

Cour de cassation

chambre criminelle

Audience publique du 13 janvier 2016

N° de pourvoi: 14-88382

ECLI:FR:CCASS:2016:CR06174

Non publié au bulletin

Rejet

M. Guérin (président), président

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 :

- M. Pascal X...,
contre l'arrêt de la cour d'appel d'AIX-EN-PROVENCE, 5e chambre, en date du 25 novembre 2014, qui, pour prise illégale d'intérêt, l'a condamné à un an d'emprisonnement avec sursis et 10 000 euros d'amende ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 25 novembre 2015 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Guérin, président, Mme Planchon, conseiller rapporteur, M. Soulard, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Hervé ;

Sur le rapport de Mme le conseiller PLANCHON, les observations de la société civile professionnelle WAQUET, FARGE et HAZAN, avocat en la Cour, et les conclusions de M. l'avocat général LE BAUT ;

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles du 432-12 code pénal, 388, 427, 485, 512, 591 à 593 du code de procédure pénale, 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, défaut de motifs, manque de base légale, excès de pouvoirs ;

" en ce que l'arrêt attaqué, après avoir requalifié les faits poursuivis en prise illégale d'intérêts, a déclaré M. X...coupable de ce chef et l'a condamné à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et 10 000 euros d'amende ;

" aux motifs que le 29 juin 2012, le conseil municipal de la commune de Hyères, sur avis de la commission d'appel d'offres, décidait d'attribuer à la société Creaconception le marché de télévision locale diffusée par internet qui comprenait les trois lots techniques

suivants : la construction d'une plateforme de diffusion et d'une identité graphique pour un montant de 12 558 euros, la réalisation d'un journal télévisé pour un montant de 223 891, 20 euros, les reportages thématiques pour un maximum annuel de 250 000 euros TTC ; que cette décision était l'aboutissement d'une procédure d'appel d'offres au cours de laquelle M. X..., collaborateur de cabinet du maire en charge de la communication institutionnelle, avait rédigé le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et analysé les offres en présence aux termes d'un rapport présenté à la commission d'appels d'offres ; que, par courrier du 23 juillet 2012, M. Jean-Pierre C..., conseiller municipal d'opposition, faisait part au procureur de la République de Toulon de ses soupçons de favoritisme pesant sur le choix de la société retenue qui était domiciliée à la même adresse que celle de M. X...lequel serait un proche de M. Sylvain Y..., gérant de la société Creaconception ; que l'existence de liens personnels et professionnels étroits entre M. Sylvain Y..., la société Creaconception et le collaborateur du cabinet du maire de Hyères était confirmée par l'enquête ; qu'en effet, M. Sylvain Y...avait été salarié de plusieurs sociétés dans lesquelles M. X...avait des intérêts ; qu'ainsi, il avait été embauché en 1997 en qualité de responsable du développement multimédia par la société Kheops SA, dont M. X...était le président directeur général, laquelle avait conçu en 2001 le site internet de la ville de Hyères, puis par la société Centrale des agences, dans laquelle M. X...était associé puis enfin par la société « Les 5 terres » EURL, immatriculée en 2002, attributaire du marché public relatif à la création du journal municipal de la ville de Hyères et dont le gérant était M. X...jusqu'en 2010, ce dernier ayant été remplacé à cette fonction par son père à compter de son embauche à la mairie de Hyères comme collaborateur de cabinet du maire ; que des imbrications entre la société « Les cinq terres » et la société Creaconception étaient de surcroît mises à jour : qu'ainsi, Mme Valérie Z...et M. Simon A..., anciens salariés de la société dont M. X...avait été le gérant jusqu'en 2010 étaient embauchés par la société gérée par M. Sylvain Y...; que de même, lors de son recrutement par la commune de Hyères, M. X...transférait une partie de la clientèle de sa société « Les cinq terres » à la société Creaconception ; qu'enfin, les deux sociétés étaient domiciliées à la même adresse, 1468 chemin du soldat Macri à Hyères, qui était également l'adresse personnelle de M. X..., leurs boîtes aux lettres respectives étant situées les unes à côté des autres au même emplacement, à l'entrée de la propriété, comme en atteste le cliché photographique annexé au constat d'huissier établi à la demande du plaignant ; que, pour finir, les investigations téléphoniques, qui recensaient quarante-neuf échanges téléphoniques entre l'agent public et le chef d'entreprise durant la période du 6 mars au 13 avril 2012, montraient que les deux hommes étaient quotidiennement en relation, la désignation de M. Sylvain Y...en qualité d'ami sur le compte Facebook ouvert par M. X...en juillet 2010 confirmant à cet égard leur grande proximité ; que l'enquête révélait par ailleurs que trois des cinq candidats avaient été écartés car ils n'avaient pas soumissionné aux trois lots, l'un d'eux affirmant avoir été trompé par M. X...qui lui aurait à ses dires indiqué par téléphone que son offre pouvait ne pas porter sur l'ensemble des lots ; qu'il était également découvert que le dossier de candidature de la société Creaconception contenait des pièces que son gérant avait falsifiées en augmentant considérablement le chiffre d'affaires ainsi que l'effectif des salariés ; que le prévenu a fait plaider sa relaxe devant la cour, dénué de toute compétence en matière de marchés publics, il s'est occupé des seuls aspects techniques du marché litigieux, laissant au service de la commande publique le soin d'élaborer l'appel d'offres ; qu'il conteste avoir induit en erreur les candidats en leur faisant croire qu'était facultative la soumission à la totalité des lots visés par l'appel d'offres et ne reconnaît pas avoir surestimé l'offre de la société Creaconception ; que, s'il ne nie pas avoir entretenu avec son gérant des relations professionnelles, il fait valoir qu'aucune disposition du code des marchés publics ne l'interdit et que ce candidat n'a bénéficié d'aucune information privilégiée ; que la cour observe de fait que les manoeuvres reprochées au prévenu aux

termes de la prévention, la fourniture de fausses informations à trois des cinq candidats et la surestimation de l'offre de la société Creaconception, ne sont pas suffisamment caractérisées ; qu'en effet, les documents de la consultation, qui spécifiaient que les trois lots techniques relevaient d'un marché unique, ne recelaient aucune ambiguïté particulière de nature à induire en erreur les candidats ; que sur les trois candidats écartés pour avoir présenté une offre incomplète, seul M. Alexandre B..., gérant de la société Samson production, se plaint d'avoir été leurré par les renseignements inexacts obtenus par téléphone de M. X...; que, cependant, cette conversation téléphonique, dont la teneur est par ailleurs vivement contestée, ne peut, à elle seule et à défaut d'autre élément, suffire à établir que l'erreur commise par M. Alexandre B...a été sciemment provoquée par des allégations mensongères du prévenu dans le dessein de fausser la compétition, alors même qu'une erreur identique a été commise par deux autres candidats qui pourtant ne sont jamais entrés en contact téléphonique avec M. X...; qu'il n'est pas davantage établi, à l'examen du rapport d'analyse des offres rédigé par M. X..., que ce dernier ait surestimé l'offre de la société Creaconception, l'enquête n'ayant pas démontré qu'il savait que M. Sylvain Y...avait versé dans le dossier de candidature des pièces justificatives falsifiées afin de présenter sous un meilleur jour les moyens financiers et humains de son entreprise ; que, s'il n'est pas établi qu'ait été enfreinte une disposition réglementaire ou légale garantissant la liberté et l'égalité de l'accès aux marchés publics, il reste que des circonstances visées dans la prévention, les liens amicaux et professionnels entre le prévenu et le candidat choisi et leurs multiples contacts téléphoniques, jettent la suspicion sur l'impartialité du choix du candidat ; que la cour étant tenue de donner aux faits poursuivis leur exacte qualification, elle requalifiera en prise illégale d'intérêts les faits qualifiés de favoritisme dans l'acte de poursuite, étant précisé que les parties à l'audience ont été en mesure de discuter contradictoirement cette requalification envisagée par la cour ; que M. X..., collaborateur de cabinet du maire de la ville d'Hyères, a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres ; que relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant d'une des sociétés en compétition, il s'est ainsi trouvé en situation potentielle de conflit d'intérêt, ses relations à titre privé avec un des candidats étant susceptible d'interférer avec l'intérêt public dont il avait la charge et de faire naître un doute sur l'impartialité et l'objectivité de son rapport d'analyse des offres ;

" 1°) alors que les juridictions correctionnelles ne peuvent ajouter aux faits de la prévention, lesquels doivent rester tels qu'ils ont été retenus dans l'acte de saisine, à moins que le prévenu ait accepté d'être jugé sur des faits nouveaux ; qu'en l'espèce, la citation délivrée par le procureur de la République reprochait à M. X...le délit de favoritisme pour avoir à Hyères, de mars à juin 2012, étant adjoint de la directrice de la communication de la mairie de Hyères et membre du cabinet du maire de Hyères, chargé d'une mission de service public d'une collectivité territoriale, 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 les délégations de service public, procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié, en l'espèce en sa qualité de responsable du dossier d'appel d'offres d'un marché public d'attribution d'une chaîne de télévision locale sur internet favorisé l'attribution du marché à la société Creaconception, notamment, d'une part, en écartant par le biais de manoeuvres et d'irrégularités trois des cinq candidats ayant répondu à l'appel d'offres (fourniture de fausses informations), tout en surestimant l'offre technique de la société Creaconception gérée par M. Sylvain Y...avec qui il entretenait des liens amicaux et professionnels, et dont la survie était assurée que par l'obtention de marchés publics de la mairie de Hyères, d'autre part, en communiquant personnellement par téléphone à de multiples reprises avec M. Sylvain Y..., au cours de la procédure d'appel, malgré l'interdiction de communication avec les

candidats ; que, dès lors en le déclarant coupable de prise illégale d'intérêts, en retenant à sa charge des faits non compris dans la prévention, notamment qu'il aurait pu se trouver en situation potentielle de conflit d'intérêt pour avoir rédigé, malgré ses liens amicaux et professionnel avec le gérant de la société Creaconception, un rapport d'analyse des offres destiné à la commission d'appel d'offres, et à propos desquels il ne résulte pas de l'arrêt que l'intéressé ait accepté d'être jugé, la cour d'appel a violé l'article 388 du code de procédure pénale et excédé ses pouvoirs ;

" 2°) alors qu'en toute hypothèse, s'il appartient aux juges répressifs de restituer aux faits dont ils sont saisis leur véritable qualification, c'est à la condition que le prévenu ait été mis en mesure de présenter sa défense sur la nouvelle qualification envisagée dans des conditions respectant l'exercice effectif et concret des droits de la défense ; que, dès lors, en requalifiant les faits poursuivis sous la qualification de favoritisme en prise illégale d'intérêts, en avertissant les parties au dernier moment à l'audience, sans laisser à la défense le soin de préparer sa défense et de prendre de nouvelles conclusions, notamment en renvoyant l'affaire à une nouvelle audience, la cour d'appel a violé les textes et le principe " ;

Attendu que le prévenu ne saurait se faire grief de ce que les

faits de favoritisme pour lesquels il était poursuivi ont été requalifiés en prise illégale d'intérêt dès lors qu'il ressort des énonciations de l'arrêt que, d'une part, la cour d'appel, qui n'a pas excédé sa saisine, a mis la question de la requalification dans le débat, d'autre part, ni lui ni l'avocat qui l'assistait à l'audience, n'a demandé le renvoi de l'affaire ;

D'où il suit que le moyen ne peut être admis ;

Sur le second moyen de cassation, pris de la violation des articles 432-12 et 432-17 du code pénal, 591 à 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale ;

" en ce que l'arrêt attaqué a déclaré M. X...coupable de prise illégale d'intérêts et en répression l'a condamné à une peine d'un an d'emprisonnement avec sursis et 10 000 euros d'amende ;

" aux motifs que M. X..., collaborateur de cabinet du maire de la ville d'Hyères, a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres ; que relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant d'une des sociétés en compétition, il s'est ainsi trouvé en situation potentielle de conflit d'intérêt, ses relations à titre privé avec un des candidats étant susceptible d'interférer avec l'intérêt public dont il avait la charge et de faire naître un doute sur l'impartialité et l'objectivité de son rapport d'analyse des offres ;

" 1°) alors que la prise illégale d'intérêt n'est caractérisée que si la personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public a pris, reçue ou conservé, directement ou indirectement, un intérêt quelconque dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement ; qu'en l'espèce, en se bornant à constater qu'il existait une relation amicale et professionnelle de longue date entre M. X..., en charge d'un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres et le gérant d'une des sociétés en compétition, ce qui ne suffisait pas à justifier l'intérêt pris, reçu ou conservé par M. X..., dans l'entreprise ou l'opération litigieuse, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

" 2°) alors que la cour d'appel ne peut pas se prononcer par des motifs hypothétiques ou dubitatifs ; qu'en déclarant M. X...coupable de prise illégale d'intérêts, en se bornant à relever qu'il est en situation " potentielle " de conflit d'intérêt, et non dans une situation réelle de conflit d'intérêt, la cour d'appel s'est prononcée par un motif hypothétique qui

prive la décision attaquée de toute base légale au regard des textes susvisés “ ;
Attendu que, pour dire M. X...coupable de prise illégale d'intérêt, l'arrêt relève qu'en sa qualité de collaborateur du cabinet du maire de la commune, il a participé à la préparation de la décision d'attribution du marché public litigieux à la société Creaconception en rédigeant un rapport d'analyse des offres destiné à éclairer la commission d'appel d'offres et qu'il entretient une relation amicale et professionnelle de longue date avec le gérant de cette société ;

Attendu qu'en l'état de ces seules énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;
D'où il suit que le moyen, inopérant en sa seconde branche, en ce qu'il critique un motif surabondant de l'arrêt, ne saurait être admis ;

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

REJETTE le pourvoi ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le treize janvier deux mille seize ;

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

Décision attaquée : Cour d'appel d'Aix-en-Provence , du 25 novembre 2014