

**Cour de cassation**

**chambre criminelle**

**Audience publique du 3 mai 2012**

**N° de pourvoi: 11-83179**

Non publié au bulletin

**Cassation partielle**

**M. Louvel (président), président**

SCP Richard, 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 :

- La société Calbat, partie civile,

contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de NOUMEA, en date du 7 avril 2011, qui, dans l'information suivie, sur sa plainte, contre Le Centre hospitalier de Nouvelle Calédonie et M. Henri X..., du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, a confirmé l'ordonnance de non-lieu rendue par le juge d'instruction ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le moyen unique de cassation, pris de la violation des articles 432-14 du code pénal, 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, défaut de réponse à conclusions et manque de base légale ;

"en ce que l'arrêt attaqué a dit n'y avoir lieu à suivre à l'encontre de quiconque du chef d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public ;

"aux motifs propres qu'en droit la chambre de l'instruction a l'obligation avant de renvoyer

un mis en examen devant le tribunal correctionnel de vérifier si les charges relevées contre ce mis en examen apparaissent ou non suffisamment graves et concordantes ; que ces charges doivent notamment s'analyser par rapport aux faits qui lui ont été reprochés, par rapport à la qualification pénale susceptible d'être retenue ainsi que par rapport à l'élément moral susceptible d'être ou non constitué ; qu'en l'espèce, M. X... et le Centre Hospitalier de Nouméa ont été mis en examen du chef du délit de favoritisme prévu et réprimé par les dispositions de l'article 432-14 du code pénal qui stipule : « qu'est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et d'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de services publics » ; que cette mise en examen et le complément d'instruction ordonné par la chambre avait en t notamment pour but de vérifier, si comme le prétendait la société Calbat, M. X... avait pu à titre personnel bénéficier de quelques avantages particuliers, notamment par la société Cipac lors de voyages à Wallis, ce qui aurait pu expliquer un choix délibéré dans l'attribution du marché... que le complément d'information a confirmé le caractère infondé de telles imputations... que si la juridiction administrative a jugé que la procédure de marché de gré à gré mise en place par le directeur du centre hospitalier pour la passation du marché relatif à l'agrandissement des locaux de cet hôpital ne se justifiait pas car elle a considéré qu'il n'existait pas en l'espèce une impérieuse nécessité de ne pas recourir à la procédure des marchés publics et que par voie de conséquence, cette procédure de gré à gré était irrégulière et avait été de nature par les choix opérés à occasionner à la société Calbat un manque à gagner, ces considérations de la juridiction administrative repose sur une analyse jurisprudentielle des juges que ne pouvait forcément connaître ni partager le directeur du centre hospitalier, qui conscient des risques malgré tout certains d'insécurité des bâtiments, d'insalubrité des installations due à un confinement des malades et d'insuffisance des lits d'hôpital par rapport aux besoins, s'est cru certes à tort, mais tout de même de bonne foi, autorisé par les textes à procéder de la sorte ; que, d'ailleurs, la société Calbat peut difficilement se prévaloir de l'erreur de procédure de marché suivie par le directeur de l'hôpital et le bureau d'études qu'il avait choisi pour établir le cahier des charges du marché et la grille de notation des concurrents par rapport aux résultats recherchés, puisque cette société a malgré tout concouru au marché de gré à gré et a même bénéficié d'un avantage en ayant été admise au concours, alors que la production de son offre était tardive ; qu'enfin, si la juridiction administrative sur le plan de la conception des bâtiments à réaliser a pu estimer de manière rationnelle que la réalisation de ceux-ci par voie d'ensembles modulaires ou par voie de préfabriqués ne pouvait justifier un choix plutôt qu'un autre et que seul le moins disant aurait dû remporter le marché, le directeur d'un hôpital ou le bureau d'études mandaté par lui pouvaient pour des raisons de sécurité justement prévoir que, dans la grille de notation des offres du marché présentées par les candidats, la pose de blocs modulaires soit avantagée par rapport à l'installation de bâtiments préfabriqués qui impliquait un plus grand nombre d'ouvrier, d'engins et de matériaux sur le chantier situé à proximité immédiate de l'hôpital et donc davantage de risque pour les médecins, infirmières, patients et leurs visiteurs et une plus grande difficulté d'exercice pour les premiers de leur métier par suite des bruits provoqués ; que l'entreprise Calbat, qui a soumissionné à ce marché de gré à gré, n'était pas ignorante de la grille de notation des projets et de l'intérêt qu'elle pouvait avoir à proposer elle aussi des blocs modulaires plutôt

que des éléments préfabriqués ; que, s'il peut être, somme toute, reproché au directeur de l'hôpital une erreur d'appréciation sur la notion de l'impérieuse nécessité qu'exigeait l'ouverture d'un marché de gré à gré, il ne peut nullement lui être reproché d'avoir volontairement, à un moment donné ou un autre au cours de la passation du marché de gré à gré, voulu favoriser l'entreprise Cipac au détriment de la société Calbat ou du groupe de sociétés qu'elle représentait ; qu'il n'existe donc pas en l'espèce l'élément moral indispensable aux poursuites devant la juridiction de jugement, ni de M. X..., ni du Centre hospitalier de Nouvelle-Calédonie dont l'élément intentionnel s'apprécie en la personne de son dirigeant ;

"et aux motifs adoptés que la société Calbat se plaint ensuite de ce que son offre était la moins disante, car l'offre acceptée par le centre hospitalier territorial ne comprenait notamment pas le coût de la police d'assurance –construction obligatoire ; que la solution de constructions modulaires ne pouvait juridiquement se voir couvrir par une police d'assurance construction ; qu'en proposant une solution de construction de préfabriqués non conforme au marché, impliquant la souscription d'une police d'assurance, la société Calbat s'est mise dans la position d'avoir à souscrire cette assurance et qu'elle ne peut reprocher au centre hospitalier territorial et son directeur d'avoir retenu une solution qui ne la nécessitait juridiquement pas ;

"1°) alors qu'en l'absence d'impérieuse nécessité, le recours à un appel d'offres par une procédure de gré à gré, qui a pour effet d'écartier de l'accès au marché des candidats potentiels, procure un avantage injustifié à l'entreprise attributaire ; qu'en décidant que M. X... et Le Centre hospitalier territorial Gaston Y... n'avaient procuré aucun avantage injustifié à la société Cipac, après avoir pourtant constaté que le tribunal administratif de Nouvelle Calédonie avait décidé, par jugement du 21 décembre 2006, que M. X... et Le Centre hospitalier territorial Gaston Y... avaient irrégulièrement eu recours à une procédure de gré à gré pour la passation du marché, ce dont il résultait que le maître d'ouvrage avait octroyé un avantage injustifié à la société attributaire en restreignant l'accès des candidats au marché, la chambre de l'instruction, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les textes visés au moyen ;

"2°) alors qu'en l'absence d'impérieuse nécessité, le recours à un appel d'offres par une procédure de gré à gré, qui a pour effet d'écartier de l'accès au marché des candidats potentiels, procure un avantage injustifié à l'entreprise attributaire ; qu'en décidant que M. X... et Le Centre hospitalier territorial Gaston Y... n'avaient procuré aucun avantage injustifié à la société Cipac, motif pris que la société Calbat pouvait difficilement se prévaloir de ce que le recours à la procédure de marché de gré à gré était irrégulier dès lors qu'elle avait été admise à concourir en dépit du dépôt tardif de son offre, la chambre de l'instruction, qui s'est prononcée par un motif inopérant, comme n'étant pas de nature à exclure que les éléments constitutifs de l'infraction aient été réunis, n'a pas légalement justifié sa décision ;

"3°) alors qu'en l'absence d'impérieuse nécessité, le recours à un appel d'offres par une procédure de gré à gré, qui a pour effet d'écartier de l'accès au marché des candidats potentiels, procure un avantage injustifié à l'entreprise attributaire ; qu'en décidant que la société Cipac n'avait bénéficié d'aucun avantage en se voyant désignée attributaire du marché, au motif que M. X... ou le bureau d'étude mandaté par lui pouvaient, pour des

raisons de sécurité, prévoir dans la grille de notation des offres que la pose de blocs modulaires serait avantagée par rapport à l'installation de bâtiments préfabriqués, après avoir cependant constaté que la juridiction administrative avait décidé, de manière rationnelle, que les offres des deux groupements étaient techniquement équivalentes de sorte que seul le moins disant aurait dû remporter le marché, la chambre de l'instruction a statué par un motif inopérant et entaché sa décision d'une erreur de droit ;

"4°) alors que constitue 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 les délégations de service public, procurant un avantage injustifié, le fait de procéder à une altération ou une modification du cahier des charges pour permettre d'attribuer le marché à l'entreprise pressentie ; que la société Calbat faisait valoir, dans ses écritures d'appel, que la société Cipac s'était vue désignée attributaire, bien que les constructions modulaires qu'elle proposait n'aient pu faire l'objet d'une police d'assurance de garantie décennale, de sorte que la solution technique proposée par la société Cipac, qui ne satisfaisait pas aux CCAP, ne pouvait être retenue par M. X... et Le Centre hospitalier territorial Gaston Y... ; qu'en s'abstenant de répondre à ce chef péremptoire des conclusions de la société Calbat, dont il résultait pourtant que l'égalité des candidats n'avait pas été respectée et que la société Cipac avait bénéficié d'un avantage injustifié, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision ;

"5°) alors que l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'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 les délégations de service public ; que l'intention frauduleuse s'apprécie au regard des compétences qui peuvent être légitimement attendu de l'auteur de l'infraction en matière de marchés publics, au regard notamment de son expérience et des fonctions professionnelles qu'il exerce ; qu'en se bornant, pour décider que l'élément intentionnel du délit n'était pas caractérisé, à énoncer péremptoirement que M. X... s'était cru de bonne foi autorisé à user d'une procédure de gré à gré pour la passation du marché, sans indiquer en quoi les fonctions que M. X... avait exercées pendant de nombreuses années, tant pour le compte du ministère de la coopération en qualité de chargé de mission pour la construction et la rénovation de bâtiments hospitaliers, que pour le compte d'une agence régionale hospitalière, puis en qualité de directeur d'établissements hospitaliers, lesquelles l'avaient conduit à organiser la passation de marchés publics, n'excluaient pas qu'il ait pu agir de bonne foi, la chambre de l'instruction n'a pas légalement justifié sa décision ;

"6°) alors que l'élément intentionnel du délit prévu par l'article 432-14 du code pénal est caractérisé par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'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 les délégations de service public ; qu'en disant n'y avoir lieu à suivre à l'encontre de M. X... et du Centre hospitalier territorial Gaston Y... du chef de favoritisme, faute d'élément intentionnel, motif pris qu'il ne pouvait être reproché au directeur de l'hôpital d'avoir voulu favoriser la société Cipac au détriment de la société Calbat, bien que l'élément intentionnel du délit ait été caractérisé par la seule violation, en connaissance de cause, par M. X... des dispositions applicables aux marchés conclus de gré à gré, la chambre de l'instruction a, de nouveau, entaché sa décision d'une erreur de droit" ;

Vu l'article 593 du code de procédure pénale ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision et répondre aux articulations essentielles des mémoires des parties ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que la société Calbat a porté plainte et s'est constituée partie civile devant le doyen des juges d'instruction de Nouméa du chef de favoritisme contre Le Centre hospitalier de Nouvelle Calédonie et son directeur, M. X..., en exposant que le marché relatif à la construction d'unités d'hébergement et d'un local de biologie médicale, auquel elle s'était portée candidate, avait été attribué à la société concurrente Cipac, à l'issue d'une procédure de gré à gré annulée par un jugement du tribunal administratif qui relevait que l'implantation de bâtiments modulaires au sein de l'établissement ne correspondait pas à un cas d'urgence impérieuse motivée par des circonstances imprévisibles ;

Attendu que, pour dire n'y avoir lieu à suivre contre quiconque de ce chef, l'arrêt, après avoir relevé notamment que la société Calbat, admise à concourir à ce marché, alors même que son offre était tardive, peut difficilement se prévaloir de l'erreur de procédure, énonce que, s'il peut être reproché au directeur de l'hôpital une erreur d'appréciation sur la notion d'impérieuse nécessité, il n'apparaît pas que ce dernier ait volontairement voulu favoriser l'entreprise attributaire au détriment de la société plaignante, de sorte que l'élément moral de l'infraction n'est pas caractérisé ;

Mais attendu qu'en statuant ainsi, sans rechercher par l'analyse des modalités de publicité réalisées si le recours à une procédure de gré à gré, en violation de l'article 35, 7°, de la délibération modifiée du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés administratifs passés au nom du territoire de la Nouvelle-Calédonie et de ses établissements publics, n'a pas procuré à la société attributaire un avantage injustifié en restreignant l'accès au marché de candidats potentiels, et sans répondre aux conclusions de la partie civile qui faisait valoir que l'offre de la société attributaire n'était pas conforme au cahier des clauses administratives particulières exigeant la souscription d'une police d'assurance de garantie décennale, ce qui était de nature à avoir procuré à cette société un avantage injustifié, la chambre de l'instruction, qui ne pouvait, sans se contredire ou mieux s'en expliquer, tout à la fois retenir que M. X... avait commis une erreur d'appréciation sur la notion d'impérieuse nécessité et exclure l'existence de l'élément intentionnel, n'a pas justifié sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt susvisé de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nouméa, en date du 7 avril 2011, et pour qu'il soit à

nouveau jugé, conformément à la loi ;

RENVOIE la cause et les parties devant la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris, à ce désignée par délibération spéciale prise en chambre du conseil ;

DIT n'y avoir lieu à application de l'article 618-1 du code de procédure pénale ;

ORDONNE l'impression du présent arrêt, sa transcription sur les registres du greffe de la chambre de l'instruction de la cour d'appel de Nouméa et sa mention en marge ou à la suite de l'arrêt annulé ;

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

Greffier de chambre : Mme Krawiec ;

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