



HAL
open science

Un an de droit pénal de la commande publique

Florian Linditch

► **To cite this version:**

Florian Linditch. Un an de droit pénal de la commande publique. Contrats et marchés publics , 2018.
hal-02121806

HAL Id: hal-02121806

<https://amu.hal.science/hal-02121806>

Submitted on 6 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Un an de droit pénal de la commande publique

Florian LINDITCH,
Professeur Aix-Marseille Université, Avocat au barreau de Marseille

Toujours la même difficulté : de manière inexplicable Légifrance ne rassemble pas les décisions des juges du fond en matière pénale. Il faut espérer que les magistrats de la Haute juridiction qui nous font régulièrement l'honneur de nous lire interviendront bientôt pour mettre fin à cette situation. Ce n'est donc que par référence, lorsque la cour de cassation est saisie, qu'il est possible d'évaluer la politique répressive en matière de commande publique. Même si la démarche ne va pas sans frustrations, la moisson d'informations pour la période écoulée (octobre 2017-août 2018) est toujours aussi éclairante sur la manière d'aborder la commande publique, matière normalement réservée aux seules juridictions administratives.

Dans un arrêt haut en couleurs de 80 pages, la cour de cassation a eu à traiter des multiples infractions commises par le maire, le directeur général des services et le directeur de cabinet de Saint-Cyprien, en matière d'achat... d'œuvres d'art (*Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018*). Rien n'interdit évidemment de transposer les enseignements qui peuvent en être tirés dans les autres domaines de l'achat public.

Pour le reste, les grandes rubriques : délit d'octroi d'avantage injustifié, prise illégale d'intérêt s'illustrent à nouveau, même si de nouveaux délits, tel l'obstacle à la manifestation de la vérité, pollution apparaissent (I). Quant aux poursuites et aux sanctions, on trouvera la confirmation d'une grande exigence d'intégrité de la part du juge répressif dans le domaine de la commande publique (II).

I – Principales infractions constatées durant la période octobre 2017-août 2018

On retrouvera ici, le délit d'octroi d'avantage injustifié (A), bien entendu, mais également la prise illégale d'intérêt, la corruption, l'abus de biens sociaux ou le détournement de biens publics (B).

A – Délit d'octroi d'avantage injustifié

Caractère intentionnel - Formation de l'intéressé

Cass. crim. 6 décembre 2017, n° 16-85.947

Il pourrait être tentant pour les universitaires spécialisés dans le droit de la commande publique de mettre leurs connaissances au service de leur université, mais dans le registre plus pratique de la passation des contrats de cette dernière. S'ils le font, ils devront redoubler de vigilance, car leur expertise sera retenue comme charge accablante en cas de délit d'octroi d'avantage injustifié. La Cour de cassation relève en effet « qu'au temps des faits, M. X... était un président d'université expérimenté, puisqu'il exerçait cette mission de service public depuis plusieurs années, dans la continuité d'une carrière déjà longue de professeur agrégé des

facultés de droit ; que l'Université Paris VIII disposait alors d'un service interne spécialement dédié aux marchés publics et que son président pouvait, entant que de besoin, solliciter en outre les avis et compétences d'un agent comptable et de services comptables eux-mêmes expérimentés; que, dans ces conditions, M. X... ne saurait sérieusement prétendre qu'il a pu de bonne foi méconnaître entièrement, ainsi qu'il l'a pourtant fait, les exigences de publicité et de transparence que lui imposait le code des marchés publics ; que les modalités informelles et confuses de la négociation, de la passation et de la formalisation des contrats litigieux, ainsi que le fractionnement artificiel dont ils sont le résultat démontrent au contraire qu'il a eu nécessairement conscience de l'existence de ces règles ».

On relèvera avec satisfaction que la seule qualité de professeur de droit, même sans spécialisation dans le droit de la commande publique, suffit au juge pénal pour établir l'élément intentionnel. Mais à condition toutefois d'avoir ait été exercée pendant une durée suffisamment « longue », traduisant comme telle le caractère « expérimenté » de l'intéressé.

B – Autres délits susceptibles de trouver application dans la commande publique

Fréquemment constatés dans lu droit pénal de la commande publique, la prise illégale d'intérêt (1), la corruption (2), l'abus de biens sociaux (3) et le détournement de biens publics (4) n'ont pas manqués d'être sanctionnés durant la période observée.

1) Prise illégale d'intérêt

L'existence d'un intérêt public ne fait pas disparaître l'intérêt personnel

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

A propos d'un voyage financé par la commune et destiné à récupérer une œuvre d'art destinée à la commune et un bijou devant revenir à l'épouse du maire, la Cour relève que « que le fait que ce voyage ait eu une double finalité, public et privé, n'est pas une cause d'exonération de la responsabilité pénale de Jacques Bouille dans le délit de prise illégale d'intérêts ainsi commis ; que Mme Bouille a reconnu qu'elle savait que les frais du voyage à Cannes était pris en charge par la mairie ; que l'infraction de recel de prise illégale d'intérêts commis par son mari est donc constituée en tous ses éléments »

A propos de la prise illégale (*C. pén. 432-12*), la Cour rappelle en effet « que le texte évoque la notion d'intérêt personnel et non pas d'intérêt en contradiction avec l'intérêt de la collectivité ».

Pas de nécessité de préjudice, ni d'intérêt frauduleux, ni de dissimulation

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La Cour de cassation définit toujours aussi largement l'élément matériel du délit de prise illégale d'intérêt, celui-ci est « indépendant de tout préjudice ; que l'inutilité du bénéfice fait de ce délit une infraction formelle ; que, par ailleurs le caractère frauduleux n'est pas un

élément constitutif de l'infraction et que ce délit sera réalisé même s'il est le commis au vu et au su de tous sans dissimulation ».

Quant à l'élément moral, « l'intention coupable est caractérisée par le seul fait que l'auteur a accompli sciemment l'élément matériel du délit reproché »

Tel est le cas de la nomination d'un directeur de cabinet rémunéré par l'office du tourisme de la ville « en agissant ainsi, parce qu'il était, certes dans une situation extrêmement complexe sur le plan politique et administratif, avec un directeur de cabinet titulaire ne bénéficiant plus de sa confiance et qui était impliqué dans l'enquête judiciaire en cours, M. Pierre Fonvieille a abusé de sa fonction dans son intérêt en s'assurant la présence d'un directeur de cabinet qui était, par ailleurs, salarié d'un établissement public industriel et commercial, l'office du tourisme dont il avait, en tant que président, la charge d'assurer la gestion, l'administration et la défense des intérêts ». La décision précise bien « qu'il est certain que M. Pierre Fontvieille n'a pas retiré d'avantages patrimoniaux de cette action, mais le délit de prise illégale d'intérêts se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de tout esprit de lucre ».

Formule intéressante à retenir : « le délit de prise illégale d'intérêts se consomme par le seul abus de la fonction indépendamment de tout esprit de lucre ».

L'amitié, élément suffisant pour caractériser la prise illégale d'intérêts

Cass. crim., 5 avril 2018, n° 17-81.912

Selon l'article 432-12 du Code pénal dispose que : « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 euros, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction ».

Statuant sur une cession de terrain ne soulevant par ailleurs aucune difficulté juridique, la Cour de cassation décide que l'« intérêt quelconque » pourrait résulter de la seule amitié. Certes ce sentiment, de même que d'autres (notamment les liens familiaux, v. *Cass. crim.*, 2 février 2000, n° 99-82.592 ; *Cass. crim.*, 9 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 81.) a déjà été retenu comme notion accessoire afin de conforter l'existence d'un intérêt patrimonial, mais ce qui frappe dans la décision commentée est qu'il paraît désormais suffire à constituer le lien réprimé par le code pénal. Selon la cour de cassation en effet : « pour infirmer le jugement et déclarer Mme M coupable de prise illégale d'intérêt, l'arrêt énonce notamment qu'elle a participé, outre aux étapes préalables désignant la société T comme cessionnaire du terrain, aux délibérations du Conseil municipal engageant la commune à garantir l'emprunt contracté auprès du Crédit Foncier par cette société et supprimant la condition résolutoire du contrat de cession qui obligeait celle-ci à consigner une somme destinée à assurer l'achèvement des

travaux de démolition et de construction; qu les juges ajoutent qu'il se déduit des circonstances de l'espèce qu'elle a pris dans cette opération, dont elle assurait l'administration, un intérêt en cédant, consciente de la relation qu'elle avait avec lui, le terrain communal à la société de M. D qui était pour elle un ami de longue date après avoir été, pendant plusieurs années, un partenaire de golf ».

2) Corruption

Corruption active par obligation de racheter des œuvres d'art acquises par la commune

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La corruption peut ne pas passer par la remise directe d'une somme d'argent, mais par le fait de financer des achats en lieux et place de la ville. La cour de cassation relève en effet que le prévenu « chef d'entreprise, est lui aussi ce que Jacques Bouille a qualifié d'acquéreur-prêteur ;qu'après avoir expliqué qu'il avait voulu faire un placement en achetant un tableau et nié farouchement les faits, M. Pierre Ferrer a reconnu à l'audience de la cour qu'il avait été contraint d'accepter les conditions faites par le maire ».

Peine de prison

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La cour de cassation rappelle que selon « l'article 132-19 du code pénal, la gravité des infractions qui portent atteinte à l'honneur du système politique et la personnalité du prévenu imposent le prononcé d'une peine d'emprisonnement dont une partie sera assortie de sursis, toute autre sanction étant manifestement inadéquate pour faire prendre conscience au prévenu de l'importance de cette affaire ».

Un des complices « sera condamné à quatre ans d'emprisonnement dont trente mois avec sursis ». De plus, « l'appât du gain ayant été le moteur des faits reprochés au prévenu, celui-ci sera aussi condamné à une peine d'amende de 50 000 euros ».

3) Abus de biens sociaux par obligation de racheter des œuvres d'art acquises par la commune

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Pour avoir acheté en lieux et place de la commune un tableau (de Guillaumin) et l'avoir laissé à la disposition du maire, le dirigeant d'une entreprise « a (également) été poursuivi du chef de corruption active et recel d'abus de biens sociaux commis en état de récidive légale ».

4) Détournement de biens publics

Détournement de biens par une personne dépositaire de l'autorité publique

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La complicité de détournement de biens publics (C. pén., art. 432-15) est établie dans les circonstances suivantes : « il est reproché à M. R. B. d'avoir aidé J. B. à commettre les détournements des oeuvres d'art achetées pour le compte de la mairie et détenues à son domicile ou dans son bureau ».

L'infraction peut à l'occasion être érigée en système.

Tout d'abord, elle peut conduire à solliciter de nombreuses personnes. En l'espèce, le prévenu « recourait au service de plusieurs personnes pour rapatrier à Saint-Cyprien les oeuvres d'art qu'il avait achetées par enchères téléphoniques ; qu'il demandait aux personnes qu'il mandatait ainsi de lui ramener les oeuvres en main propre, soit à son bureau à la mairie, mais le plus souvent à son domicile personnel ; que c'est ainsi que de nombreuses oeuvres ont été entreposées au domicile personnel du maire, ce qui constitue le délit de détournement de biens par une personne dépositaire de l'autorité publique aux termes de l'article 432-15 du code pénal ».

Ensuite, elle peut entraîner des charges accessoires pour les finances publiques. Ainsi le prévenu « a reconnu avoir réalisé entre 2002 et 2007 au moins une trentaine de voyages en France mais aussi à l'étranger, Allemagne et Grande-Bretagne ; qu'il voyageait seul la plupart du temps mais a aussi voyagé avec J. B. e environ une dizaine de fois, ou avec M. Jacques Seilles, vaguemestre de la mairie, au moins une fois sur Cannes ; que M. .B. a expliqué qu'avec des ordres de mission, signés à 90 % par J. B., tous les frais de transport lui étaient soit avancés soit remboursés par les services de la mairie ou par ceux de l'office du tourisme ».

Complicité de détournement de biens

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La complicité de détournement de biens par une personne dépositaire de l'autorité publique du directeur général des services d'une commune a été constituée dans les circonstances suivantes : « à la demande de J. B. a aussi accepté de conserver dans son bureau plusieurs dizaines de livres d'art ; qu'après l'interpellation du maire, il fera transporter ces livres à la médiathèque où ils seront découverts ; qu'eu égard à la nature de ses relations avec J. B. , M. B. ne pouvait que savoir que des netsukes se trouvaient dans une vitrine dans le

bureau de celui-ci, ainsi que des tableaux ; que, par sa formation et son parcours professionnel, M. R. B. savait que les oeuvres qu'il ramenait auraient dû être remises au responsable des musées de la commune et certainement pas à J. B., et encore moins à son domicile personnel.

Il en résulte que « par cette aide et assistance, M. R. B. a commis le délit de complicité de détournement de biens ».

C – Autres infractions relevées dans le cadre de la commande publique

Bien que non liées intrinsèquement à l'acte d'achat ou de concession, plusieurs infractions peuvent encore être relevées dans le cadre de la commande publique. Moins connues des praticiens, elles méritent d'être mieux prévenues.

1) Modification de l'état des lieux d'un crime ou d'un délit pour faire obstacle à la manifestation de la vérité

Quand le simple emballage des œuvres d'art achetées par la commune et/ou leur transport constitue un délit

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Le simple emballage des œuvres d'art détournées, en vue de les rendre à la commune, peut exposer à une infraction. Tel est le cas lorsque des investigations de police judiciaire prochainement diligentées vont conduire à découvrir les objets au domicile du maire : le simple fait de les remballer pour les rapporter à la mairie constitue une infraction de dissimulation du délit (détournement de biens publics, prise illégale d'intérêt).

Au cas présent « Mme B. ayant connaissance de l'infraction originaire, c'est à dire l'abus par son mari des moyens financiers de la commune à des fins personnelles, qu'enfin il est reproché à Mme B. d'avoir modifié l'état des lieux d'un crime ou d'un délit pour faire obstacle à la manifestation de la vérité, en soustrayant des objets de nature à faciliter la découverte du délit, la recherche des preuves ou la condamnation du coupable, différentes oeuvres d'art, tableaux, tapis, netsukes et autres qui se trouvaient à son domicile et qui provenaient du délit de détournement de biens publics et de corruption passive commis par son mari ». La prévenue, en effet, « a admis que sachant que l'interpellation de son mari était imminente, lorsque celui-ci lui avait expliqué que des oeuvres d'art appartenant à la mairie se trouvaient à leurs domicile, elle l'avait aidé à les emballer ». Il en va de même pour l'adjoint au maire, « qui a participé à plusieurs reprises et ce depuis plusieurs années, au rapatriement de tapis et oeuvres d'art, du domicile Bouille, dans les différents locaux de la mairie, et plus particulièrement au cours des trois mois ayant précédé l'interpellation des époux Bouille ».

Concrètement dans cette affaire, décidément haute en couleur, on apprend que l'épouse du Maire « a été poursuivie et condamnée, par la cour d'appel sans méconnaissance des termes

de sa saisine, pour avoir modifié l'état des lieux d'un délit en dissimulant des oeuvres d'art sur un terrain vague, au cabinet médical de son conjoint et dans un poulailler ».

En réalité, il semble que des actes moins concrets, qui à proprement parler ne relèvent pas du fait de cacher les œuvres litigieuses, puissent également être retenues : le fait d'emballer (sous papier bulle, précise l'arrêt), voire de rapporter les objets dans les locaux administratifs, peut également être sanctionné.

2) Délit de déversement d'eaux polluées

Cassation crim. 19 décembre 2017, n° 16-86003

L'article L. 216-6 du code de l'environnement sanctionne « le fait de jeter, déverser ou laisser s'écouler dans les eaux superficielles, souterraines ou les eaux de la mer ... une ou des substances quelconques dont l'action ou les réactions entraînent, même provisoirement, des effets nuisibles sur la santé ou des dommages à la flore ou la faune ... ou des limitations d'usage des zones de baignade ».

Sanctionnée à la suite d'un déversement polluant l'étang de Thau, la société titulaire de la délégation de service public d'assainissement a cherché à échapper à sa responsabilité pénale, notamment en s'abritant derrière les missions qui lui étaient confiées.

La lecture de la décision rendue par le juge pénal montre les liens parfois subtils entre les obligations stipulées au cahier des charges et la responsabilité pénale.

Plus précisément, le délégataire mettait en avant le fait que son obligation de réaction en cas de pollution n'existait que dans la mesure où elle était actionnée par l'autorité délégante. Le juge pénal considère assez logiquement que les obligations contractuelles ne sauraient faire échec à sa mise en cause : " la société Lyonnaise des eaux France ne peut pas utilement invoquer (...) son absence d'obligation de mobiliser quotidiennement un agent par poste de relevage, ni même encore qu'elle n'aurait dû procéder à des recherches ponctuelles nécessaires à la localisation des déversements d'eaux usées dans le milieu naturel et revêtant un caractère urgent, qu'à la demande de la collectivité en vertu de l'article 67 du contrat de délégation du service public ».

On constate même que le juge pénal reproche au délégataire de n'avoir pas anticipé les risques de pollution : « qu'il résulte des constatations au dossier, et il n'est pas contesté par l'appelante, qu'il n'y a pas eu de renforcement du dispositif de surveillance malgré l'épisode pluvieux qu'a connu la région pendant peu de temps avant les faits, alors que cela a eu pour effet de gonfler les eaux du ruisseau de l'Aigues Vagues qui ont charrié les eaux polluées jusqu'à l'étang (...), le blocage d'une des pompes de relèvement, l'ensablement de la seconde, et le fait que ces pompes ont fonctionné pendant plusieurs jours en continu et de façon anormalement bruyante tout comme le fait que l'alarme du 24 avril 2011 n'a pas été traitée en temps réel ce qui a entraîné le déversement en continu de 2500 M3 d'eaux usées dans le ruisseau de l'Aigues Vagues pendant 4 jours, démontrent un défaut de surveillance imputable au délégataire du service public, abstention qui est directement à l'origine de la pollution

constatée ». La motivation montre que pour caractériser la faute pénale, le juge peut s'appuyer sur les obligations contractuelles du délégataire (blocage et ensablement des pompes), mais également le retenir sa responsabilité sans aucune référence à un contrat (défaut de renforcement du dispositif de surveillance en dépit d'un épisode pluvieux).

Pour résumer, le contrat lorsqu'il est respecté ne constitue pas une cause exonératoire. A l'inverse, lorsqu'il est violé, il permet plus aisément d'identifier la faute pénale.

Bien que non traitée par la décision, la question inverse mériterait d'être posée, à savoir celle de la responsabilité pénale de l'autorité délégante si elle n'a pas suffisamment imposé de contraintes destinées à prévenir ou résorber la pollution. Celle-ci ne peut être exclue, par principe. De l'utilité d'introduire clause suffisamment générale pour imposer au délégataire de prendre les mesures appropriées pour traiter conformément à la réglementation toutes les conséquences directes ou indirectes qui pourraient résulter d'un événement climatique (mais pas seulement, accident, etc...) soudain. Clause qui pourrait parfaitement être assortie d'une rémunération supplémentaire...

II – Procédure et poursuites

Plusieurs apports intéressants peuvent être relevés qui intéressent la procédure (A), la détermination des auteurs de l'infraction (B), les circonstances exonératoires (C), les circonstances aggravantes (D), l'action civile et les peines accessoires (E).

A – Procédure

La responsabilité pénale des personnes morales de droit public (1), le nouveau statut des lanceurs d'alertes (2), la sanction indirecte du respect de l'obligation de dénonciation au procureur de la République (3) bénéficient d'éclairages intéressants.

1) Responsabilité des personnes morales de droit public - Notion d'activité délégable

Activité liée aux travaux d'entretien des locaux communaux, de réparation des bâtiments de la commune

Cass. Crim. 29 mai 2018, n° 18-81673

On sait que les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public (C. pén. Art. 121-2, alinéa 2). Pour autant, cette

notion est indépendante de celle issue de la loi Sapin. En particulier, il n'est pas nécessaire que l'activité en question doive, ou puisse, faire l'objet d'un contrat rémunérant substantiellement le délégataire grâce aux recettes tirées de l'exploitation du service. Le juge pénal paraît au contraire considérer que par principe toutes les activités, même exercées en régie, sont déléguables, l'exception se limitant à des activités régaliennes ou d'enseignement.

Le juge pénal considère que « la (seule) question qui se pose à lui étant de savoir si l'activité en cause aurait pu faire l'objet d'une délégation de service public, il doit rechercher, non l'existence, mais la possibilité de celle-ci (...) dans cette perspective, le critère tiré de la rémunération du cocontractant, essentiel pour le juge administratif lorsqu'il recherche la nature d'un contrat, est secondaire pour le juge pénal ». Dès lors, le fait que « la victime, employé communal, avait pour tâche d'effectuer des travaux d'entretien dans les locaux communaux, de réparation des bâtiments de la commune en général et pas uniquement de ceux de l'école publique ; que l'activité au cours de laquelle M. Y... est décédé n'est pas une activité régalière indissociable de la puissance publique ni du service public de l'enseignement ».

De manière prudente, le juge pénal croit bon de préciser « qu'aucun obstacle de droit ou de fait ne permet d'exclure que l'activité liée aux travaux d'entretien des locaux communaux, de réparation des bâtiments de la commune en général puisse faire l'objet d'un mode de financement, de gestion et d'exploitation permettant de générer des recettes pour un éventuel délégataire ; que rien n'interdirait que l'activité liée aux travaux d'entretien des locaux communaux, de réparation des bâtiments de la commune, soit rémunérée de façon plurielle par des redevances des usagers et des subventions publiques ».

Dès lors la commune a valablement pu être poursuivie pour avoir « par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, en l'espèce en n'organisant pas de formation sur les risques des travaux en hauteur et en s'abstenant de vérifier que l'échelle déclassée avait bien été retirée des services communaux, involontairement causé la mort de M. Philippe Y ».

Activité d'arrosage des espaces verts

Cass. Crim. 26 juin 2018, n° 17-84404

L'arrosage des espaces verts constitue une activité déléguable, dès lors une commune peut être poursuivie pénalement pour violation d'un arrêté préfectoral interdisant l'arrosage en période de sécheresse.

Doit être approuvée la décision par lequel le juge du fond a « considéré qu'au regard de la nature de l'activité en cause (l'arrosage des espaces verts de la commune), celle-ci était déléguable de la même manière que les services de transports en commun, de ramassage des ordures ménagères, de distribution d'eau ou de cantine scolaire ».

Entretien des digues

Cassation crim. 24 octobre 2017, n° 16-85975

On ne sera pas surpris que le juge pénal décide que 'l'infraction a été commise par un groupement de collectivités territoriales dans l'exercice, conformément à son objet statutaire, des activités d'entretien et de surveillance des digues fluviales et de leurs dépendances, susceptibles de faire l'objet d'une convention de délégation de service public au sens de l'article 121-2, alinéa 2, du code pénal ».

2) Nouveau statut des lanceurs d'alertes

Le statut du lanceur d'alerte est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2018 par application du décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis, aussi bien pour les personnes morales de droit public que de droit privé. Son champ d'application concerne les entreprises privées et publiques de cinquante salariés et plus, les administrations, les communes ou intercommunalités de plus de 10 000 habitants, les départements et les régions. Le statut bénéficie aussi bien au personnel permanent qu'aux collaborateurs extérieurs et occasionnels et couvre la corruption, la prise illégale d'intérêts, la concussion ou le détournement de fonds publics.

Le lanceur d'alerte pourra saisir directement les autorités judiciaires lorsque le signalement porte sur un danger grave et imminent ou présente un risque de dommage irréversible. A défaut, il saisit son supérieur hiérarchique immédiat, lequel doit accuser réception de son alerte. Il peut ensuite, si sa démarche n'est pas suivie d'effet dans un délai raisonnable, saisir l'autorité judiciaire, administrative ou son ordre professionnel ainsi que le Défenseur des droits.

S'agissant des fonctionnaires, la loi Sapin II disposait déjà : « Aucun fonctionnaire (de bonne foi) ne peut être sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, pour avoir signalé une alerte » (*Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 9 à 11*)

De même, elle a consacré le délit d'entrave à l'alerte. Ainsi, toute personne faisant obstacle, de quelque façon que ce soit, à la transmission d'un signalement (supérieur hiérarchique, référent de l'employeur, ou employeur) est sanctionnée d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende (*Loi n° 2016-1691 préc. art. 13*)

En cohérence avec l'ensemble du dispositif précité, la même loi aggrave la peine encourue en cas de plainte abusive pour diffamation émanant de l'employeur à l'encontre du lanceur d'alerte : l'amende est de 30 000 euros (*art. 9, loi préc.*).

3) Sanction indirecte du respect de l'obligation de dénonciation au procureur de la République

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Bien que l'article 40 du code de procédure pénale fasse obligation d'informer « sans délai » le juge pénal des infractions découvertes à l'occasion de ses fonctions, on sait que celui-ci n'est assorti d'aucune sanction. Cependant lorsque le prévenu reconnaît que l'infraction ne faisait aucun doute et aurait dû être signalée, le fait de n'en avoir rien fait, permet d'établir plus aisément l'élément intentionnel de l'infraction et apparaît même fonctionner comme une circonstance aggravante : « (le prévenu) reconnaît qu'il aurait dû dénoncer plusieurs faits au procureur de la République sur le fondement de l'article 40 du code de procédure pénale ».

B – Détermination des auteurs de l'infraction

Recel d'œuvres d'achats (œuvres d'art)

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

En réalité, le recel pourrait porter sur toute autre acquisition mobilière que celle d'une œuvre d'art. Il tient dans le cas présent au fait que l'épouse du maire a accepté que les œuvres d'art acquises par la mairie soient déposées au domicile familial. En d'autres termes, non seulement le maire, mais également son épouse sont coauteurs de l'infraction de détournement et de soustraction de biens publics.

La Cour se refuse à censurer le fait « que pour déclarer Mme B. coupable de recel de détournement et soustraction de biens publics et des délits de blanchiment, de corruption passive et de trafic d'influence commis par son mari, la cour d'appel a retenu, notamment, d'une part que la prévenue a, en connaissance de cause, recelé au domicile familial les œuvres d'art détournées par son mari ».

Au besoin, la situation de recel peut se dématérialiser, lorsqu'il s'agit de fonds déposés sur un compte bancaire familial. L'arrêt relève que le maire « a blanchi les fonds provenant des infractions de corruption passive et de trafic d'influence dont il était l'auteur principal en les déposant sur ses comptes bancaires et en remettant à son épouse partie de ces fonds qu'elle a elle-même mis sur des comptes bancaires et dont elle a bénéficié, du fait de l'acquisition d'œuvres déposées au domicile conjugal et de l'achat par son conjoint de bijoux de grande valeur qui lui ont été offerts ».

Pour revenir aux œuvres d'art, deux catégories étaient donc en recel : celles acquises sur fond public, celles acquises avec le produit de la corruption par le maire lui-même.

Pour finir, on rassurera les conjoints, concubins, etc. Il semble que la qualité de receleur implique un élément intentionnel qui se déduit de la conscience qu'à pu avoir la personne qui partage la vie de l'auteur de l'infraction. L'arrêt relève en effet que l'épouse « avait connaissance de la situation compte tenu de son implication dans le monde culturel et politique local, ayant elle-même réalisé des acquisitions à la demande de son époux, et la gestion des comptes et affaires familiales et que les billets de 500 et 100 euros déposés sur les comptes bancaires ne pouvaient être ceux de la cagnotte de M Bouille alimentée par ses honoraires perçus en numéraire dont une partie a été trouvée au domicile familial composée de billets de 50 et 10 euros ».

C – Circonstances exonératoires

Circonstances existant au moment de la prise de fonction (refus)

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Il pourrait être tentant pour l'auteur de l'infraction de considérer qu'il n'est pas responsable pénalement dès lors que les pratiques litigieuses préexistaient à son arrivée et qu'elles n'avaient donné lieu à aucune poursuite. Or la Cour de cassation rappelle « que l'argument selon lequel M. Pierre Fontvieille aurait simplement hérité d'une situation antérieure est un argument politique et non juridique ; que l'héritage et la situation antérieure ne saurait constituer des éléments justificatifs de l'infraction commise ; qu'également que le fait que la bénéficiaire de cette prise illégale d'intérêts n'ait pas fait l'objet de poursuites pour recel est sans impact sur les éléments constitutifs de l'infraction ».

Fait de ne pas vouloir utiliser l'argent obtenu par corruption et de l'avoir brûlé à son domicile (refus)

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Fort logiquement, le DGS ayant formulé la demande de somme d'argent à remettre au maire par le pétitionnaire en échange de la délivrance du permis de construire, et ayant conservé une partie de la somme, se retrouve poursuivi et condamné au titre de la corruption passive.

Bien que le prévenu, pris de remord, ait soutenu que « fin décembre 2008, soit après l'interpellation de Jacques Bouille, il aurait voulu restituer cette somme d'argent, et que finalement il aurait brûlé cet argent à son domicile », on ne s'étonnera pas que le juge de cassation ait confirmé l'infraction de corruption passive retenue par les juges du fond.

D - Circonstances aggravantes

Fait de demander la relaxe alors que les faits sont graves et clairement établis

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Lorsque la corruption est établie que le prévenu ne demande pas sa relaxe, le juge pénal n'hésitant pas à en tirer des conséquences en relevant que « nonobstant sa reconnaissance d'avoir accepté de l'argent, M. Montor sollicite sa relaxe, ce qui démontre qu'il n'a pas saisi la gravité des faits qui lui sont reprochés »

Qualité de directeur général des services

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La profession exercée par le prévenu paraît l'exposer encore plus à la confirmation des infractions constatées par les juges du fond. La Cour de cassation relève en effet que « le rôle essentiel du fonctionnaire territorial, et plus particulièrement celui du secrétaire général, est de rappeler aux élus les règles à respecter, jouant ainsi le rôle de garde-fou ».

Circonstances aggravantes justifiant le refus d'aménager la peine d'emprisonnement et la privation des droits civils, civiques et familiaux

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Le cursus professionnel antérieur du prévenu, tant dans le secteur privé que public, peut porter les juges du fond à refuser tout aménagement de la peine d'emprisonnement prononcée à l'égard d'un élu : « en sa qualité d'ancien policier, d'évidence il était alerté sur la nécessité pour les élus de la République et pour les personnes chargées d'une mission de service public de faire preuve de probité et d'honnêteté, que ses parcours professionnels, qui requièrent rigueur, respect du droit et des contrats souscrits, rendent incompréhensible qu'il ait aboli toute loi dans sa vie publique alors que les faits ont été commis durant l'instruction et que Jacques Bouille était détenu provisoirement, que la gravité des infractions porte atteinte à l'honneur du système politique, à la crédibilité des élus et au fonctionnement normal de la démocratie locale ».

Le juge décide « qu'au regard de la personnalité du prévenu, le prononcé d'une peine d'emprisonnement s'impose toute autre sanction étant manifestement inadaptée pour faire prendre conscience au prévenu de l'importance de cette affaire ».

La sévérité ne paraît devoir être tempérée que par des données renseignant sur les conséquences familiales ou personnelles, la cour de cassation précisant en effet que sa décision de confirmation des juges du fond est rendue « en l'absence de tout document sur la situation personnelle, elle est dans l'impossibilité matérielle d'aménager la partie ferme de la peine d'emprisonnement prononcée ».

Diplômes contribuant à motiver l'emprisonnement !

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La condamnation à quatre ans d'emprisonnement dont trente mois avec sursis, cinq ans d'interdiction des droits civils, civiques et de famille et 50 000 euros la peine d'amende, est précédée du rappel de ce que le prévenu « était titulaire d'une licence en droit, avait été fonctionnaire territorial et exercé comme directeur général des services de la commune ». Diplômes et expérience ajoutés au « rôle essentiel d'un secrétaire général d'une commune (qui) est de rappeler aux élus les règles à respecter, jouant les garde-fous et qu'il a reconnu qu'il aurait dû dénoncer les faits au procureur de la République, (et au fait) qu'il a continué à profiter du système en toute connaissance de cause, a retenu que la gravité des infractions qui portent atteinte à l'honneur du système politique et la personnalité du prévenu impose(nt) le prononcé d'une peine d'emprisonnement dont une partie sera assortie du sursis toute autre sanction étant manifestement inadaptée pour faire prendre conscience au prévenu de l'importance de cette affaire ».

Epouse ou ex-épouse de l'élu

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Pour justifier les sanctions prononcées à l'égard de l'épouse d'un élu (recéleur et complice de plusieurs infractions tenant à l'acquisition d'œuvres d'arts sur fonds publics et conservées au domicile), le juge pénal relève que « les faits reprochés à Mme (...) sont d'une particulière gravité et se sont produits et poursuivis pendant plusieurs années, le produit des infractions reprochées composant même le décor familial... nonobstant les perturbations psychologiques de son mari décrites par l'expert psychiatre, la force de caractère et l'intelligence de la prévenue, son instruction, auraient dû lui permettre de lutter ou a minima de résister aux pratiques du monde politique local lequel avait perdu tout sens de la probité et de l'honnêteté ».

Pire, l'épouse peut apparaître comme « un soutien sans faille de son mari, y compris dans ses dérives en toute connaissance de cause et après la révélation de cette affaire, mais aussi à l'audience de la cour ».

Il semble quand même que « le rapport à l'argent ayant été un élément déterminant dans le fonctionnement du couple, tel que le révèlent les achats de bijoux mais aussi le partage de la cagnotte lorsque le couple s'était réconcilié après une période de difficultés, cagnotte qui avait été constituée par (le mari)... dans l'hypothèse d'une séparation d'avec son épouse ».

Au final l'épouse sera condamnée à deux ans d'emprisonnement avec sursis, une amende de 75 000 euros, assortie de l'interdiction des droits civils, civiques et de famille (droit de vote, le droit d'être éligible et le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice), pour une durée de cinq ans.

Directeur de Cabinet, amateur d'art, etc...

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Portrait psychologique du prévenu (directeur de cabinet, dans l'affaire du détournement d'œuvres d'arts de Saint-Cyprien) digne de Balzac, justifiant la mise en détention. Ainsi, à propos de « faits commis avec des particuliers, des élus et des chargés de mission de service public (« sur plusieurs années »), lesquels ont des origines et des formations différentes, qui mêlent vie privée, vie professionnelle et vie publique », le juge pénal relève qu'ils « démontrent que l'activité délictuelle de l'intéressé était devenue son mode de vie ; qu'or sa formation et le début de son parcours professionnel font qu'il avait les connaissances mais aussi les capacités d'analyse des règles, exigences, tentations et faiblesses du milieu politique dans lequel il évoluait ».

L'intéressé paraît de surcroît doué d'une redoutable capacité d'emprise mentale, le juge pénal précisant « qu'il est troublant de constater que M. . R. B... est arrivé à la mairie de Saint-Cyprien en qualité de directeur de cabinet en 2001, que les dérives concernant les achats d'oeuvre d'art par J. B. ... ont commencé en 2003, année de signature à sa demande du contrat de travail fictif à l'EPIC Office de tourisme de Saint-Cyprien et que le signalement TRACFIN fait état de versements douteux sur les comptes personnels B. à partir de 2004 ; que l'instruction a mis en évidence que dans cette même période de temps, M. F. M. (Inote de l'A. : il s'agit du directeur général des services) était supplanté dans sa relation privilégiée avec le maire par M. R.B. ... que celui-ci apparaît donc comme un élément catalyseur dans les dérives de J. B. ... » .

Il était également déterminé : « alors que J.B. ... était en garde à vue, M. R. B. ... a ordonné aux secrétaires de faire le vide dans les dossiers informatiques relatifs aux achats de tableaux litigieux ; qu'il a aussi fait brûler un certain nombre de documents qui se trouvaient dans son bureau (...) que la banalisation par M. R.B. ... des faits qui lui sont reprochés, le mépris des avertissements donnés par la justice, se sont aussi manifestés lorsque, alors que les juges d'instruction ont levé son contrôle judiciaire, il s'est associé avec M. Ch. D. ..., autre prévenu, pour monter une agence immobilière à Saint-Cyprien ; qu'il est donc revenu sans vergogne sur les lieux de ses méfaits et a tenté d'exercer une activité dans le domaine propice aux infractions qui lui étaient reprochées ».

Bien entendu, « la gravité des infractions qui portent atteinte à l'honneur du système politique et à la démocratie locale, et la personnalité du prévenu imposent le prononcé d'une peine d'emprisonnement, toute autre sanction étant manifestement inadéquate pour lui faire prendre conscience de l'importance de cette affaire », soit quatre ans d'emprisonnement dont deux ans seront assortis du sursis ;

Diplômé, enseignant en faculté de droit et chargé des marchés publics

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Pour confirmer la condamnation du prévenu quatre ans d'emprisonnement dont deux ans avec sursis sans aménagement et cinq ans d'interdiction des droits civils, civiques et de famille et 75 000 euros d'amende prononcée, la cour d'appel a relevé qu'il « était titulaire d'un diplôme d'étude approfondi de droit administratif, avait été enseignant à la faculté de droit de

Perpignan, chargé du service des marchés publics au conseil général des Pyrénées-Orientales avant d'être directeur de cabinet ».

E – Action civile, peines accessoires

Privation des droits civils, civiques et de famille

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

La privation des droits civils, civiques et de famille est prononcé à l'égard du directeur général des services, « soit le droit de vote, le droit d'être éligible et le droit d'exercer une fonction juridictionnelle ou d'être expert devant une juridiction, de représenter ou d'assister une partie devant la justice »,

Action civile - Faute personnelle détachable du service

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Comme en droit administratif « 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 constitue une faute détachable de ses fonctions ». Le juge pénal n'entre toutefois pas dans les distinctions parfois subtiles (notion de faute non dépourvue de tout lien avec le service), et considère plus expéditivement que « les infractions dont les prévenus ont été déclarés coupables ont été commises dans leur intérêt personnel et engagent ainsi leur responsabilité à l'égard des victimes devant le juge répressif ». Il s'ensuit que le bénéficiaire d'un contrat fictif doit le remboursement de la totalité de la rémunération qu'il a perçue.

Action civile – Evaluation du préjudice moral

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Dans l'affaire de l'acquisition des œuvres d'art, la cour de cassation relève que « les agissements de Mme A., épouse B., MM. B. et M., ont porté atteinte à l'image et à la notoriété de la commune de Saint-Cyprien du fait de leurs agissements ; qu'au titre de l'indemnisation de ce préjudice moral, chacun sera condamné à lui payer la somme de 25 000 euros ».

La somme de 100.000 €, il est vrai répartie en quatre parts égales, paraît particulièrement conséquente s'agissant d'un préjudice moral résultant de l'atteinte à l'image et à la notoriété de la commune de Saint-Cyprien, pour une affaire qui n'a somme toute pas défrayé la

chronique nationale. Illustration, s'il en fallait, de l'importance attachée par le juge pénal à l'image des institutions publiques et à la nécessaire exemplarité de des représentants et agents publics.

Action civile – Chiffrage des dommages et intérêts

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

Rendue à propos d'un contrat de travail fictif, cette décision pourrait sans difficulté être transposée pour un marché fictif. Il en résulte qu'au titre des dommages et intérêt la commune peut récupérer la totalité des sommes versées : en l'occurrence, l'auteur du recrutement et son bénéficiaire sont condamnés solidairement au versement de « la somme de 378 000 euros demandée correspond au salaire net de 6300 euros sur cinq ans ».

S'agissant d'un emploi qui pouvait n'être pas totalement fictif, la décision montre que le juge pénal n'entend pas entrer dans ce détail. Il fixe les dommages et intérêts au montant nominal de la rémunération.

Condamnation solidaire à supporter les frais de procédure

Cassation Crim. N° N 16-86.256 F-D n° 1399, 27 JUIN 2018

S'ajoutant aux dommages et intérêts, la commune victime d'une infraction peut également demander la condamnation au frais accessoires aux poursuites sur le fondement de l'article 475-1 du code de procédure pénale : « le tribunal condamne l'auteur de l'infraction ou la personne condamnée civilement en application de l'article 470-1 à payer à la partie civile la somme qu'il détermine, au titre des frais non payés par l'Etat et exposés par celle-ci. Le tribunal tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation ».

Au cas présent, la solidarité entre l'auteur et ses complices avait également été demandée. La Cour de cassation l'a cependant écartée au motif que « les infractions reprochées aux différents prévenus n'étant pas toujours en connexité, il n'y a pas lieu de prononcer une condamnation solidaire ; que Mme Alberny, épouse Bouille, MM. Montor et Bolte seront condamnés chacun à payer à la commune de Saint-Cyprien la somme de 5 000 euros »