

Cour de cassation

chambre criminelle

Audience publique du 15 mai 2008

N° de pourvoi: 07-88369

Publié au bulletin

Rejet

M. Dulin (conseiller le plus ancien faisant fonction de président), président

Mme Labrousse, conseiller apporteur

M. Mouton, avocat général

SCP Lyon-Caen, Fabiani et Thiriez, 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 :

- X... Jacques,

contre l' arrêt de la cour d' appel d' AIX- EN- PROVENCE, 5e chambre, en date du 17 octobre 2007, qui, pour recel d' atteinte à la liberté d' accès et à l' égalité des candidats dans les marchés publics, l' a condamné à trois mois d' emprisonnement avec sursis et 20 000 euros d' amende ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 121-1, 121-4, 321-1, 432-14 du code pénal, 388, 459, 591 et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs et manque de base légale ;

" en ce que l' arrêt attaqué a déclaré le prévenu coupable de recel d' atteinte à l' égalité dans l' accès aux marchés publics et l' a condamné à une peine de trois mois d' emprisonnement avec sursis et à une amende de 20 000 euros ;

" aux motifs que " Charles- André Y... a bien reconnu qu' il avait recommandé son ami Jacques X... aux membres de la commission des appels d' offres, corroborant par là les déclarations sans ambiguïté de M. Z... : « c' est le maire qui a imposé le choix " ; que " si la procédure du marché de gré à gré était bien possible n' obligeant pas les membres de la commission à choisir l' offre la moins disante, il est évident qu' aucun choix, ni examen des autres offres n' a été effectué, seules d' ailleurs 4 offres ont été ouvertes sur 7 présentées, sans examen de la faisabilité ni du coût de l' offre retenue " ; qu' " en effet, contrairement aux affirmations de Jacques X... son offre était purement fantaisiste et

présentait un projet économiquement et géographiquement dépourvu de toute faisabilité comme l'ont analysé les experts A... et B..., dans leurs rapports régulièrement notifiés au prévenu et régulièrement discutés au cours de l'instruction " ; que " néanmoins pour contester les conclusions de ces experts, Jacques X... verse aux débats deux rapports effectués à sa demande, par MM. C... et E..., les 11 et 12 mai 2006, soit postérieurement à l'ordonnance de renvoi, rapports sur lesquels il s'appuie pour prétendre que son offre était la meilleure et que son coût, bien qu'il ait été le plus élevé, correspondait à la réalité " ; que cependant les conclusions de ces rapports, non contradictoires ne remettent pas en cause les conclusions de MM. A... et B... et la réalisation d'une maquette, aussi somptueuse que d'ailleurs inutile soit-elle ne saurait justifier le montant de l'offre retenue au bénéfice de Jacques X..., 4 fois supérieure à celui de l'offre la moins-disante " ; que " les premiers juges ont justement conclu que : "- André-Charles Y... qui était à l'époque le maire de Theoule-sur-mer, avait délibérément favorisé l'attribution du marché public à la société Horticultural Research LTD dirigée par son ami d'enfance, Jacques X..., à qui il avait d'ailleurs déjà confié auparavant, de gré à gré, des études ayant sensiblement le même objet, en 1987 et 1988 ; "- l'offre d'Horticultural Research LTD a été retenue le 15 avril 1992 alors même qu'elle était la plus chère de toutes et assez peu consistante sur des points pourtant essentiels comme la faisabilité technique, administrative et économique du projet ; "- cette prestation a été facturée, à la somme de 1 672 260 francs, soit près de quatre fois la valeur réelle des travaux estimés par les deux experts désignés par les juges d'instruction successifs, somme, en outre curieusement proche de celle de 1 800 000 francs, correspondant au montant de la subvention accordée par le conseil général des Alpes Maritimes, dont André-Charles Y... était le vice-président " ; que " Jacques X... qui a reconnu que sa société n'avait effectué aucune recherche concernant les problèmes en matière de fréquentation touristique, de données démographiques, d'évaluation des coûts d'investissement, de faisabilité du projet au regard des règles d'urbanisme applicables ou de la propriété foncière savait qu'aucune mise en concurrence n'avait été effectuée et a profité sciemment du produit de ce délit commis par son ami Charles-André Y... " ;

" et aux motifs adoptés que " s'agissant de la sélection des sept candidats retenus, l'expert, Ernest A... relève que lors de l'ouverture des plis d'offres de prix du 20 février 1992, deux candidats n'ont pas été consultés, et deux concepteurs nouveaux sont apparus en violation des règles du CMP ; qu'il note que la commune de Theoule n'a pas respecté les textes réglementaires de la commande publique instaurés par le décret 73-207 du 28 février 1973 régissant les marchés publics d'ingénierie et d'architecture et notamment les directives d'application publiées au JO " ; qu' " en effet aucun conducteur d'opération n'a été désigné par la commune de Theoule qui a négligé de fixer dans le cadre de l'appel d'offres le domaine fonctionnel (l'infrastructure), le coût d'objectif et le type de mission ; qu'il conclut que l'ensemble de la procédure de passation du marché public a ignoré à la fois, le CMP, et les textes réglementaires sur l'ingénierie et l'architecture " ; que " s'agissant de la désignation de l'adjudicataire, il relève que les services techniques de la commune ont procédé à l'étude de quatre offres au lieu des sept retenues ; qu'il retient l'offre la plus élevée, sans explication, alors que la proposition de Veritas 400 % moins chère n'a même pas été examinée " ; que " le deuxième expert désigné, Bernard B... a formulé cette même critique " ; que " cette désignation a été imposée par le maire par l'intermédiaire de ses services techniques, ce qui explique les irrégularités relevées par les experts " ; qu' " en effet, le maire est désigné par Henri D... comme le responsable en matière d'urbanisme et de développement communal ; que c'était son domaine réservé ; que cela explique que la commission d'ouverture des plis n'avait émis aucune observation après la désignation de la commission technique, en phase avec le maire, de la société Horticultural comme adjudicataire " : que " déjà, le maire avait confié des études en vue de la réalisation d'un golf à cette même société " ; que " Thierry

Z..., directeur du programme à la Senam a confirmé que c' était le maire André- Charles Y... qui avait demandé à la Senam d' utiliser les services de la société Horticultural Research qu' il ne connaissait pas ; que la somme de 250 000 francs avait été remise en trois versements sur un compte en Suisse ; qu' il a précisé qu' à cette date il n' y avait pas de convention avec la commune de Theoule, que le paiement aurait du être effectué par celle- ci “ ; que “ le contenu du rapport déposé par cette société ne semble pas avoir été apprécié par la Senam qui a avisé le maire le 21 novembre que l' étude confiée à cette société n' avait pas véritablement été effectuée ; qu' il s' ensuit que ce ne sont pas les qualités exceptionnelles de cette société représentée par Jacques X... qui ont déterminé à nouveau le maire à désigner cette société comme devant faire cette étude lors de ses discussions avec le président du conseil général pour obtenir une subvention de 1 800 000 francs afin de financer cette étude qui sera confiée grâce à André- Charles Y... précisément à cette société et pour un montant proche de la subvention obtenue “ ; que “ ce favoritisme dans la désignation de la société Horticultural a eu pour contrepartie des études insuffisantes compte tenu des versements opérés “ ; que “ l' expert Ernest A... a fait observer que les avant- projets sommaires figurant au scellé n° 1, outre le fait qu' il n' ont pas de rapport avec le terrain réel du parc naturel, ni mêmes adaptées à ceux- ci, ne sont de plus pas dotés des infrastructures routes, assainissement, distribution des fluides propres à leur fonctionnement ; que le manque d' eau particulièrement sévère que cette étude, qui n' a pas de fiabilité technique, ni économique, dénuée aussi de toute possibilité d' exécution “ ; que “ Bernard B... partage le même avis sur la valeur technique de ce rapport, qu' ils évaluent la valeur de l' étude à 320 000 francs hors taxe, très proche de celle moins disante de Veritas à 350 000 francs hors taxe qui n' a pas été retenue ni examinée “ ; qu' il précise qu' il est difficile d' admettre que les responsables municipaux ne s' en soient pas rendus compte ; que sur ce point également, la responsabilité d' André Charles Y... est engagée puisque Henri D... a précisé que le maire avait reçu le projet sur lequel avait travaillé la société ; qu' il s' était déclaré satisfait de son contenu, ce qui signifiait que la commune devait payer le montant de la facture “ ; qu' « il était établi que André Charles Y... qui était à l' époque le maire de Théoule- sur- Mer, a délibérément favorisé l' attribution du marché public à la société Horticultural Research LTD dirigée par son ami d' enfance, Jacques X..., à qui il avait d' ailleurs déjà confié auparavant de gré à gré, des études ayant sensiblement le même objet, en 1987 et 1988 “ ; que “ l' offre d' Horticultural Research LTD a été retenue, le 15 avril 1992, alors même qu' elle était la plus chère de toutes, et assez peu consistante sur des points pourtant essentiels comme la faisabilité technique, administrative et économique du projet “ ; que “ cette prestation a été facturée, par Horticultural Research Ltd à la somme de 1672 260 francs, soit près de quatre fois la valeur réelle des travaux estimés par les deux experts désignés par les juges d' instruction successifs et correspond au montant de la subvention accordée par le conseil général des Alpes Maritimes, dont André Charles Y... était le vice- président “ ;

” 1°) alors qu' il appartient au juge répressif de caractériser l' infraction d' origine dont tire profit l' auteur du recel ; que le favoritisme est constitué par la méconnaissance d' une disposition légale ou réglementaire ayant pour objet d' assurer l' égalité dans l' accès aux marchés publics ; que l' article 312-9° du code des marchés publics applicable à l' époque des faits prévoyait que les études pouvaient être passées par la procédure négociée qui était définie par l' article 308 dudit code et selon laquelle l' autorité compétente de la collectivité ou de l' établissement public engageait, sans formalité, les discussions qui lui paraissaient utiles et attribuait ensuite librement le marché au candidat qu' il avait retenu et que l' autorité compétente était tenue de mettre en compétition, par une consultation écrite au moins sommaire, les candidats susceptibles d' exécuter un tel marché ; que, dès lors, qu' elle constatait qu' un appel d' offres avait été passé, la cour d' appel ne pouvait sans se contredire considérer que le maire qui aurait choisi seul le candidat sans la commission d' appel d' offres, avait commis le délit de favoritisme, tout en reconnaissant

que le maire n' était pas tenu de prendre l' avis de cette commission ;

" 2°) alors que les juges du fond ne peuvent se prononcer que sur les faits visés dans l' acte de prévention ; que la cour d' appel n' a pu caractériser le fait que le maire n' avait pas laissé la commission d' appel d' offres choisir le candidat le plus intéressant en s' appuyant sur le fait que M. Z... avait affirmé que le maire avait imposé le choix du prévenu, alors qu' elle avait relevé que Z... était le directeur technique de la Société d' économie mixte des Alpes Maritimes, sans lien avec la commune de Théoule, laquelle n' était pas intervenue dans l' appel d' offres de la commune de Théoule sur Mer ayant abouti à la décision de la commission d' appel d' offres du 15 avril 1992 en cause dans l' acte de prévention ;

" 3°) alors que nul n' est pénalement responsable que de son propre fait ; que la cour d' appel ne pouvait imputer au maire l' absence d' analyse des offres quant à leur faisabilité technique et leur coût alors que cette analyse relevait de la mission des services techniques, certaines offres n' ayant pas été étudiées, et qu' il n' a pas été constaté que le maire avait demandé une analyse partielle des offres au service technique ;

" 4°) alors que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux chefs péremptoires des conclusions des parties ; que l' insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ; que dès lors, la cour d' appel ne pouvait considérer comme constitutif de favoritisme le fait de n' avoir pas procédé à l' analyse comparée de certaines offres, sans répondre au chef péremptoire des conclusions déposées pour le prévenu selon lequel ces offres ne répondaient pas à l' objet du marché ;

" 5°) alors que le favoritisme incrimine la méconnaissance des dispositions légales ou réglementaires destinées à assurer l' égalité dans l' accès aux marchés publics, et non une mauvaise exécution de tels marchés ; que, dès lors, en considérant que le maire n' avait procédé à aucune analyse sérieuse des offres, ce qui serait constitutif de favoritisme, en constatant que le projet remis par le candidat finalement retenu présentait une qualité médiocre selon les rapports des experts judiciaires, la cour d' appel a méconnu l' article 432- 14 du code pénal qui n' incrimine pas la mauvaise exécution d' un contrat ;

" 6°) alors que le défaut de réponse à conclusions équivaut à l' absence de motifs ; qu' en considérant que les rapports des experts judiciaires établissaient la faiblesse de l' étude réalisée par la société dirigée par le prévenu, alors que, dans les conclusions déposées en son nom, il était soutenu que ces expertises n' étaient pas fiables dès lors que contrairement à ce qui y était affirmé le projet proposé n' était en conflit ni avec le plan d' occupation des sols de la commune de Théoule, ni avec la loi littorale et que " les besoins en eau d' un golf rustique ne sont pas de 1000 à 1300 m³ / jour mais de 1000 à 1300 m³ / mois, dans la période d' arrosage courant du mois d' avril au mois de septembre inclus " ; que, faute d' avoir répondu à ce chef péremptoire de conclusions, la cour d' appel n' a pu caractériser la faiblesse de l' étude établie par le prévenu ;

" 7°) alors qu' en vertu de l' article 300 du code des marchés publics applicable à l' époque des faits, la commission d' appel d' offres devait choisir l' offre la plus intéressante non seulement au regard de son prix mais aussi de sa valeur technique et des garanties des candidats ; que, dès lors, le choix de l' offre la moins disante ne s' imposant éventuellement que si ce critère était seul prévu dans le règlement de consultation, faute d' avoir constaté que tel était le cas en l' espèce, la cour d' appel ne pouvait considérer que le favoritisme était établi par le fait qu' il existait une offre moins- disante de la société Veritas ;

" 8°) alors que l' article 6 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d' ouvrage publique qui organise l' intervention des conducteurs d' opération est facultative et ne doit être envisagée que pour les marchés de travaux, ce qui n' était pas en cause en l' espèce ; que, par ailleurs, la prétendue fraude tirée de l' absence de conducteur d' opération se serait appliquée sans distinction entre les candidats à l' appel d' offre,

excluant donc toute rupture d' égalité entre eux ; que, dès lors, la décision de la cour d' appel, qui s' est appropriée le motif du jugement selon lequel le marché était irrégulier dès lors qu' aucun conducteur d' opération n' avait été désigné, est privée de toute base légale ;

" 9°) alors que le recel n' est caractérisé que si son auteur savait qu' il détenait une chose provenant d' une infraction ou dont il tirait profit ; qu' il appartenait donc à la cour d' appel de caractériser le fait que le prévenu savait que le maire de la commune avait imposé sa candidature à la commission d' appel d' offres ; qu' à supposer que la cour d' appel déduise la conscience du favoritisme du fait que le prévenu aurait mal exécuté sa prestation en indiquant qu' il reconnaissait que la société n' avait pas effectué certaines recherches dans le cadre de l' étude, alors qu' elle ne mettait ainsi en évidence qu' une mauvaise exécution du contrat passé, laquelle n' est pas nécessairement liée au fait que le contrat a été obtenu par favoritisme, la cour d' appel a privé son arrêt de base légale ;

" 10°) alors que lorsqu' ils retiennent le recel profit, les juges du fond doivent préciser en quoi a consisté ce profit pour la personne poursuivie ; qu' en l' espèce, la cour d' appel a considéré que le prévenu avait tiré un profit au travers de la société Horticultural Research qu' il aurait prétendument dirigée et qui avait soumissionné pour le marché en cause, l' exécution ayant été faite par Horticultural Italia, alors qu' elle a commis une confusion déjà relevée entre les interventions des sociétés Horticultural Research et Horticultural Italia, dans des contrats passés soit avec la Senam, soit avec la commune, seule la société Horticultural Italia ayant soumissionné pour le marché public attribué le 15 avril 1992, ce qui prive sa décision de toute base légale ;

" 11°) et alors enfin qu' à supposer que le prévenu ait été le dirigeant de fait de la société Horticultural Italia, le prix payé par la commune à l' issue de l' exécution du contrat profitant à la société, il appartenait à la cour d' appel de dire en quoi le prévenu en tirait lui-même profit ; que, faute de l' avoir fait, elle a privé sa décision de base légale :

" 12°) et alors enfin qu' à supposer que le prévenu ait pu tirer un profit du fait que la société Horticultural Italia avait exécuté partiellement la prestation prévue au contrat, la cour d' appel qui constate seulement qu' il savait que la société qu' il aurait dirigée n' avait pas effectué certaines recherches dans le cadre de son étude, n' a pu mettre en évidence une inexécution contractuelle et sa connaissance par le prévenu ; qu' elle a à nouveau privé sa décision de base légale " ;

Attendu qu' il résulte de l' arrêt confirmatif attaqué que la commune de Théoule- sur- Mer, dont André- Charles Y... était le maire, a attribué, le 15 avril 1992, selon la procédure de l' appel d' offres, un marché d' étude, portant sur la faisabilité d' un parc naturel de sports et de loisirs, à la société Horticultural Research and Developement Ltd, dirigée de fait par Jacques X..., ami de longue date de André- Charles Y..., à qui il avait déjà confié, de gré à gré, des études ayant sensiblement le même objet ; que deux expertises concordantes, ordonnées durant l' information judiciaire ouverte sur ces faits, ont conclu que l' offre de cette société, dépourvue de toute faisabilité, était d' un montant quatre fois supérieur à la valeur réelle des travaux estimés et proche du montant de la subvention accordée par le conseil général pour la réalisation de ce projet ;

Attendu que, pour déclarer Jacques X..., coupable de recel du délit de favoritisme reproché à André-Charles Y..., l' arrêt, par motifs propres et adoptés, énonce que ce dernier a imposé à la commission d' appel d' offres le choix de la société attributaire, par l' intermédiaire des services techniques, " en phase avec lui " , qui n' ont procédé à aucune analyse des offres déposées, dont seules quatre ont été ouvertes sur les sept ; que les juges relèvent que les sociétés Horticultural Research and Developement Ltd, soumissionnaire, et Horticultural Italie, filiale de la précitée, qui a présenté le projet et reçu les fonds, sont en fait une même entité, dirigée par Jacques X... ; qu' ils en déduisent que le prévenu, qui a reconnu l' absence de toute recherche sur la faisabilité de l' offre présentée et qui savait qu' aucune mise en concurrence n' avait été effectuée, a profité

sciemment du délit commis par son ami Charles- André Y... ;
Attendu qu' en l' état de ces seuls motifs, qui établissent que le choix de l' entreprise attributaire, contraire à l' article 297 du code des marchés publics alors applicable, a procuré à cette dernière, un avantage injustifié lui permettant de bénéficier des prestations liées au marché, et dès lors qu' une collectivité locale, qui a décidé, bien qu' elle n' y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d' appel d' offres, doit se conformer aux règles imposées par cette dernière, la cour d' appel, qui a répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie, a justifié sa décision ;
D' où il suit que le moyen, qui, en ses deuxième, troisième, quatrième, sixième, neuvième et dixième branches, se borne à remettre en question l' appréciation souveraine, par les juges du fond, des faits et circonstances de la cause, ainsi que des éléments de preuve contradictoirement débattus, ne saurait être admis ;
Et attendu que l' arrêt est régulier en la forme ;
REJETTE le pourvoi ;

Ainsi jugé et prononcé par la Cour de cassation, chambre criminelle, en son audience publique, les jour, mois et an que dessus ;
Etaient présents aux débats et au délibéré, dans la formation prévue à l' article 567- 1- 1 du code de procédure pénale : M. Dulin conseiller le plus ancien faisant fonction de président en remplacement du président empêché, Mme Labrousse conseiller rapporteur, Mme Thin conseiller de la chambre ;
Greffier de chambre : M. Souchon ;
En foi de quoi le présent arrêt a été signé par le président, le rapporteur et le greffier de chambre ;
Publication : Bulletin criminel 2008, N° 121

Décision attaquée : Cour d' appel d' Aix-en-Provence du 17 octobre 2007

Titrages et résumés : ATTEINTE A L' AUTORITE DE L' ETAT - Atteinte à l' administration publique commise par des personnes exerçant une fonction publique - Manquement au devoir de probité - Atteinte à la liberté d' accès et à l' égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public - Eléments constitutifs - Détermination

Une collectivité locale, qui a décidé, bien qu' elle n' y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d' appel d' offres doit se conformer aux règles imposées par cette dernière