

Cour de cassation

chambre criminelle

Audience publique du 19 mars 2008

N° de pourvoi: 07-83979

Non publié au bulletin

Rejet

M. Cotte (président), président

SCP Piwnica et Molinié, SCP Waquet, Farge et Hazan, 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... François,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de BORDEAUX, en date du 9 mai 2007, qui, infirmant, sur le seul appel de la partie civile, l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction, l'a renvoyé devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics ;

Vu l'article 574 du code de procédure pénale ;

Vu les mémoires produits, en demande et en défense ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles préliminaire, 213, 388, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

” en ce que l’arrêt infirmatif attaqué a renvoyé François X... devant le tribunal correctionnel après avoir dit qu’il résultait de l’information charges suffisantes à son encontre d’avoir à Bordeaux, courant 1999 et 2000, en tout cas dans le département de la Gironde et depuis temps non couvert par la prescription, agissant pour le compte de la communauté urbaine de Bordeaux, procuré ou tenté de procurer à la société C... un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d’accès et l’égalité des candidats dans les marchés publics et d’avoir ainsi commis une atteinte à la liberté d’accès et à l’égalité des candidats dans le marché public du tramway de la ville de Bordeaux ;

” alors que l’ordonnance de renvoi doit préciser les faits dont elle saisit le tribunal correctionnel afin de permettre au prévenu de connaître de manière détaillée la nature et la cause de la prévention ; qu’en l’espèce, François X... a été renvoyé devant le tribunal correctionnel pour délit de favoritisme, sans que l’arrêt de renvoi ne précise dans son dispositif quel fait pouvant lui être reproché constituerait un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires, ayant pour objet de garantir la liberté d’accès et l’égalité des candidats dans les marchés publics ; que faute de comporter la précision nécessaire pour pouvoir saisir légalement la juridiction de renvoi, l’arrêt encourt la nullité “ ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 432-14 du code pénal, 591 et 593 du code de procédure pénale ;

” en ce que l’arrêt infirmatif attaqué a renvoyé François X... devant le tribunal correctionnel sous la prévention de favoritisme ;

” aux motifs qu’en premier lieu une commission d’appel d’offres méconnaît le principe d’égalité entre les candidats en acceptant d’examiner une offre qui ne répond pas complètement à l’objet de l’appel d’offres défini par le règlement de consultation ; que, même si François X... prétend qu’il n’était pas interdit de déposer une autre maquette celle-ci n’étant pas prévue par le règlement de consultation ne peut avoir pour conséquence qu’une rupture d’égalité entre les candidats (arrêt, p. 95) ; que François X... avait informé André Y... qu’C... allait de toute façon présenter une autre maquette (...) ; que François X... n’a pas contesté que les différences les plus importantes par rapport au design concernaient le projet C... et a reconnu que le règlement ne prévoyait pas le dépôt d’une nouvelle maquette ; qu’en l’espèce, d’une part, l’appel d’offres sur performance ne permettait pas de rattraper une offre qui ne remplissait pas dès l’origine une condition substantielle, telle celle d’C... qui proposait en réalité un design non conforme au design préconisé par le cabinet d’architectes Absolute design et correspondant à sa gamme Citadis et, d’autre part, C... a produit lors de sa dernière audition « un bout de maquette de la cabine avant », François X... reconnaissant que les membres de la commission avaient porté leur appréciation quant au design proposé par C... sur ce bout de maquette et sur les dessins et images de synthèse et ce, contrairement au règlement de consultation des entreprises ; qu’en conséquence, il y a eu, en ce qui concerne le design une rupture d’égalité entre les candidats, C... ayant été autorisé à apporter des modifications substantielles à son offre initiale, à la rattraper et à déposer « un bout de maquette » qui a permis à la commission d’appel d’offres de la classer la meilleure alors qu’elle était la plus éloignée du design préconisé par le cabinet d’architecte qui avait remporté le premier marché passé par la CUB spécialement pour ce problème de design et qu’elle n’a jamais

déposé une maquette complète ; que, si l'essence des appels d'offres sur performances permet aux candidats d'adapter leurs offres à un projet qu'il est difficile de définir précisément, en l'espèce, concernant le design, il était parfaitement défini par le designer retenu sur concours (arrêt, pp. 97-98) ;

” alors que d'abord, à peine de commettre un excès de pouvoir, une chambre de l'instruction ne peut renvoyer une personne mise en examen devant un tribunal correctionnel sans relever à son encontre aucune charge susceptible de caractériser un délit ; qu'il ne résulte d'aucun des motifs de l'arrêt attaqué que François X... ait commis le moindre fait positif par lequel il aurait favorisé la candidature d'C... en faisant en sorte que la recevabilité de son offre initiale soit admise par la commission d'appel d'offres au regard des exigences du maître de l'ouvrage en matière esthétique ; que, faute de comporter aucune charge à l'encontre du mis en examen sur ce point, l'arrêt est entaché d'un excès de pouvoir ;

” alors qu'ensuite, il ne résulte d'aucun des motifs de l'arrêt attaqué que François X... ait commis le moindre fait positif par lequel il aurait favorisé la candidature d'C... en faisant en sorte que la recevabilité de son offre définitive en matière de design soit admise et qu'ainsi C... soit admise à déposer une seconde maquette, malgré l'ampleur des modifications qu'elle comportait au regard de l'offre initiale ; que, faute de retenir aucune charge à l'encontre du mis en examen sur ce point, l'arrêt est entaché d'un excès de pouvoir ;

” alors qu'enfin, dans son mémoire (pp. 267-273), François X... soutenait qu'aucun fait positif ne lui était imputable relativement à la recevabilité de l'offre initiale d'C... ainsi qu'à celle de son offre modifiée, cette question de la recevabilité des offres d'C... n'ayant, en dépit des doutes formulés par le représentant de la DDCCRF, jamais été formellement débattue ; qu'à supposer donc que l'une ou l'autre de ces offres puisse effectivement être jugée irrecevable au regard du règlement de consultation des entreprises, la chambre de l'instruction se devait de rechercher si la recevabilité avait été permise par un acte imputable à François X... ; que, dès lors que la chambre de l'instruction n'a pas effectué cette recherche impliquée par les écritures de François X..., son arrêt ne répond pas en la forme aux conditions essentielles de son existence légale ;

” aux motifs qu'en deuxième lieu, lorsque les offres comportent des variantes par rapport aux spécifications du cahier des charges, soit elles figurent sur le même acte d'engagement que l'offre de base, soit elles font l'objet d'un acte d'engagement distinct qui est présenté simultanément à l'acte d'engagement de l'offre de base ; qu'il résulte des pièces de la procédure que, dès le 10 août 1999, la mission tramway de la CUB et la maîtrise d'oeuvre GET Systra étaient en possession du CCAP d'AD Tranz contenant à la fois l'offre de base et l'offre alternative (arrêt, p. 86) ; que, lorsque les solutions variantes sont autorisées, la commission a l'obligation de recenser et d'analyser les offres dans toutes leurs composantes et de commencer par comparer les offres conformes à la solution de base, d'une part, et les variantes d'autre part ; que c'est cet acte d'engagement qui prime toutes les autres pièces du marché et que l'ordre de priorité est fixé par le cahier des clauses administratives générales identique pour toutes les catégories de marchés : acte d'engagement, CCAP, CCTP, pièces particulières et si l'ordre est modifié, la dérogation doit apparaître dans le CCAP ; qu'en omettant dans l'analyse des clauses administratives du CCAP d'AD Tranz, qu'il avait décidé de présenter seul, de faire état du

préambule du CCAP selon lequel AD Tranz était à même de respecter totalement le CCAP de base tel qu'il avait été adressé aux concurrents et en faisant observer aux membres de la commission que les clauses modificatives n'étaient assorties d'aucune proposition de rabais comme l'exigeait le CCAP et en ajoutant que « s'engager sur la base de cette proposition serait dangereux et aventureux pour la CUB », François X... a créé une rupture d'égalité entre les candidats, les membres de la commission d'appel d'offres ayant pensé compte tenu d'une telle présentation que les propositions faites avaient un caractère impératif et qu'AD Tranz n'avait pas répondu à l'offre de base, rupture d'égalité qui a eu une influence dès lors qu'elle a conduit à défavoriser AD Tranz, qu'elle a « plombé » l'offre d'AD Tranz ; qu'en effet, au moment de se prononcer, les membres de la commission d'appel d'offres ignoraient que le CCAP d'AD Tranz n'avait qu'une valeur de proposition alors qu'il ressortait clairement de la présentation qui leur en a été faite qu'au contraire les propositions étaient impératives et qu'il n'y avait pas d'autre choix, AD Tranz ne répondant pas au CCAP tel qu'imposé par le règlement de consultation ; qu'au demeurant, le président du tribunal administratif saisi en application de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs, a d'ailleurs annulé la décision de la commission d'appel d'offres relative à l'attribution du marché en relevant qu'en s'abstenant de procéder à l'examen de l'offre de base d'AD Tranz, la commission d'appel d'offres avait entaché sa décision d'une erreur de nature à porter atteinte aux obligations de concurrence et dit que la commission d'appel d'offres devait procéder à un réexamen de l'ensemble des offres telles qu'elles avaient été présentées (arrêt, pp. 89-90) ;

” alors que, d'une part, l'ordonnance du juge des référés précontractuel n'est dotée d'aucune autorité de chose jugée ; qu'en se fondant sur les motifs de l'ordonnance du président du tribunal administratif de Bordeaux déclarant que la commission d'appel d'offres du 3 février 2000 avait méconnu le principe d'égalité des candidats dans les marchés publics en ne procédant pas à l'examen de l'offre de base d'AD Tranz, la cour d'appel a commis un excès de pouvoir négatif ;

” et alors que, d'autre part, dans son mémoire (pp. 203-206), François X... soutenait qu'il était tout à fait impossible de considérer qu'AD Tranz présentait en réalité deux offres distinctes et alternatives, comportant l'une le CCAP et la consultation non modifiée, et l'autre le CCAP modifié (cf. p. 203) ; que la chambre de l'instruction n'ayant pas recherché, comme elle y était invitée, si l'analyse de l'offre lors de la commission d'appel d'offres, notamment au vu du règlement de la consultation des entreprises, des règles qui régissent la procédure d'appel d'offres, de la rédaction péremptoire et de l'objet des modifications contenues dans l'offre d'AD Tranz, ne pouvait pas ne pas tenir compte de ce CCAP modifié et ne pouvait donc qu'être effectuée globalement en intégrant ce CCAP, de sorte que sa présentation devant la commission d'appel d'offres n'avait pas méconnu l'égalité entre les candidats, son arrêt est entaché d'irrégularité en ce qu'il ne répond pas en la forme aux conditions essentielles de son existence légale ;

” aux motifs, en dernier lieu, que nonobstant les différences en matière de confort acoustique qui seraient plus proches du CCFP en ce qui concerne C..., il convient de relever qu'au cours de la commission d'appel d'offres du 14 avril 2000 il y a eu à nouveau rupture d'égalité concernant la présentation des offres d'AD Tranz en matière de bruit ; qu'en effet, si François X... a avancé qu'AD Tranz refusait de s'engager par contrat sur le respect des valeurs de bruit exigées, ajoutant qu'en refusant de s'engager par contrat sur le respect des valeurs acoustiques les pénalités étaient vidées de sens et ne pourraient

plus jouer leur rôle incitatif, il n'a pas porté à la connaissance des membres de la commission d'appel d'offres qu'C... était dans la même situation et ne garantissait que les valeurs acoustiques de son offre ; que Mme Z... et M. A... rappelaient que les pénalités trouvaient à s'appliquer tant pour C... que pour AD Tranz, sans que l'un ou l'autre puisse d'affranchir des pénalités qui étaient prévues au marché ; que M. B... affirmait qu'AD Tranz n'avait pas dit qu'il refusait de payer les pénalités (arrêt, p. 91) ; qu'il ressort des observations du représentant de la DDCCRF qu'en modifiant les tableaux du 3 février 2000 au prétexte que ceux-ci étaient partiellement erronés et comprenaient des erreurs d'appréciation ou pour simplifier les choses, François X... est parvenu à opérer un glissement des appréciations qualitatives dans un sens défavorable au groupement AD Tranz ; que François X... a reconnu de surcroît qu'il y avait bien eu une erreur concernant les chiffres de l'offre d'AD Tranz lors de la commission d'appel d'offres du 14 avril 2000, même s'il en impute la responsabilité à la maîtrise d'oeuvre, les chiffres repris étant ceux de l'offre initiale et non ceux de l'offre définitive, sensiblement meilleurs (arrêt, p. 94) ;

” alors que, d'une part, dans son mémoire (pp. 286-288 et pp. 290-291), François X... soutenait qu'C... pas plus qu'AD Tranz ne garantissait pas le respect des valeurs imposées par le cahier des charges en matière de bruit mais qu'en revanche, C... contrairement à AD Tranz qui affirmait ne « pouvoir s'engager par contrat au respect des valeurs exigées » n'avait pas refusé de s'engager sur ces objectifs de sorte que seul C... concédait une réduction de son prix en cas de manquement aux niveaux de bruit exigés ; que la chambre de l'instruction n'ayant pas recherché, comme elle y était invitée, s'il ne résultait pas de l'offre d'AD Tranz que ce groupement entendait éluder les pénalités prévues en matière de bruit, ce qui plaçait les deux candidats dans deux situations différentes et qui légitimait l'avertissement de François X... adressé à la commission d'appel d'offres, son arrêt ne répond pas aux conditions essentielles de son existence légale ;

” et alors que, d'autre part, dans son mémoire (pp. 277-280), François X... faisait valoir qu'il était fondamental de souligner qu'il n'avait pas en sa qualité de chef de projet, compétence pour dépouiller les offres des candidats, que son rôle était seulement de prendre connaissance des rapports émanant de la maîtrise d'oeuvre dont il était entièrement tributaire de sorte que, hormis la correction qu'il a pu apporter à ce rapport en ce qui concerne le défaut d'engagement d'AD Tranz sur les valeurs acoustiques exigées par le maître de l'ouvrage, ces erreurs ou omissions ne lui sont en rien imputables ; que la chambre de l'instruction s'étant bornée à affirmer que François X... avait reconnu les erreurs contenues dans sa présentation des chiffres de l'offre d'AD Tranz, sans rechercher, comme elle y était invitée, s'il avait conscience du caractère erroné des informations contenues dans ce rapport, son arrêt ne répond pas aux conditions essentielles de son existence légale “ ;

Les moyens étant réunis ;

Attendu que les moyens se bornent à critiquer les énonciations de l'arrêt relatives aux charges que la chambre de l'instruction a retenues contre le prévenu ; que, ces énonciations ne présentant aucune disposition que le tribunal saisi de la poursuite n'aurait pas le pouvoir de modifier, les moyens sont irrecevables en application de l'article 574 susvisé ;

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. Cotte président, Mme Labrousse conseiller rapporteur, M. Dulin conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Daudé ;

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

Décision attaquée : Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Bordeaux du 9 mai 2007