

Cour de cassation, chambre criminelle, 19 mars 2014, n° 13-81984, affaire « Société d'économie mixte parisienne et de prestations (SEMPAP) »**** Décision commentée

E-RJCP - mise en ligne le 11 novembre 2014

Thèmes :

- Action du contribuable ayant été autorisé par décision du tribunal administratif à se constituer partie civile au nom de la Commune.
- Maire substitué à l'action du contribuable.
- Procureur de la République ayant pris, à plusieurs reprises, des réquisitions supplétives pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts, recel et complicité de ces délits.
- Intérêt direct du contribuable à poursuivre pour faits de favoritisme dans les marchés publics à l'origine du détournement de subventions que la Commune a accordées à la SEM correspondant au surcoût des factures encaissées par des sociétés écrans.
- Poursuite de l'instruction pénale.

Résumé :

A la suite de la transmission d'un **rapport de la chambre régionale des comptes** relatif à la gestion d'une **société d'économie mixte (SEM)** chargée de **fournir en imprimés l'ensemble des services de la mairie**, une information a été ouverte en 1997 contre personne non dénommée du chef de **favoritisme** dans les marchés publics.

Le procureur de la République a pris, à plusieurs reprises, des réquisitions supplétives pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts, recel et complicité de ces délits.

Un **contribuable**, autorisé par décision du tribunal administratif, s'est constitué partie civile au nom de la Commune en 2000.

Le **maire** s'est **substitué** à ce dernier en 2001, cette substitution ayant été constatée par un arrêt de la chambre de l'instruction de 2003 frappé d'un pourvoi en cassation qui a été rejeté.

La prévenue mise en examen au titre de ces délits en 2002, a, par requête de 2012, contesté la constitution de partie civile de la Commune.

Cette contestation a été rejetée par l'ordonnance du juge d'instruction ayant rejeté cette contestation par l'arrêt de la Cour d'appel qui retient que les **faits de favoritisme dans les marchés publics** à l'origine du

détournement des subventions que la Commune a accordées à la SEM ont pu lui causer directement un préjudice financier correspondant au surcoût des factures encaissées par des **sociétés écrans** et jeter le discrédit sur la gestion de ses fonds.

En l'état de ces énonciations, la chambre de l'instruction a justifié sa décision, dès lors que, pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie fassent apparaître comme possible l'existence d'un préjudice en relation directe avec une infraction à la loi pénale.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

1. La Ville de Paris utilisait une société d'économie mixte pour se fournir en imprimés. A l'époque des faits relevés par la Chambre régionale des comptes (1997) le régime juridique des relations contractuelles entre une Commune et une SEM était flou, et leur soumission au droit de la commande publique n'a été affirmée clairement que depuis l'arrêt CJCE, 18 novembre 2004, aff. C-126/03, *Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne*.

Par contre, les sociétés d'économie mixte répondaient déjà aux définitions des pouvoirs adjudicateurs soumis au droit européen de la commande publique depuis les premières générations de directives, et en l'espèce depuis la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures* :

« b) "pouvoirs adjudicateurs" : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public.

On entend par "organisme de droit public" tout organisme :

- créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

et

- doté de la personnalité juridique

et

- dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise au contrôle de ceux-ci, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

Les listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa figurent à l'annexe I de la directive 93/37/CEE. Ces listes sont aussi complètes que possible et peuvent être révisées selon la procédure prévue à l'article 35 de la

directive 93/37/CEE ; » [Nota : liste qui n'est qu'indicative]

Les SEM sont donc soumises pour leur propre commande à la transposition de ce droit européen, actuellement régie par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

En outre, si la SEM agit comme mandataire, elle doit appliquer les règles du mandant, car un contrat passé par un mandataire d'une être regardé comme passé, en réalité, avec le seul mandant (CE, 8 janvier 1960, Lafon, Rec. p. 15, AJDA 1960, 2, p. 183)

Cela suppose dans le cadre de l'exécution ce mandat que :

- lorsque le mandat est soumis au Code des marchés publics, le mandataire doit aussi s'y soumettre pour les achats effectués au profit du mandant (CE, 27 novembre 1987, n° 38318, 38360 et 38399, *Sté Provençale d'équipement* - contrat ayant le caractère de marché public - et CE, 28 juillet 1995, 143438 et autres - six arrêts-, *préfet de la région d'Ile-de-France*), relevant que les dispositions du code des marchés publics « sont applicables aux marchés passés au nom des collectivités locales ».

- seul le mandant à capacité à autoriser le mandataire à signer les contrats, donc pour une Commune, le conseil municipal (CAA de Marseille, 12 novembre 2002, n° 99MA2195, *Commune de Carnoux* ; CE, 13 octobre 2004, n° 254007, *Commune de Montélimar* - et dans le respect de l'enveloppe financière) ou par délégation de ce conseil municipal, le maire ou un adjoint.

2. Les circonstances du cas d'espèce ne sont pas décrites précisément, mais comme il en résultait des nombreuses affaires parisiennes et d'Ile-de-France de l'époque déjà jugées, le mécanisme probable consisterait à détourner des fonds publics en surfacturant à des sociétés servant d'écran pour financer irrégulièrement des partis politiques, financement parfois conjugué à des fins de profits personnels.

Le SEMPAP, écran supplémentaire, intervenait probablement dans le cadre d'un mandat, sinon de droit, mais de fait, au travers même de subventions. Au pire, elle pouvait constituer une simple société transparente de la Ville de Paris, sans réel objet social propre, ne poursuivant pas d'autre objet que ce celui de tenter (vainement) d'exonérer la Ville de Paris d'appliquer les règles des marchés publics pour lui surfacturer indirectement par le biais des sociétés complices de ces montages.

Aussi, dans le contexte de cette époque de déliquescence de la vie politique parisienne, il n'est pas surprenant que cet arrêt précise que « *Le procureur de la République a pris, à plusieurs reprises, des réquisitions supplétives pour détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts,*

recel et complicité de ces délits » justifiant alors un intérêt suffisant du contribuable pour agir au pénal au titre du délit de « *favoritisme* » (« *Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* » - article 432-14 du Code pénal) en raison d'un possible « *surcoût des factures encaissées par des sociétés écrans* ».

2. Le droit à plaider du contribuable local a pour origine les articles 49 et 50 de la loi de 1837 et posait déjà le principe de la subsidiarité d'un tel recours, l'intéressé ne pouvant agir qu'après « *que la commune ou la section, préalablement appelée à en délibérer, aurait refusé ou négligé de les exercer* [les actions contentieuses] ».

Ces dispositions ont été ensuite intégrées au Code des communes puis au Code général des collectivités désormais aux articles L. 2132-5 à L. 2132-7, puis ont été élargies aux intercommunalités (loi n° 2000-629 du 7 juillet 2000) puis aux départements et régions (lois n° 2000-321 du 12 avril 2000 et n° 2000-629 du 7 juillet 2000) ainsi qu'aux collectivités d'outre-mer, selon des règles quasi-similaires.

Cette action du contribuable s'effectuant à défaut de l'Administration locale de vouloir agir, il s'en suit une procédure nécessairement longue surtout en action pénale qui suppose alors une double compétence de juridiction : le contribuable doit déjà faire constater la carence de l'administration locale, puis obtenir une autorisation de la juridiction administrative à pouvoir représenter les intérêts de cette administration, puis il peut se voir en action pénale selon une procédure complexe. En effet, l'action en constitution de partie civile du contribuable plaignant ne peut être engagée qu'après que le procureur, saisi par lui, ait fait savoir qu'il n'engagerait pas lui-même des poursuites ou qu'après qu'un délai de trois mois se soit écoulé depuis le dépôt de la plainte de la constitution de partie civile de ce contribuable (CE, 26 octobre 2011, n° 347254, *Région Guadeloupe*).

Ainsi dans cette affaire, nous sommes toujours en instruction pénale, la procédure ayant pourtant commencé il y a bientôt 17 ans !

La jurisprudence a allégé très marginalement la procédure, lorsqu'il s'agit de ne pas donner une suite favorable à la demande du contribuable ; le Conseil d'Etat a considéré que le juge administratif peut alors se prononcer par simple ordonnance en application de l'article R. 222-1 du code de justice administrative lorsqu'il s'agit de rejeter les requêtes manifestement irrecevables (CE, 23 mars 2012, n° 352360, *M. François A c/Commune de Bandol*).

En ce qui concerne la passation d'un contrat, le juge administratif considère que la seule méconnaissance des règles de marchés publics ne suffit pas à justifier d'un intérêt suffisant du contribuable à poursuivre, il faut que celui-ci apporte des éléments de matérialité d'un préjudice financier, notamment le caractère excessif, le surcoût ou une moindre qualité des éléments prestés ou fournis.

(CE, 19 décembre 2000, n° 217198, *M. E. c/Commune de Thiais* ; CE, 16 janv. 2002, n°s 231389, 231390, 231391, *M. M. et M. L. c/ Commune de Propriano* ; CE, 4 décembre 2002, n° 239433, *M. L. c/Commune de Romorantin-Lanthenay* ; CE, 28 mai 2003, n° 250647, *Mme A. c/ Commune de Canet-en-Roussillon* ; CE, 20 octobre 2004, n° 266682, *M. D et C. c/Commune de Montenois*).

Des faits susceptibles de constituer un détournement de fonds publics et suffisamment probants ouvrent au contribuable un intérêt à plaider au pénal (CE, 4 juillet 2012, n° 356130, *Commune de Menton* - concernant entre 2006 et 2009 l'acquisition d'environ cinq cents cigares par an pour un montant total supérieur à 22 000 euros destinés à la consommation personnelle du maire).

Dans la présente affaire, la méconnaissance des règles des marchés publics se situe aussi dans un contexte de détournement de fonds publics poursuivi par le procureur de la République.

On notera que si une administration, victime financière, a pu obtenir une réparation suffisante de son préjudice par un protocole d'indemnisation, l'action du contribuable alors s'éteint puisqu'une telle était juridiquement fondée sur la seule existence d'un préjudice financier à réparer. La disparition de l'intérêt financier de l'administration fait disparaître l'action devenue inutile du contribuable. (CE, 26 juillet 2011, n° 349020, *M. Julien B - emplois fictifs de la Ville de Paris et transaction en remboursement entre la Ville et l'U.M.P.*). D'où l'intérêt pour les justifiants de rembourser les sommes afin d'échapper aux possibles sanctions pénales que le juge pourrait prononcer dans une telle action si elle était poursuivie (amendes pénales, incarcération, perte de droits civiques, etc.). L'action de l'administration se gère donc aussi sur le terrain politique, par le choix ou non des dirigeants de l'administration de transiger avec les justiciants.

Mais la particularité de la procédure dans cette affaire, est que la Cour de cassation accepte de la Commune puisse décider de se substituer au contribuable, en application d'un pourvoi en cassation rendu en 2003 sur ce point procédural. L'arrêt, hélas, est apparemment non rendu public. Le contribuable doit-il donner son accord, à cette substitution ? Cela paraît indispensable. Cette substitution est-elle définitive ou peut-elle être provisoire et conditionnelle ? On voit l'intérêt de ces questions si dans l'extrême longueur de temps de cette

procédure, le pouvoir politique au sein de l'administration reviendrait aux mains du pouvoir politique à l'origine des malversations en litige.

*
**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028758907>

Cour de cassation chambre criminelle

Audience publique du mercredi **19 mars 2014**

N° de pourvoi : 13-81984

Non publié au bulletin Rejet

M. Louvel (président), président, Me Foussard, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE
FRANCAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, a
rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par :

- Mme Annie X...,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de PARIS, 2e section, en date du 7 mars 2013, qui, dans l'information suivie contre elle des chefs d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts, recel et complicité de ces délits, a rejeté sa contestation de recevabilité de la partie civile ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 5 février 2014 où étaient présents dans la formation prévue en l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Louvel, président, Mme de la Lance, conseiller rapporteur, Mme Nocquet, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : M. Bétron ;

Sur le rapport de Mme le conseiller de la LANCE, les observations de Me FOUSSARD, avocat en la Cour et les conclusions de M. l'avocat général GAUTHIER ;

Vu le mémoire personnel et le mémoire en défense, produits ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des **articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 591 à 593 du code de procédure pénale** ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des **articles 2, 85, 87, 179, 591 et 593 du code de procédure pénale** ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de la procédure qu'à la suite de la transmission d'un **rapport de la chambre régionale des comptes d'Ile de France relatif à la gestion de la société d'économie mixte parisienne et de prestations (SEMPAP) chargée de fournir en imprimés l'ensemble des services de la mairie** de Paris, une information a été ouverte le 30 octobre 1997 contre personne non dénommée du chef de **favoritisme dans les marchés publics** ; que le procureur de la République a pris, à plusieurs reprises, des réquisitions supplétives pour **détournement de fonds publics, abus de biens sociaux, prise illégale d'intérêts, recel et complicité de ces délits** ;

Attendu qu'un **contribuable, autorisé par décision du tribunal administratif**, s'est constitué partie civile au nom de la Ville de Paris le 11 juillet 2000 ; que **le maire de Paris s'est substitué à ce dernier** le 5 décembre 2001, cette substitution ayant été **constatée**

par un arrêt de la chambre de l'instruction du 8 janvier 2003 frappé d'un pourvoi en cassation qui a été rejeté ;

Attendu que Mme X..., mise en examen le 20 mars 2002, a, par requête du 25 avril 2012, contesté la constitution de partie civile de la Ville de Paris ; que, pour confirmer l'ordonnance du juge d'instruction ayant rejeté cette contestation, l'arrêt retient que les faits de favoritisme dans les marchés publics à l'origine du détournement des subventions que la Ville de Paris a accordées à la SEMPAP ont pu lui causer directement un préjudice financier correspondant au surcoût des factures encaissées par des sociétés écrans et jeter le discrédit sur la gestion de ses fonds ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, et dès lors que, pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie fassent apparaître comme possible l'existence d'un préjudice en relation directe avec une infraction à la loi pénale, la chambre de l'instruction a justifié sa décision ;

D'où il suit que les moyens ne peuvent qu'être écartés ;

Et attendu que l'arrêt est régulier en la forme ;

REJETTE le pourvoi ;

FIXE à 2 500 euros la somme que Mme X... devra payer à la Ville de Paris au titre de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le dix-neuf mars deux mille quatorze ;

En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre ;