). Le respect du principe de l'impartialité de la puissance publique commande donc seul la répression. La proposition consistant à préciser que l'intérêt en cause doit être « de nature à compromettre l'impartialité, l'indépendance ou l'objectivité » de l'agent (Rapport préc., p. 116. - Dans le même sens, Pour un renouveau démocratique : Rapport de la Commission de rénovation et de déontologie de la vie publique, remis au président de la République, 2012, p. 92) mérite la plus grande prudence alors même qu'elle a semblé à plusieurs reprises séduire la représentation nationale (Rapport sur la proposition de loi organique no 3838 ; Proposition de loi no 3866 relative à la transparence de la vie publique et à la prévention des conflits d'intérêts). En effet, sous couvert de préciser la portée de l'incrimination, pareille réécriture présente le risque de dénaturer le délit de prise illégale d'intérêts qui supposerait alors que soit démontrée l'existence d'un conflit d'intérêts potentiel. Que le législateur, ainsi qu'en témoignent les travaux préparatoires de la loi no 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, ait refusé d'y donner suite est donc un motif de satisfaction (Rapport AN, nos 1279 et 1280)."

(...)

9. Réprimer la partialité. - Si l'on se fie à l'intitulé de la section au sein de laquelle se situe l'incrimination, l'agent public (V. Fonctionnaire et agent public), convaincu de partialité, se rend coupable d'un manquement « au devoir de probité » et s'affranchit par là même, dans l'exercice qu'il fait de sa fonction, des normes qui en gouvernent l'usage licite. L'abus de fonction ainsi caractérisé se suffit à lui seul, et ce, en vertu d'une jurisprudence constante, pour consommer le délit de prise illégale d'intérêts (V. Crim. 11 janv. 1956, Bull. crim. no 39. - Crim. 2 nov. 1961, Bull. crim. no 438 ; RSC 1962. 327, obs. Huguenev. - Plus récemment, Crim. 21 juin 2000, no 99-86.871 , Bull. crim. no 239).

10. Astreintes à un désintéressement absolu afin de faire échec à toute suspicion de partialité (V. infra, nos 56 s.), les personnes dépositaires de l'autorité publique, chargées d'une mission

de service public ou investies d'un mandat électif public sont plus précisément tenues, si l'on s'autorise un emprunt au vocabulaire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, à un devoir d'impartialité objective, ce qui invite à considérer que la probité ne doit pas seulement être la probité, mais également en avoir l'apparence...

11. Au surplus, il convient d'observer que le délit de prise illégale d'intérêts s'inscrit parfaitement dans le cadre des engagements internationaux souscrits par l'État français, selon lesquels, « chaque État s'efforce, conformément aux principes fondamentaux de son droit interne, d'adopter, de maintenir et de renforcer les systèmes qui favorisent la transparence et préviennent les conflits d'intérêts » (Convention des Nations unies sur la corruption, art. 7-4). Gage de l'impartialité fonctionnelle de ceux auxquels est confiée la conduite des affaires publiques, les dispositions de l'article 432-12 du code pénal sont également révélatrices de la volonté du législateur de prévenir leur vénalité.

12. Prévenir la vénalité. - La vénalité, en effet, possède trop souvent pour passage obligé la partialité. L'incrimination préalable et autonome de la partialité autorise en conséquence à prêter au délit de prise illégale d'intérêts les caractères d'un délit-obstacle aux délits de corruption, qualification qui explique l'inconsistance apparente de son élément matériel, lot commun de cette catégorie d'infractions. L'échec de la prévention est donc susceptible de donner naissance à un concours réel d'infractions associant les délits de prise illégale d'intérêts et de corruption (V. Corruption et trafic d'influence), lequel obéira alors aux règles énoncées par les articles 132-2 et suivants du code pénal."

(...)

L'intérêt moral aussi bien que l'intérêt matériel doivent ainsi être totalement absents de l'exercice des fonctions de surveillance, d'administration, de liquidation ou de paiement. Du doute naît la suspicion. Cette dernière n'est point autorisée lorsque le premier n'est pas permis (Rappr. DOBKINE, La loi pénale, nouveau facteur de stress, la politique pénale comme antidote, D. 1999, no 28, Dernière actu., spéc., p. 2) et c'est une solution de sagesse - commandée par la prudence - de la part du législateur que de se satisfaire de l'existence d'un « intérêt quelconque ». La prise en considération d'intérêts de nature non seulement patrimoniale (V. infra, no 57) mais également extrapatrimoniale (V. infra, no 58) par la jurisprudence criminelle est en conséquence parfaitement justifiée sans qu'il soit nécessaire d'établir, toujours selon la jurisprudence criminelle, la contrariété d'intérêts" (V. infra, no 60)."

M. Segonds⁵ fait également l'analyse suivante : "Ainsi, le conflit d'intérêts, au sens du Droit pénal, ne se révèle pas seulement au travers d'une contradiction ou d'une contrariété d'intérêts, mais également au travers d'une (simple) rencontre d'intérêts. Le délit de prise illégale d'intérêts appartient en ce sens à la catégorie des infractions formelles puisqu'il n'exige point pour être consommé la survenance d'un résultat dommageable mais uniquement l'exercice concomitant de la qualité d'agent public surveillant et de la qualité d'agent public surveillé, révélateur par lui-même d'un « abus de fonction ». De la sorte, le conflit d'intérêts appréhendé par le Droit pénal s'entend autant d'un conflit d'intérêts réel que d'un conflit d'intérêts potentiel. En outre, des intérêts public et privé, le Droit pénal retient également une définition fort large puisque le premier s'entend, en jurisprudence, de l'intérêt général, tandis que le second s'entend de tout intérêt - solution admise à la fois par la chambre criminelle de la Cour de cassation et par le Conseil d'État- et ce, conformément à la lettre du texte d'incrimination qui fait référence à un intérêt quelconque. Ce faisant, il ne fait guère de doute que le conflit d'intérêts pris en considération par le Droit pénal doit également s'entendre d'un conflit d'intérêts apparent, de sorte que la suspicion de partialité que ferait naître l'agent public au détriment de la chose publique suffira à consommer le délit de prise illégale d'intérêts."

S'agissant de la nature de l'intérêt requis pour caractériser cette infraction, la jurisprudence de la chambre criminelle peut être résumée comme suit :

⁵ RSC 2013 - La loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique... ou la préservation des délits de prise illégale d'intérêts – Marc Segonds – 877

- L'intérêt peut être patrimonial, matériel ou moral :

La chambre criminelle juge que le délit de prise illégale d'intérêts est constitué par l'intérêt personnel patrimonial pris par une personne exerçant une fonction publique dans une affaire sur laquelle elle exerce l'une des formes de contrôle prévues par la loi.

Elle a admis que la constatation d'un seul intérêt moral peut suffire à caractériser l'infraction :

- ▶ s'agissant de la demande d'un président de CCI à une société candidate au renouvellement d'une convention de stationnement de créer une nouvelle société dont l'un des responsables serait son gendre et dont le capital serait détenu en partie par son oncle) et relève à ce titre l'existence de relations familiales (Crim.5 novembre 1998, Bull. n°289) ;
- ▶ s'agissant de la participation à un vote, par un conseiller général, relatif à l'attribution d'une subvention à une association au sein de laquelle intervenaient son fils et son épouse), amicales ou politiques (Crim. 19 mai 1999, B. n° 101) ;
- ▶ s'agissant du comportement d'un maire ayant favorisé un autre élu municipal en faisant effectuer des travaux de dragage dans un port hors tout marché public (Crim, 29 juin 2011, Bull. n°153).
- ▶ s'agissant du maire d'une commune avait présidé une délibération au cours de laquelle avait été voté l'acquisition de la maison d'une personne ayant permis à cette dernière de rembourser un prêt dont le maire était caution (Crim. 10 avril 2002, n° 01-84286) ;
- ▶ s'agissant d'une décision prise par un maire de céder un terrain à une entreprise dont le dirigeant entretenait un lien d'amitié avec lui (Crim. 5 avril 2018, n° 17-81912).

- L'intérêt ne doit pas nécessairement être en contradiction avec l'intérêt général et il n'est pas nécessaire que l'élu en ait retiré un quelconque profit :

Tel est le cas s'agissant d'un élu qui avait participé à une délibération concernant la cession d'une parcelle attenante à la sienne (Crim. 19 mars 2008, n° 07-84288) ou encore du fait, par des élus, d'attribuer de subventions à des associations qu'ils présidaient et qui, selon les demandeurs, se rattachaient à un service d'intérêt public dès lors qu'elle avait pour objet l'insertion des jeunes (Crim. 22 octobre 2008, n° 08-82068).

La chambre criminelle a cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait relaxé un prévenu du chef de prise illégale d'intérêt en exigeant, pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêt, l'existence d'un "intérêt suffisant" qui ne soit pas contraire à l'intérêt général (Crim., 9 novembre 2016, pourvoi n° 15-86.183).

Il importe peu que la convention par laquelle s'est traduite l'ingérence ait été exécutée : c'est la mise en place du lien matériel ou juridique vicié qui caractérise l'infraction et non son aboutissement (Crim. 21 février 2001, B. n° 46, n° 00-81167 s'agissant d'un prévenu, gérant de tutelle qui avait investi une partie de l'argent des majeurs dont il gérait le patrimoine, par l'intermédiaire de son frère, dans des contrats d'assurance et dans une société qui devait acquérir des immeubles destinés à la création d'une structure d'accueil pour les adultes handicapés).

- L'intérêt peut être direct ou indirect

Commet ainsi le délit de prise illégale d'intérêt, le président d'un conseil général qui, en sa qualité d'ordonnateur des dépenses du département, ordonnance les dépenses de communication de cette collectivité au profit d'une société ayant accordé un important soutien financier à deux autres sociétés dont l'intéressé est actionnaire et administrateur (Crim. 27 novembre 2002 ; Bull n° 213).

Il peut être relevé que nous avons rejeté le moyen critiquant l'arrêt d'une cour d'appel qui avait caractérisé l'existence d'un intérêt constitué

Concernant l'élément intentionnel, il peut être souligné que le délit de prise illégale d'intérêts se consomme par le seul abus de la fonction, **indépendamment de la recherche d'un gain ou d'un avantage personnel** (Crim. 15 décembre 1905 ; Crim, 2 novembre 1961, Bull. n°438 ; Crim. 14 juin 2000, Bull. n°221).

La Chambre criminelle n'exige aucun dol spécial et a toujours considéré que l'intention coupable est caractérisée par **le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'acte constituant l'élément matériel du délit** (Cass. crim 15 décembre 1905, B. n°554 ; Crim. 21 novembre 2001, B. n° 243 : s'agissant d'un membre d'un CA d'un port autonome qui avait sollicité de ce CA, au nom d'une société dont il était actionnaire et gérant de fait, la remise gracieuse de redevances impayées).

S'agissant des faits de complicité, l'article 121-7 du code pénal énonce qu'est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. En vertu de cet article, est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour le commettre.

La complicité peut être caractérisée par le fait de prodiguer des conseils à l'auteur principal des faits (Crim. 4 octobre 1994, pourvoi n° 94-83.492 ; 6 février 1992, pourvoi n° 91-81.831, Bull. crim. 1992 N° 60).

* * *

M. D... et la société CI invoquent l'inconventionnalité de l'article 432-12 au regard de l'article 7 de la CEDH. Selon les demandeurs, ces dispositions délit qui se caractérise uniquement par la qualité de son auteur et n'exige pas la démonstration d'un élément moral méconnaissent les exigences conventionnelles relatives à la légalité des délits et des peines.

L'article 7 de la Convention Européenne des droits de l'homme énonce :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

Le guide sur cet article, édité par la Cour européenne des droits de l'homme, fournit les explications suivantes concernant ce texte :

« 2. L'article 7 ne se borne pas à prohiber l'application rétroactive du droit pénal au désavantage de l'accusé : il consacre aussi, d'une manière plus générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et celui qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, notamment par analogie (*ibidem*, § 154 ; *Kokkinakis c. Grèce*, § 52).

(...)

7. La notion de « droit » (« law » dans la version anglaise) utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention, notion qui englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité (*Del Río Prada c. Espagne [GC]*, § 91 ; *S.W. c. Royaume-Uni*, § 35). Cela inclut bien évidemment la jurisprudence des tribunaux (*ibidem*, §§ 36 et 41-43), mais aussi des textes de rang infralégislatif ou réglementaires (un règlement pénitentiaire dans *Kafkaris c. Chypre [GC]*, §§ 145-146). La Cour doit avoir égard au droit interne « dans son ensemble » et à la manière dont il était appliqué à l'époque pertinente (*ibidem*, § 145 ; *Del Río Prada c. Espagne [GC]*, § 90).

8. En revanche, une pratique étatique contraire aux règles du droit écrit en vigueur et vidant de

sa substance la législation sur laquelle elle était censée se fonder ne saurait être qualifiée de « droit » au sens de l'article 7 (voir, par exemple, la pratique de la République démocratique allemande (RDA) relative à la surveillance de la frontière en violation flagrante de son propre ordre juridique et des droits fondamentaux dans *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], §§ 67-87) (...)

22. Le principe de la légalité des délits et des peines implique que les infractions et les peines qui les répriment doivent être clairement définies par la loi (voir les paragraphes 7-9 ci-dessus, concernant la notion de « droit » ou « loi »). La notion de « loi » au sens de l'article 7, comme celle qui figure dans d'autres articles de la Convention (par exemple, les articles 8 à 11) implique des conditions qualitatives, notamment celles d'accessibilité et de prévisibilité (*Cantoni c. France*, § 29 ; *Kafkaris c. Chypre* [GC], § 140 ; *Del Río Prada c. Espagne* [GC], § 91 ; *Perinçek c. Suisse* [GC], § 134). Ces conditions qualitatives doivent être remplies tant pour la définition d'une infraction (*Jorgic c. Allemagne*, §§ 103-114) que pour la peine que celle-ci implique ou sa portée (*Kafkaris c. Chypre* [GC], § 150 ; *Camilleri c. Malte*, §§ 39-45, concernant la prévisibilité de l'échelle de peine applicable, qui dépendait entièrement du choix de la juridiction de jugement compétente par le procureur et non des critères fixés par la loi). L'absence de « qualité de la loi » concernant la définition de l'infraction ou la peine applicable emporte violation de l'article 7 de la Convention (*Kafkaris c. Chypre* [GC], §§ 150 et 152).

(...)

29. Dans quelque système juridique que ce soit, aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, y compris une disposition de droit pénal, il existe inévitablement un élément d'interprétation judiciaire. La fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes (*Kafkaris c. Chypre* [GC], § 141). Il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal. L'article 7 de la Convention ne saurait être interprété comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (*S.W. c. Royaume-Uni*, § 36 ; *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* [GC], § 50 ; *Kononov c. Lettonie* [GC], § 185).

30. La prévisibilité de l'interprétation jurisprudentielle concerne aussi bien les éléments constitutifs de l'infraction (*Pessino c. France*, §§ 35-36 ; *Dragotoni et Militaru-Pidhorni c. Roumanie*, §§ 43-47 ; *Dallas c. Royaume-Uni*, §§ 72-77) que la peine applicable (*Alimuçaj c. Albanie*, §§ 154-162 ; *Del Río Prada c. Espagne* [GC], §§ 111-117). Lorsque la Cour conclut à l'absence de prévisibilité d'une condamnation/infraction, elle est dispensée d'examiner si la sanction appliquée était en elle-même prévue par la loi au sens de l'article 7 (*Plechkov c. Roumanie*, § 75). L'interprétation des questions strictement procédurales n'a aucune incidence sur la prévisibilité de l'infraction et ne soulève, dès lors, aucune question sous l'angle de l'article 7 (*Khodorkovskiy et Lebedev c. Russie*, §§ 788-790, concernant un prétendu empêchement procédural pesant sur l'accusation).”

Notre chambre a déjà rejeté des moyens faisant état de l'inconventionnalité de l'article 432-12 du code pénal au regard de l'article 7 de la CEDH (Crim., 17 mai 2006, pourvoi n° 05-87.314 ; Crim., 30 juin 2004, pourvoi n° 03-81.061 en relevant que les termes de cet article ne sont pas contraires au principe de légalité des délits et des peines.

Il appartiendra à la chambre criminelle de se prononcer sur l'ensemble de ces griefs.

5 - Sur la motivation des peines

Seuls M. D... et la société CI soulèvent la question de la motivation des peines dans leur 5^{ème} moyen.

Pour condamner M. D... à six mois d'emprisonnement avec sursis et 7 000 000 francs CFP d'amende, et la société Calédonienne d'Ingénierie à 20 000 000 francs CFP d'amende, l'arrêt énonce :

“ Attendu que M. D..., homme d'affaires détenant des participations dans de nombreuses sociétés (D 478 à D 560) et dont les revenus étaient de plus de 18.000,000 FCFP en 2009, sera condamné à une peine de six mois d'emprisonnement avec sursis et à une amende de 7,000.000 FCFP ;

Attendu que la société Calédonienne d'ingénierie, société florissante à l'époque des faits, à laquelle le marché a rapporté des commissions d'un montant supérieur à 1 20,000.000 FCFP (article 2.3 de l'offre de mission pour l'arrangement de l'opération de financement en défiscalisation du projet d'évolution des services et ou réseau mobile), sera condamnée à une amende de 20.000,000 FCFP ;”

Par plusieurs arrêts du 1^{er} février 2017 (n° 15-85.199 et 15-84-511), la chambre criminelle a posé comme principe qu'il résulte des articles 132-1 du code pénal et 485 du code de procédure pénale 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.

L'un de ces arrêts concerne la peine d'amende correctionnelle pour le prononcé de laquelle notre chambre impose au juge de 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 (Crim. 1^{er} février 2017, n° 15-83.984)

Cette solution a été rappelée à plusieurs reprises depuis (Crim. 15 mars 2017, n° 16-83.838 ; 28 juin 2017, n° 16-83.921 ; 18 juillet 2017, n° 16-86.866 ; 24 octobre 2017, n° 16-87.645, 16-85.506 et 16-87.714).

La même exigence a été formulée s'agissant du prononcé d'une amende contre une personne morale (Crim. 9 janvier 2018, n° 17-80200 ; Crim. 17 janvier 2018, n° 17-81298).

Toutefois, en matière d'amende, certaines nuances méritent d'être soulignées. C'est ainsi que la chambre criminelle a jugé qu'il appartient au prévenu qui fait valoir devant la cour d'appel le caractère disproportionné, eu égard à la faiblesse de ses revenus, de l'amende prononcée par les premiers juges et d'apporter à la juridiction les éléments de nature à justifier, non seulement du montant de ses ressources, mais également de celui de ses charges (Crim. 22 mars 2017, n° 16-80.050).

Concernant la motivation d'une peine d'emprisonnement avec sursis, la chambre criminelle a jugé, s'agissant d'une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve, que le juge est tenu de s'expliquer sur la personnalité du prévenu, ainsi que sur sa situation personnelle (Crim., 28 juin 2017, pourvoi n° 16-87.469 et 16-85.788 ; 22 novembre 2017, n° 16-83.549).

S'agissant de la peine d'emprisonnement avec sursis simple, elle est soumise à la même exigence de motivation (Crim. 15 novembre 2017, n° 17-80.014 ; 28 novembre 2017, n° 16-87.026).

Il appartiendra à la chambre criminelle d'apprécier si la motivation critiquée est conforme à sa nouvelle jurisprudence.

6 - Sur l'action civile

Plusieurs moyens ont été présentés sur ce point.

6 - 1 - Sur la faute détachable

Dans son 5^{ème} moyen de cassation, M. Z...reproche à l'arrêt d'avoir jugé que la faute retenue à son encontre était détachable des fonctions en se référant simplement à la nature de l'infraction dont elle a déclaré le prévenu coupable, alors que tout dépend des circonstances de fait propres

à chaque espèce.

Pour dire la faute commise par M. Z... détachable de ses fonctions, l'arrêt énonce : *“Attendu 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...;”*

En vertu de la loi des 16 et 24 août 1790, l'agent d'un service public n'est personnellement responsable des conséquences dommageables de l'acte délictueux qu'il a commis que si celui-ci présente le caractère d'une faute détachable de la fonction.

Si une faute pénale n'est pas nécessairement une faute personnelle (Tribunal des conflits, 14 janvier 1935, Thépez, requête numéro 00820, rec.p.1224), elle doit, “eu égard à sa gravité et aux objectifs purement personnels poursuivis par son auteur,” être regardée comme une faute personnelle détachable du service.

Ainsi que le relève Mme Hélène Pauliat⁶, commentant l'arrêt du tribunal des conflits du 19 mai 2014 (n° 3939, Berthet c/Filippi qui admet la concurrence des deux ordres de juridiction pour statuer sur la responsabilité civile découlant d'une faute personnelle détachable du service mais non dépourvue de tout lien avec celui-ci :

“ La présentation des fautes personnelles n'est pas toujours simple. Si l'on se fonde sur la catégorie proposée par le professeur Chapus (Droit administratif général, Tome 1, 15e ed., 2001, n° 1525 et s., p. 1387 et s.), et largement reprise, il existerait trois catégories de fautes personnelles :

– la faute purement personnelle, celle qui est commise en dehors des heures de service, du lieu du service, sans aucun moyen fourni par le service ; celle-ci est commise par un agent de l'Administration, mais ce ne sont ni la mission ni les fonctions qu'il exerce qui lui ont donné la possibilité ou les moyens de commettre l'acte. Cette faute ne peut alors engager que la responsabilité personnelle de son auteur, à l'exclusion de celle de l'Administration ;

– la faute commise dans le service ou à l'occasion du service, mais d'une particulière gravité ou révélant une intention de nuire ; elle est alors considérée comme personnelle, mais permet de déclencher le cumul de responsabilités et donc d'engager la responsabilité de l'Administration, celle-ci pouvant se retourner contre son agent, puisqu'elle n'a commis aucune faute ; elle pourra donc, en théorie, lui demander de contribuer pour la totalité à la réparation du dommage ;

– la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service est commise en dehors du lieu du service et des heures du service, mais le service procure à l'agent les moyens de commettre le fait dommageable ; l'Administration peut alors voir sa responsabilité engagée, alors, là encore, qu'elle n'a commis aucune faute, seul le lien permettant la réparation sur un patrimoine public. Cette typologie présente le mérite d'une certaine clarté, mais n'est plus totalement logique. En réalité, selon l'évolution de la jurisprudence, la notion de faute personnelle n'obéit pas toujours aux mêmes finalités : la faute totalement ou purement personnelle reste de la seule responsabilité de son auteur, agent public ou non, devant le juge judiciaire. Mais la faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service, elle, peut toujours relever du juge administratif et du juge judiciaire. La catégorie intermédiaire, qui justifie l'intérêt, est celle de la faute personnelle détachable ou non du service. Si elle ne se détache pas du service, elle constitue alors une faute de service et engage la responsabilité de la seule Administration. Mais si la faute se détache du service, elle peut relever du juge judiciaire, mais elle est éventuellement non dépourvue de tout lien avec le service et permet alors d'engager la responsabilité de l'Administration... La qualification est importante en matière de combinaison avec la protection fonctionnelle ; selon le Conseil d'État, « lorsqu'un agent public, quel que soit le mode d'accès à ses fonctions, y compris le président élu d'un établissement public local, est mis en cause par un tiers à raison de ses fonctions, il incombe à la collectivité publique dont il dépend de le couvrir des condamnations

⁶Faute personnelle et cumul de responsabilités : une double annulation inédite du Tribunal des conflits -
Commentaire par Hélène Pauliat

civiles prononcées contre lui, dans la mesure où une faute personnelle détachable du service ne lui est pas imputable, et de lui accorder sa protection dans le cas où il fait l'objet de poursuites pénales, sauf s'il a commis une faute personnelle » (CE, 5 avr. 2013, n° 349115 : JurisData n° 2013-006193). La détachabilité de la faute personnelle par rapport au service semble ici remettre en cause la couverture des condamnations civiles, et la faute personnelle fait obstacle à la protection de l'Administration ; peut-être le juge devrait-il être amené à préciser ce considérant de principe...»

Dans une décision du 19 mai 2014 (n° 3939 Berthet c/ Filippi) le Tribunal des Conflits considère que la victime d'une faute personnelle non dépourvue de tout lien avec le service peut poursuivre concurremment l'agent responsable devant le juge judiciaire et l'Administration devant le juge administratif, à charge pour les deux ordres de juridiction de veiller à ce que le montant total des indemnités accordées ne dépasse pas celui du préjudice.

M. Desportes, commissaire du Gouvernement dans cette affaire, a pris des conclusions synthétisant la jurisprudence des deux ordres de juridiction :

«Il résulte (...) des jurisprudences convergentes de votre Tribunal, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation que, dans le cas où, comme en l'espèce, la faute a été commise par l'agent public à l'occasion de ses fonctions, il convient, pour déterminer si elle est de service ou personnelle, de considérer sa gravité et les mobiles ayant animé son auteur, les deux critères se combinant. Selon cette jurisprudence convergente, une faute inexcusable ou d'une particulière gravité commise pour la satisfaction d'un intérêt personnel est sans nul doute une faute personnelle. Certes, (...) la circonstance qu'une faute soit constitutive d'une infraction pénale ne lui confère pas nécessairement un caractère de gravité tel qu'elle doive être qualifiée de personnelle. La dissociation entre répression pénale et faute personnelle est acquise depuis votre arrêt Thépez de 1935 et a connu depuis lors de nombreuses illustrations, non seulement dans des cas où l'infraction commise était non intentionnelle (v. not. T.C. 27 mai 1980, Bekkat, n 2163, Rec.) mais également dans quelques cas où elle était intentionnelle.

Il va de soi cependant qu'en pratique, lorsqu'un délit suppose, comme en l'espèce, une intention de nuire ou la volonté de porter atteinte à un intérêt protégé - autrement dit un « dol spécial » - la qualification de faute personnelle s'impose de prime abord. Il est en effet difficile de considérer qu'un délit de cette sorte puisse être considéré comme une défaillance inhérente au fonctionnement du service. Pour ne citer que quelques exemples, ont été analysés comme des fautes personnelles des faits qui avaient été qualifiés par le juge pénal de violences (TC 14 janv. 1980, Mme Techer, 2154, Rec. - TC 21 déc. 1987, Kessler, no 2509, Rec. - Crim. 10 févr. 2009, B. no 34 - Crim. 14 juin 2005, B. no 178 - Crim. 16 nov. 2004, B. no 289 - Crim. 24 janv. 2012, no 10-88.138), atteinte à la vie privée (Crim. 30 sept. 2008, B. no 197, aff. dite des écoutes de l'Elysée), faux et complicité d'escroquerie (Crim. 28 mai 2008, no 06-80.203, faits commis par un agent municipal), détournement de fonds publics (Crim. 4 juin 2009, no 08-86-116, faits commis par un maire), favoritisme (Crim. 7 nov. 2012, B. no 243, ibid) ou encore de harcèlement moral (Crim. 28 janv. 2014, no 12-81.328).

La qualification de faute personnelle n'est écartée que dans des cas bien circonscrits.

Elle l'est tout d'abord lorsque le délit, quoique qu'intentionnel, est d'une gravité relative, qu'il a été commis sans animosité personnelle et qu'il apparaît indissociable des actes de la fonction. Ainsi sont regardés comme constitutifs d'une faute de service certaines violences légères ou abus d'autorité pénalement sanctionnés (TC 13 déc. 2004, Ht Csaire Polynésie française, no 3428 - TC, 2 déc. 1991, Mme Paolucci, no 2682, Rec.) de même que, plus fréquemment, des propos diffamatoires tenus par des agents publics lors d'interventions imposées par leurs fonctions ou en relation étroite avec celles-ci (TC, 15 nov. 2004, Préfet des Hauts-de-Seine, no 3426 - TC, 17 nov. 2003, Préfet de la Gironde, no 3384 - TC 12 févr. 2001, Préfet de Corse, no 03232 - TC 21 juin 1993, Préfet des Alpes Maritimes, Rec.). Lorsque l'infraction comportant un dol spécial présente un plus haut degré de gravité, la qualification de faute personnelle semble ne pouvoir être écartée que si l'agent a agi dans le cadre du service, sur instructions de ses supérieurs, dont il a été en quelque sorte l'instrument, et à condition qu'il n'ait pas poursuivi un intérêt personnel (TC 19 oct. 1998, préfet du Tarn, no 3131, Rec. - Crim. 13 oct. 2004, B. no 243, aff. des paillotes incendiées sur ordre préfectoral). En définitive, les solutions retenues lorsque l'agent a commis

une infraction intentionnelle ne sont que la mise en oeuvre des critères généraux, déjà évoqués, dégagés par la jurisprudence”.

Notre chambre a jugé que *“Sans préjudice de la possibilité d'engager, devant la juridiction administrative, la responsabilité de l'Etat, des collectivités territoriales ou de leurs établissements publics en raison des fautes commises par leurs agents et non dépourvues de tout lien avec le service, les juridictions de l'ordre judiciaire, spécialement la juridiction répressive statuant sur les intérêts civils, sont compétentes pour connaître de la responsabilité personnelle de ces agents lorsque la faute qui leur est reprochée constitue un manquement volontaire et inexcusable à des obligations d'ordre professionnel et déontologique”* (Crim., 29 novembre 2016, pourvoi n° 15-80.229, Bull. crim. 2016, n° 318) et que *“Commet une faute personnelle détachable du service dont les conséquences civiles ressortissent à la compétence des tribunaux répressifs le prévenu qui, n'ayant reçu d'ordre de quiconque, accomplit ou donne l'ordre d'accomplir, de sa seule initiative, des faits délictueux.”* (Crim., 13 octobre 2004, pourvoi n° 03-81.763, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945, 00-86.726, 00-86.727, Bull. crim. 2004, n° 243) ou encore le prévenu qui aura recherché un intérêt personnel, notamment pécuniaire, ou encore qui aura commis des manquements volontaires et inexcusables à des obligations d'ordre professionnel et déontologiques (Crim., 16 Novembre 2004, n° 03-87.114 ; 15 mars 2011, n° 09-88.627 ; 4 sept. 2012, n° 11-84.794 ; Crim., 28 janvier 2014, n° 12-81.328).

La chambre criminelle a déjà eu l'occasion de juger que des faits d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité dans les marchés publics constituent une faute détachable des fonctions (Crim., 7 novembre 2012, pourvoi n° 11-82.961, Bull. crim. 2012, n° 243), l'appréciation d'une telle faute relevant du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond (Crim., 8 septembre 2004, pourvoi n° 03-87.428).

6 - 2 - Sur l'évaluation du préjudice

M. D... et la société CI, dans leur 6^{ème} moyen de cassation, reprochent une contradiction de motifs à la cour d'appel qui a relevé que le choix de l'offre de la société CI était le plus cohérent d'un point de vue financier avant de retenir que la société générale avait subi une perte de chance d'obtenir le marché.

Cette critique est reprise par M. X... dans son second moyen pris en sa seconde branche et par M. Z... dans son 6^{ème} moyen.

M. X..., dans son second moyen, pris en sa première branche, critique l'arrêt en ce qu'il l'a condamné, in solidum avec les autres prévenus à indemniser la Société Générale, alors qu'il ne peut être établi aucun lien de causalité directe entre le délit de prise illégale d'intérêt reproché à un expert qui a analysé les offres des candidats dans l'attribution du marché et le prétendu dommage subi par un candidat malheureux dont l'offre n'était pas la mieux-disante.

Pour sa part, l'OPT, dans son 1^{er} moyen de cassation, reproche à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de réparation du préjudice économique en estimant que la partie civile n'avait pas établi son préjudice sans se prononcer sur la valeur du rapport produit par la partie civile (1^{ère} branche), en considérant que le préjudice n'était pas établi aux motifs que l'expertise établie par M. N..., dont la partialité n'avait pas été mise en cause, considérait que les deux offres aboutissaient à un apport pour l'OPT, supérieur dans l'offre de la société CI alors qu'il résulte des motifs de l'arrêt qu'il existait un doute sur l'impartialité de M. N... (2^{ème} branche), en refusant d'ordonner le remboursement des frais d'intervention des différents cabinets, dont les frais de MM. X... et N... alors qu'elle a jugé que le premier était coupable de prise illégale d'intérêt (3^{ème} branche), et alors que les frais occasionnés par l'intervention des experts désignés par M. Z..., déclaré coupable de prise illégale d'intérêt, sont effectivement en lien avec ce délit (4^{ème} branche).

Pour prononcer sur les demandes de l'OPT, l'arrêt relève, après avoir déclaré la constitution de partie civile de celui-ci recevable :

- que les honoraires de l'avocat de M. Z... dans le cadre de la présente procédure pris en charge au titre de la protection fonctionnelle due par l'OPT à son dirigeant ne constituent pas un préjudice direct occasionné par l'infraction ;
- que les frais engagés pour lancer l'appel d'offres puis désigner l'attributaire sont sans lien avec les délits de prise illégale d'intérêts reprochés à M. Z... ou à M. X..., dans la mesure où ces frais devaient être exposés, quelle que fût l'identité des décideurs et des experts, pour réaliser l'opération de défiscalisation ;
- que le second collège d'experts, dont l'impartialité n'a pas été mise en cause, a chiffré l'apport net pour l'OPT en valeur absolue à 1.342.672.500 FCFP en ce qui concerne l'offre de la Société générale et à 1.368.960.000 FCFP ou 1.345.920,000 FCFP en ce qui concerne l'offre concurrente ; que le montant que la société Calédonienne d'ingénierie s'était engagée à rétrocéder à l'OPT était ainsi supérieur au montant que devait rétrocéder la Société générale ; qu'il n'est pas démontré que la désignation de la Société générale en qualité d'arrangeur aurait été économiquement plus avantageuse pour l'OPT et qu'aucun préjudice financier n'est caractérisé ;
- que le préjudice d'image de l'OPT auprès de ses usagers et des pouvoirs publics a été altérée par la gestion erratique de l'appel d'offres et doit être évaluée à 10 000 000 FCFP ;
- que la constitution de partie civile de la Société Générale est recevable dès lors que les faits délictueux précédemment sanctionnés sont susceptibles d'être en lien avec l'échec de son offre ;
- que les services de la Société générale ne remettent pas en cause les évaluations données par le collège d'experts présidé par M.N... et que le dossier ne révèle pas que son offre était la mieux-disante ;
- que le choix de l'offre de la société Calédonienne d'ingénierie était le plus cohérent d'un point de vue financier ;
- que dans ces conditions, la perte de chance d'obtenir le marché entraînée par le délit de prise illégale d'intérêts est extrêmement réduite et n'excède pas 10 % ;
- que le préjudice de la Société générale correspond à la marge brute qu'auraient dégagée les commissions versées par l'investisseur et que la perte de chance sera estimée à 2.600.000 FCFP.

S'agissant de l'évaluation du préjudice de la partie civile, il peut être rappelé que les juges du fond ont un pouvoir souverain d'appréciation pour déterminer le montant de la réparation due à la partie civile (Crim. 28 juin 1966, B. n° 177). Ils doivent statuer dans la limite des conclusions dont ils sont saisis (Crim; 30 septembre 2003, B. n° 173).

Il leur appartient de s'expliquer sur le montant des dommages-intérêts alloués au regard du montant du préjudice retenu (Crim. 16 décembre 2015, n° 13-84592) ou encore sur la nature des préjudices réparés (Crim. 14 décembre 2004, n° 04-80.408) ou sur les motifs de la limitation de la réparation (Crim. 22 avril 2000, n° 99-85.192).

Il appartiendra à notre chambre de se prononcer sur la motivation de la cour d'appel concernant les intérêts civils.

NOMBRE DE PROJET(S) PRÉPARÉ(S) ET ORIENTATION PROPOSÉE (FR OU FO)

Un projet, à examiner en formation restreinte.