

REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU CONGO
COUR DE CASSATION

En cause : Le Ministère Public

**Contre : Monsieur Constant MUTAMBA TUNGUNGA,
Prévenu.**

ARRET

Par requête aux fins de fixation d'audience n°... du ..., le procureur général près la Cour de cassation a déféré par devant celle-ci le prévenu Constant MUTAMBA TUNGUNGA du chef de détournement des deniers publics, faits prévus et punis par l'article 145 du Code pénal congolais livre II, tel que modifié et complété par la loi n°73/017 du 5 janvier 1973.

Il lui reproche d'avoir, à KN, ville de ce nom et capitale de la RDC, le 16 avril 2025, étant ministre d'Etat, ministre de la Justice et Garde des Sceaux, détourné 19.900.000 USD, provenant du compte n°... intitulé MJ V/C FR ouvert en les livres de la banque B1 et versés au compte n°... intitulé société AA SARL ouvert en les livres de la banque susvisée au motif de versement d'un premier acompte pour la construction à KIS d'un établissement pénitentiaire par la susdite société en invoquant un contrat dépourvu de l'avis de non objection de la DGCMP et qui ne pouvait pas lui permettre de sortir les fonds du compte d'un établissement public, encore que la société contractante est une société de façade, sans adresse connue, donc sans siège social, sans expertise avérée en matière de construction immobilière, sans garantie financière, sans personnel d'appoint, somme d'argent qui était entre ses mains en vertu de ses fonctions de ministre de la Justice et Garde des Sceaux.

Il ressort de l'instruction à l'audience et des éléments du dossier qu'aux termes du compte-rendu de la 21^{ème} réunion ordinaire du C.M. du vendredi 8 novembre 2024 du gouvernement de la RDC, le ministre d'Etat, ministre de la Justice et Garde des Sceaux, avait présenté deux notes d'information en rapport avec la construction des maisons d'arrêt et des prisons ainsi que le projet de construction d'une grande maison d'arrêt à Kinshasa.

Sur instruction du P.R., reprise par la P.M., une commission mise en place à cet effet avait proposé en urgence la construction de cinq

nouvelles prisons modernes et la réhabilitation de celles existantes dans un délai de 12 à 24 mois au maximum.

Après prospections de la commission présidée par le S.G.J., quatre sites avaient été retenus, à, savoir ceux de l'EGEE de Mb., de N's. ex la colline de la cité MM, de la société SFC et de la base de la 14^{ème} R.M., tous à KN.

Le Conseil avait recommandé l'approfondissement de ce projet.

Dans ce contexte, le ministère de la Justice, représenté par Messieurs EWI, MMI et ELO, agissant au nom de la cellule de gestion des projets et des marchés publics, engagea des négociations pour la construction d'une maison d'arrêt d'une capacité de 3000 pensionnaires à KIS dans la province de la TSP pour un coût global de 39.877.067, 96 USD avec la société AA SARL, représentée par Madame BB et Monsieur TT comme l'indique le procès-verbal du 16 décembre 2024.

Par lettre n°... du 15 janvier 2025, le prévenu, alors ministre de la Justice et Garde des Sceaux, sollicita de la DGCMP l'autorisation spéciale de recourir à la procédure de gré à gré pour la passation dudit marché aux motifs que la société adjudicataire se distinguait par son sérieux, sa capacité à proposer une offre budgétaire raisonnable et son expérience avérée dans la construction des maisons pénitentiaires tant au niveau national qu'international.

Par celle n°... du 31 janvier 2025, la DGCMP n'accorda pas l'autorisation sollicitée, motifs pris de ce que la motivation évoquée par le ministère de la Justice ne cadrait avec aucun des 5 cas limitativement prévus à l'article 42 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics ; la source de financement n'était pas indiquée ; les procès-verbaux des discussions engagées avec les différents candidats consultés et des négociations réalisées avec la société AA SARL, attributaire retenu pour gré à gré, n'avaient pas été annexés au dossier et ce, en violation des dispositions de l'article 134 alinéa 2 du décret n°23/12 du 3 mars 2023 portant manuel des procédures des marchés publics ; le devis de la société précitée ne prenait pas en compte la TVA, les frais de redevance du marché à percevoir par l'ARMP, le volet contrôle et surveillance des travaux ; les postes contingence, mobilisation et démobilisation des équipes prévues dans le bordereau ne se justifiaient pas ; les documents de la société attributaire n'étaient pas annexés au dossier, à savoir :

- le certificat d'agrément aux ITP, en cours de validité et l'attestation valant quitus fiscal ;
- le certificat d'affiliation à la CNSS ainsi que la preuve de régularité de paiement des cotisations et
- les états financiers certifiés des trois dernières années 2021 à 2023 ainsi que les procès-verbaux de réception définitive ou attestation de bonne fin des marchés similaires antérieurement exécutés.

Par lettre n°... du 19 février 2025, le prévenu renouvela la demande précitée aux motifs qu'il y avait urgence ; que la construction des maisons d'arrêt exige des mesures sécuritaires d'un niveau supérieur à la norme actuelle et un secret de conception qui ne pouvaient être garantis que dans le cadre d'un marché de gré à gré et que l'expertise de la société AA SARL et la transparence des informations tant administratives que financières la concernant avaient forgé sa conviction de contracter avec elle.

Sur ces entrefaites, le prévenu invita dans son bureau de travail la directrice générale ad intérim de la DGCMP, Madame DD afin de l'amener à tout prix à signer l'autorisation sollicitée. A cet effet, il lui tint des propos menaçants en lui exigeant de prendre en compte des raisons sécuritaires évoquées dans sa précitée.

Par celle n°... du 26 février 2025, la DGCMP lui accorda ladite autorisation pour un coût global de 39.877.067, 96 USD hors taxe.

Fort de celle-ci, le prévenu conclut avec la société précitée le contrat de marché public ayant pour objet l'exécution des travaux relatifs à la construction d'un immeuble carcéral d'une capacité de 2000 pensionnaires, R + 2 gros-œuvres + finitions au coût global de 29.900.000 USD hors taxe et taxe à valeur ajoutée.

Aux termes de ce contrat, l'autorité contractante s'engageait à payer le prix dudit marché par virement au compte n°... ouvert dans les de B1 au nom du titulaire du marché selon les modalités suivantes : 80% soit 23.200.000 USD à l'installation du chantier et au démarrage ; 10% soit 2.900.000 USD suivant décompte avancement travaux ; 5% soit 1.450.000 USD après la réception provisoire des travaux et 5% soit 1.450.000 USD après la période de la garantie de la bonne exécution.

Par lettre n°... du 1^{er} avril 2025, le prévenu transmet, pour approbation, le projet du contrat à la P.M.

Par celle n°... du 14 Avril 2025 relative aux modalités d'utilisation des fonds destinés à la construction de la prison de KIS, il demanda à Madame la directrice générale de la société AA SARL notamment d'ouvrir un compte bancaire séquestre auprès de B1 où sont logés les fonds destinés au financement dudit projet et dont le séquestre sera désigné pour assurer les opérations de décaissement et de décaisser 30% du coût total du marché à titre de démarrage des travaux.

Par celle n°... du 16 avril 2025, il ordonna à la... de débiter le compte n°... intitulé... d'un montant de 19.900.000 USD au profit du compte courant n°... ouvert dans ses livres au nom de la société AA SARL au titre des frais d'installation de chantier et au lancement des travaux de construction.

En exécution de la réquisition d'information n°... du 17 avril 2025, la CENAREF, saisie de la déclaration de soupçon faite par cette dernière banque, l'officier de police judiciaire EE procéda, à la même date, à la saisie du compte précité.

Par lettre n°... du 2 mai 2025 dont copie réservée au prévenu, la CENAREF s'adressa à la P.M. pour s'enquérir de son approbation du contrat de gré à gré à la base du paiement ordonné par le prévenu.

En réaction à celle-ci, le prévenu, par la sienne n°... du 7 mai 2025, fit savoir à la CENAREF, entre autres que toute la procédure de passation du marché avait été observée, en l'occurrence l'autorisation spéciale, l'avis de non objection et la demande d'approbation de l'autorité compétente qui n'avait pas réagi dans le délai légal de 10 jours.

Entendu sur les faits mis à sa charge, le prévenu clame son innocence.

Dans ses moyens de défense, il affirme n'avoir détourné aucun sou appartenant à l'Etat congolais, tous les fonds virés dans le compte de la société AA SARL étant intacts. Il indique que c'est le gouvernement qui l'avait chargé de construire une prison à KIS et de se servir des fonds logés dans le compte intitulé ouvert dans les livres de la B1.

Il explique que ces fonds sont alloués au ministère de la Justice conformément à la répartition des fonds destinés à la réparation des

dommages causés par les activités illicites de l'Ouganda à KIS et ne sont pas à confondre avec ceux gérés par l'établissement public FRIVAO.

Il poursuit que, même si dans sa genèse, le projet visait la construction des prisons et maisons d'arrêt à Kinshasa, les instructions verbales de la haute hiérarchie étaient claires qu'il était préférable de commencer par construire les prisons dans la province de la TSP, étant donné que lesdits fonds concernaient les victimes de KIS.

Il renchérit que c'est à tort que le ministère public soutient que le site devant accueillir les travaux n'existait pas, alors que, affirme-t-il, il s'était entretenu avec le chef de division provinciale de la Justice de la Tshopo qui lui avait rapporté que ce dernier se situait à Kand vers l'aéroport de BKA.

Il poursuit que les fonds prétendument détournés existent tel que prouvé par le ministère public lui-même ; la CENAREF, l'Inspection Générale des Finances ainsi que la B1 et qu'il n'y avait donc pas eu utilisation privative, ni preuve de la perception effective dudit montant ; ni de la détention précaire par lui, ni sa transformation en possession définitive.

Il en infère que c'est à tort que le ministère public lui impute l'intention de s'approprier illicitement les 19.900.000 USD, du moment que le marché de construction n'est pas fictif, que la société attributaire existe réellement et juridiquement, que celle-ci dispose des capacités techniques et financières requises, que le site de construction, à savoir Kand au poste 17 km sur la route de l'aéroport de BKA à Kisangani existe, qu'une maquette avait été faite par l'entrepreneur et mise à la disposition du maître de l'ouvrage et du gouvernement provincial et que les travaux de construction n'ont pu commencer à cause du blocage des comptes de la société précitée.

Il poursuit qu'il avait mis en place les mécanismes d'information et de contrôle qui excluaient toute possibilité de détourner ou de s'approprier lesdits fonds, à savoir l'approbation du marché par la Première ministre, l'implication de l'IGF suivant sa lettre n°...du 3 avril 2025, l'ordre de service à l'entrepreneur contenu dans sa lettre n°... du 14 avril 2025 portant sur les modalités d'utilisation des fonds destinés à la construction de la prison de KIS et l'implication du ministère des ITP dans la phase de suivi et de contrôle de l'exécution de la lettre n°...du 9 mai 2025 relative à la demande des experts.

Il fait remarquer que l'infraction de détournement ne rentre pas dans la catégorie des infractions susceptibles d'être commises à l'occasion des marchés publics.

Réfutant les thèses présentées par le ministère public à l'appui de l'accusation, il soutient qu'il ressort de la loi n°23-028 du 15 juin 2023 fixant les principes fondamentaux relatifs au régime pénitentiaire en ses articles 6, 25 et 26 que l'administration pénitentiaire est placée sous l'autorité du ministre de la Justice à qui il est reconnu le pouvoir de création, conception, construction et aménagement des établissements pénitentiaires.

Il renchérit en disant que la loi des finances 2025 a prévu des crédits d'investissements pour la construction des prisons dans le budget du ministère de la Justice et sur pied de l'article 5 de celle n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics ; il est l'autorité contractante.

Il souligne que, mis devant ces évidences, le ministère public a abandonné cette thèse pour évoquer dans ses réquisitions l'absence d'implication du ministère des ITP.

Il note à ce propos que conformément à l'article 5 de la loi précitée, il avait, par lettre n°...du 9 mai 2025, saisi son collègue des ITP pour assurer le contrôle et la surveillance du marché des travaux.

Quant à l'absence de l'implication de la cellule de gestion des projets et des marchés publics du ministère de la Justice et du secrétaire général, il précise que le ministre de la Justice est la personne responsable des marchés publics conformément à l'article 4 du décret n°10/32 du 28 décembre 2010 portant création de la cellule précitée. Partant, il assure, en vertu de l'article 13 alinéa 3 de la loi relative aux marchés publics, la gestion des projets et la passation des marchés publics, le secrétaire permanent n'étant qu'un de ses collaborateurs.

Selon lui, le témoignage du SG GG renseigne qu'il était effectivement impliqué dans ce projet quand bien même aucune disposition légale ne l'y obligeait.

Sur la question de non-respect des procédures, il fait valoir qu'après avoir obtenu l'autorisation spéciale de la DGCMP, le défaut de l'avis de non-objection n'a pas pour effet d'invalider celle-ci. Dans le cas sous examen, dit-il, cette absence était couverte par l'approbation tacite

de la Première ministre qui n'a pas répondu à sa demande dans le délai requis.

Il précise que la réponse tardive de l'autorité approbatrice est non avenue et que la nullité du contrat de marché public pour défaut d'avis de non-objection soutenu par le ministère public ne repose sur aucune base légale.

Quant aux menaces sur la directrice générale de la DGCMP, Madame DD, il fait remarquer qu'elles n'ont jamais été dénoncées par cette dernière, ni lors de son audition à la police judiciaire, ni devant le magistrat instructeur. Les intimidations alléguées par elle pour l'amener à donner l'autorisation spéciale n'ont pas été non plus confirmées par un quelconque témoignage. Pour lui, cette déposition, faite in suspecto tempore devant le ministère public, est fausse et même invraisemblable.

Cependant, il reconnaît l'avoir reçue dans son cabinet pour échanger sur les modalités pratiques de suivi de construction et de réhabilitation des prisons.

Il souligne que la demande d'autorisation spéciale est examinée collégalement par une commission spécialisée et non par la précitée dont le rôle se limitait à la notifier.

Il soutient avoir sollicité, conformément aux points 4 et 5 de l'article 42 de la loi relative aux marchés publics, l'autorisation de gré à gré ; motif pris, d'une part, de l'urgence évoquée lors de la 21^{ème} réunion ordinaire du CM et, d'autre part, de la sécurité découlant de la nature de ce contrat.

Il considère que la modification ultérieure à la baisse du montant du marché indiqué dans l'autorisation spéciale ne remet pas en cause celle déjà accordée en ce qu'elle ne porte que sur la validation du motif de recourir à la procédure de gré à gré. Elle, conclut-il, conforme au principe fondamental de l'économie budgétaire prescrit par l'article de la même loi.

Quant à la nullité du contrat pour défaut de l'avis de non objection, il opine que lors de l'examen du projet de contrat pour avis de non objection, les questions liées aux motifs de gré à gré ; de la capacité ou de la qualification du candidat ne se posent plus. A ce stade, affirme-t-il, la DGCMP ne vérifie, conformément à l'article 11, 25^{ème} tiret du Décret n°10/27 du 28 juin 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la DGCMP que la conformité technique et juridique du contrat.

Il poursuit qu'ayant sollicité l'approbation de la PM par sa lettre réceptionnée le 1^{er} avril 2025, celle-ci était tacitement acquise après l'expiration du délai légal de 10 jours. Ainsi, la contestation de cette approbation tacite pour défaut d'avis de non objection est dénuée de tout fondement.

Il fait remarquer que l'approbation n'a pour but que de vérifier la disponibilité du crédit conformément à l'article 13 du Décret portant modalité d'approbation des marchés publics et délégation des services publics.

Pour lui, la lettre n°...du 8 mai 2025 de la PM, n'ayant pas remis en cause le budget du contrat, indique clairement que la question de financement des travaux de construction de la prison de KIS par le compte du ministère le Justice à partir des fonds issus de l'indemnisation par l'Ouganda était convenue au gouvernement.

Sur l'attribution du marché à une société de façade, il réaffirme que la société AA SARL a une existence réelle et juridique ; elle répond ainsi aux critères de qualification prévus par l'article 13 de la loi relative aux marchés publics.

Quant à la question de sa capacité financière, il fait remarquer que le capital social souscrit est conforme à l'article 311 de l'Acte Uniforme sur les sociétés commerciales et groupements d'intérêts économiques, que le capital social n'a pas d'impact sur le marché et sur le chiffre d'affaire à réaliser, qu'aucune loi n'interdit à une société au moindre capital de contracter un marché d'un montant plus élevé et que les statuts, le registre de commerce et de crédit mobilier, RCCM en sigle, l'impôt professionnel sur les revenus, IPR en sigle, et les états financiers certifiés par le commissaire au compte et les experts comptables de la société attributaire indiquent un chiffre d'affaire de l'ordre de 14.460.842 USD pour l'exercice 2024.

Concernant la non-conformité des modalités de financement et la garantie de restitution de l'avance, il estime que ces questions ont été réglées par sa lettre n°...du 14 avril 2025 qui prescrit les modalités d'utilisation des fonds destinés à la construction de la prison de KIS, communique les nouvelles modalités de paiement et de gestion financière du contrat et subordonne tout décaissement des fonds à l'autorisation de l'IGF.

Cette lettre, dit-il, constitue un avenant au contrat précité par ordre de service conformément à l'article 188 du Décret du 3 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics.

Pour ce qui est du défaut de siège social de la cocontractante, il explique que le ministère public ne devrait pas confondre l'adresse administrative de la société qui peut être juste un bureau pour recevoir les courriers et celle des activités sur le terrain où les employés sont déployés. S'appuyant sur la déposition de la renseignant EE, gestionnaire de l'immeuble EE1, il déclare que cette dernière a affirmé qu'elle a appris que la société AA SARL partageait le bureau avec la société AAA de Monsieur FF, architecte de son état.

Quant à son expertise et à son personnel d'appoint, il avance que dans le domaine de construction où les marchés sont parfois saisonniers, une entreprise peut ne pas disposer d'un personnel permanent, mais recruter et recourir en fonction du marché gagné à un personnel très expérimenté en la matière, voire sous-traiter le marché.

Il renchérit que les documents juridiques et administratifs mis à la disposition du ministère de la Justice en vue de l'attribution du marché montre qu'elle dispose de la capacité financière et technique pour financer le marché et pour l'exécuter.

S'agissant du statut social des associés, il dénonce l'acharnement du ministère public à l'égard de Monsieur C243 et de Madame BB, alors que le premier avait déjà cédé ses parts sociales. Il explique que les associés ne sont responsables des dettes sociales qu'à concurrence de leurs mises en ce que l'immatriculation confère à la société un patrimoine propre. Il précise que les associés au sein d'une SARL n'ont pas qualité de commerçant et n'engagent aucune responsabilité pénale des faits de la société.

Quant au caractère séquestre du compte ouvert dans les livres de la B1, il relève que, selon les dépositions de Monsieur HH, le compte devra d'abord être courant avant de devenir séquestre par convention des parties. Il invoque à ce sujet sa lettre du 14 avril 2025 précitée adressée à la directrice générale de la société AA SARL qui lui avait recommandé d'ouvrir un compte séquestre à la banque précitée où étaient logés les fonds destinés au financement dudit projet.

Pour ce qui est des travaux d'études de sol, le prévenu soutient que cette question a été balayée par le témoignage du professeur II qui

a affirmé que les travaux d'études du sol du site ont été réalisés par lui sur consultation de Monsieur FF via sa société FFF sous traitée par la société AA SARL.

Dans ses réquisitions, le ministère public a sollicité de la Cour la condamnation du prévenu MUTAMBA TUNGUNGA à la peine de 10 ans de travaux forcés assortis de l'interdiction du droit de vote et du droit d'éligibilité pendant 10 ans après l'exécution de la peine, de l'interdiction d'accès aux fonctions publiques quel qu'en soit l'échelon, de la privation du droit à la condamnation conditionnelle et à la réhabilitation ainsi qu'à l'extourne de la somme détournée.

La Cour de cassation note que l'article 145 alinéa 1^{er} du Code pénal congolais livre II dispose que tout fonctionnaire ou officier public, toute personne chargée d'un service public ou parastatal, toute personne représentant les intérêts de l'Etat ou d'une société étatique au sein d'une société privée, parastatale ou d'économie mixte en qualité d'administrateur, de gérant, de commissaire aux comptes ou tout autre titre, tout mandataire ou préposé des personnes énumérées ci-dessus, qui aura détourné des deniers publics ou privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers qui étaient entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge, sera puni d'un à vingt ans de travaux forcés.

Il ressort de l'analyse de cette disposition légale que l'infraction de détournement est l'acte par lequel un individu déterminé par la loi, qui a reçu entre ses mains, soit en vertu, soit à raison de sa charge des fonds appartenant ou confiés aux organismes publics, ou des fonds confiés aux organismes publics mais destinés aux particuliers ou des biens, de les distraire de leur originelle affectation. Il peut donc porter sur les deniers publics et résulter de la vente ou du don de la chose à un tiers, de sa mise en gage, du refus de la restituer, bref, de tout acte par lequel l'agent se comporte en propriétaire.

Son établissement dans le chef d'un prévenu, outre sa qualité d'agent public, une chose, objet du détournement, laquelle doit s'être retrouvée entre ses mains soit en vertu, soit à raison de sa charge, l'acte matériel de détournement et l'élément moral.

S'agissant de la qualité d'agent public, la Cour retient que l'article 147 du Code pénal congolais livre II, tel que modifié et complété par l'article 1^{er} de la loi n°05/006 du 29 mars 2005 modifiant et complétant le Décret du 30 janvier 1940 entend par agent public tout fonctionnaire ou tout employé de l'Etat ou de ses institutions, y compris ceux qui ont été

sélectionnés, nommés ou élus pour entreprendre des activités ou exercer des fonctions au nom ou au service de l'Etat, à tout niveau de sa hiérarchie.

Dans le cas d'espèce, la Cour constate qu'au moment des faits, en sa qualité de ministre d'Etat, ministre de la Justice et Garde des Sceaux, le prévenu Constant MUTAMBA TUNGUNGA était incontestablement agent public.

Concernant la chose, objet du détournement, elle relève qu'elle peut consister en des deniers privés, des effets en tenant lieu, des pièces, titres, actes, effets mobiliers et des deniers publics. Ces derniers sont définis comme étant l'argent de l'Etat, des collectivités publiques et des établissements publics soumis aux règles de la comptabilité publique. Il s'agit concrètement des fonds et disponibilités financières, en l'occurrence l'argent liquide ou sommes inscrites au crédit des comptes bancaires.

En l'espèce, la Cour note que le prévenu avait ordonné le virement, au compte de la société AA SARL, de 19.900.000 USD qui appartenait au gouvernement congolais et provenaient de la quote-part de ce dernier sur l'argent versé par l'Etat Ougandais pour la réparation des dommages causés par la guerre dans la partie orientale de la RDC. En effet, en exécution de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice n° Rôle général 116 du 9 février 2022, qui l'avait condamné au paiement de 325.000.000 USD destinés à l'indemnisation individuelle, collective et aux réparations des dommages environnementaux, la République de l'Ouganda verse de l'argent dans le compte MJ V/C FRI qui est réparti entre le Fonds Spécial de Réparation de l'Indemnisation aux Victimes des Activités Illicites de l'Ouganda en République Démocratique du Congo ou leurs ayants-droit.

Elle précise que les deniers publics doivent se trouver entre les mains de l'agent public soit en vertu, soit à raison de sa charge. Il doit donc soit en être dépositaire public directement ou indirectement, soit que ceux-ci lui ont été remis, non parce qu'il était autorisé à l'exiger, mais spontanément, par suite de la confiance que commande la position qu'il occupe.

Dans le cas sous examen, la Cour retient que les deniers publics précités étaient sous la gestion du prévenu et que ce dernier ne pouvait en disposer que sur autorisation du gouvernement.

Quant à l'acte matériel du détournement, la Cour relève qu'il consiste dans le fait pour l'agent public de disposer des deniers publics comme s'ils lui appartenaient. Cette disposition *animo domini* peut résulter notamment de la translation frauduleuse d'une possession précaire en possession définitive au profit de l'auteur ou d'un tiers, de la dissipation ou de la distraction d'une somme de sa destination. C'est dans ce contexte que, commet un détournement de deniers publics, le prévenu qui accorde à un tiers, sur des fonds publics placés sous sa gestion, un avantage auquel il n'avait pas droit.

Il est sans intérêt de savoir si le prévenu a restitué la chose détournée, car cette infraction est consommée dès qu'il s'est approprié ou a procuré à autrui la chose qui lui avait été confiée ou remise, les circonstances postérieures, notamment la remise volontaire de la chose détournée à son propriétaire, étant sans influence sur l'existence de l'infraction.

Dans le cas d'espèce, le prévenu a disposé de ces deniers selon son bon vouloir. Cet élément est étayé par les circonstances suivantes :

- d'abord, dans le contrat par lui signé, il a stipulé, contrairement à l'article 70 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, qu'il paierait 80% du prix pour le lancement des travaux alors que l'alinéa 2 de cet article dispose que des avances peuvent être accordées en raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché... Leur montant total ne peut en aucun cas excéder...30% du montant du marché initial pour les travaux et prestations intellectuelles ;

- ensuite, contrairement à ses allégations, le prévenu a, sans preuve de l'autorisation du gouvernement, ordonné le paiement de deniers publics à la société AA SARL. En effet, pour justifier ce paiement, il se réfère tantôt aux instructions reçues verbalement de la haute hiérarchie, tantôt aux délibérations de la 21^{ème} réunion ordinaire du CM dont le compte-rendu ne contient aucune indication sur la construction d'une prison à KIS ;

- par ailleurs, le prévenu affirme, sans aucune preuve, que la société attributaire, créée le 22 mars 2024, soit une année avant la conclusion du contrat, avait la capacité d'exécution d'un marché de construction des prisons aussi bien sur la plan national qu'international, l'effectivité sur terrain, l'expérience attestée par un certificat ou une

référence prouvant des réalisations similaires, une expertise avérée, un personnel administratif et technique propre, un siège social effectif ;

- bien plus, il a ordonné le paiement de cette somme d'argent, à concurrence de 66% du prix du marché, sans aucune garantie bancaire, en violation des prescriptions de la disposition légale précitée, mais également en tant qu'elle prévoit que des avances peuvent être accordées en raison des opérations préparatoires à l'exécution des travaux, fournitures ou services qui font l'objet du marché, sous réserve de la constitution d'une garantie bancaire d'un montant équivalent. Pourtant, par sa lettre n°... du 14 avril 2025, soit deux jours avant le transfert, il avait expressément informé la société AA SARL que le premier décaissement devait être de 30% du coût du marché à titre de démarrage des travaux ;

- enfin, il a ordonné le versement de cet argent dans un compte courant et non, comme il l'a prétendu, dans un compte séquestre qui pouvait en garantir une utilisation contrôlée mettant ainsi cette somme à la disposition totale de la société cocontractante.

Quant à l'élément moral, la Cour souligne qu'il est caractérisé par l'intention frauduleuse. En effet, l'auteur doit avoir eu pour but de procurer, soit à lui-même, soit à autrui, un avantage quelconque au préjudice de l'Etat.

La preuve de cette intention frauduleuse est établie soit sur base de présomptions graves, précises et concordantes, soit sur base de présomptions déduites des contradictions dans les explications du prévenu tant à l'instruction préparatoire qu'aux audiences, soit sur base de celles résultant de la non-justification concluante sur l'utilisation de sommes détenues à titre précaire, soit par le fait de la violation des instructions administratives relatives à la gestion de fonds, soit de l'ensemble des éléments du dossier, notamment des témoignages recueillis aux audiences ainsi que du fait que le prévenu s'est procuré ou a procuré aux tiers un avantage illicite.

En l'espèce, la Cour retient que le prévenu avait agi avec intention d'enrichir frauduleusement la société AA SARL, la cocontractante. Cette intention frauduleuse est déduite aussi bien de la violation constante et systématique des règles de procédures des marchés publics, de la précipitation avec laquelle il avait agi que du repentir tardif dont il a fait montre après coup.

S'agissant de la violation des règles de procédure, la Cour considère que cette intention frauduleuse ressort notamment de :

- la violation de l'article 42 de la loi n°10/010 du 27 avril 2010 relative aux marchés publics, en recourant à la procédure de gré à gré au nom de l'urgence, alors que celle-ci n'existait pas au regard de cette disposition légale. Il en est de même des raisons sécuritaires invoquées par le prévenu qui ne sont pas conformes à celles visées au point 5 de cette même disposition.

En effet, aux termes de cet article, il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans l'un des cas suivants : ...4 dans le cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ou force majeure ne permettant pas de respecter les délais prévus dans les procédures d'appel d'offres, nécessitant une intervention immédiate ; 5.lorsqu'il s'agit des marchés spéciaux définis aux articles 44 et 45 de la loi précitée.

Contrairement au soutènement du prévenu, la Cour relève que la construction d'un bâtiment pénitentiaire est un marché ordinaire. Elle ne peut devenir un marché spécial que sur décision gouvernementale ou présidentielle qui la classe comme relevant de la sécurité nationale.

- la violation de l'article 136 du Décret n°23/12 du 3 mars 2023 portant manuel de procédures des marchés publics. Aux termes de celui-ci, le marché de gré à gré suit la chronologie ci-après : demande motivée de l'autorisation spéciale de la direction générale du contrôle des marchés publics pour conclure le marché de gré à gré, notification par cette direction de l'autorisation spéciale de conclure ledit marché ; demande de non objection sur le projet de marché ; soumission du marché à l'approbation de l'autorité compétente et enregistrement à l'autorité de régulation des marchés publics.

En l'espèce, seules deux premières étapes avaient été observées par le prévenu qui avait continué la procédure jusqu'au paiement, alors qu'il n'avait pas obtenu l'avis de non objection, document préalable à la demande d'approbation auprès du Premier ministre.

Il en est de même du fait d'avoir signé le contrat de 29.000.000 USD, alors qu'il n'avait obtenu l'autorisation spéciale que pour 39.877.067, 96 USD.

- la violation de l'article 2 du Décret n°10/32 du 28 décembre 2010 portant création, organisation et fonctionnement de la Cellule de

gestion des projets et des marchés publics qui dispose que la cellule est chargée de la conduite de l'ensemble de la procédure de gestion de projet et de passation des marchés publics et des délégations de service public.

En effet, le prévenu a sciemment opéré le choix d'écarter dans ce processus tous les services et fonctionnaires attitrés de son ministère notamment le secrétaire général, le secrétaire permanent et les agents de la cellule de gestion des projets et des marchés publics ainsi que ceux du service chargé des établissements pénitentiaires au profit des membres de son cabinet qui n'avaient pas d'engagement permanent avec l'Etat pour s'assurer une gestion opaque de ce marché public.

En ce qui concerne la précipitation sur la passation du marché avec la société AA SARL, la Cour relève que cette intention est aussi singularisée par :

- la sollicitation prématurée de l'approbation du PM alors que la préparation du marché n'était pas encore terminée par l'obtention de l'avis de non objection comme l'exige l'article 55 du Décret n°23/12 du 3 mars 2023 précité, tout en sachant que passer le délai de 10 jours sans réponse de cette autorité, l'approbation lui serait tacitement acquise conformément à l'article 20 du même décret ;

- le décaissement des fonds avant d'obtenir les documents fonciers nécessaires sur le terrain où l'édifice allait être érigé ;

- le virement de l'argent dans le compte courant de AA SARL le lendemain de l'ouverture de celui-ci, sans s'assurer qu'il s'agissait d'un compte séquestre, alors que dans sa lettre n°.... du 14 avril 2025, il avait expressément demandé à la cocontractante d'ouvrir ce compte.

Quant au repentir tardif, la Cour dit qu'il est révélé par la lettre n°... du 9 mai 2025 adressée au Ministre d'Etat, ITP lui demandant des experts, alors qu'il savait que le compte était déjà saisi par la CENAREF et les poursuites déjà engagées.

Par ailleurs, dans sa lettre n°...du 7 mai 2025 adressée à la CENAREF, il a faussement affirmé qu'il avait obtenu l'avis de non objection de la DGCMP.

La Cour juge que ces violations répétées des règles de procédure, l'opacité et la précipitation dans la passation de ce marché avaient pour objectif de capter les fonds de l'Etat en vue d'enrichir frauduleusement la société AA SARL. Cela est d'autant plus vrai que le procès-verbal de négociation relative au marché de construction du centre pénitentiaire daté du 16 décembre 2024 fait référence à la lettre n°... du 26 février 2025, qui lui est pourtant postérieure, par laquelle la DGCMP avait accordé l'autorisation spéciale au prévenu.

De ce qui précède, la Cour de cassation dira établie l'infraction de détournement des deniers publics mise à charge du prévenu Constant MUTAMBA TUNGUNGA et le condamnera à la peine de 3(trois) ans de travaux forcés et aux peines complémentaires, ordonnera la mainlevée de la saisie, la restitution de 19.900.000 USD, leur extourne dans le compte n°...intitulé MJ V/C FRI ouvert en les livres de la B1 et le condamnera également aux frais d'instance.

C'EST POURQUOI ;

La Cour de cassation, chambres réunies, statuant en matière répressive en premier et dernier ressort ;

Le Ministère public entendu :

Dit établie l'infraction de détournement des deniers publics mise à charge du prévenu Constant MUTAMABA TUNGUNGA ;

Le condamne à 3 (trois) ans de travaux forcés ;

Prononce en outre contre lui les peines complémentaires ci-après :

- l'interdiction pour cinq ans après l'exécution de la peine, du droit de vote et du droit d'éligibilité ;

- l'interdiction d'accès aux fonctions publiques et paraétatiques quel qu'en soit l'échelon ;

- la privation du droit à la condamnation ou à la libération conditionnelle et à la réhabilitation ;

- ordonne la mainlevée de la saisie, la restitution de 19.900.000 USD et leur extourne dans le compte n°... intitulé MJ V/C FRI ouvert en les livres de la B1 ;

Le condamne aux frais d'instances calculés à FC

La Cour a ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 2 septembre 2025 à laquelle ont siégé les magistrats AP, BP, CC, DC, EC, FC et HC avec le concours du ministère public représenté par l'Ag X et l'assistance de Monsieur Z, greffier du siège.