

N° J 16-83.838 F-P+B

N° 719

FAR

15 MARS 2017

CASSATION PARTIELLE

M. GUÉRIN président,

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

---

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

---

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE CRIMINELLE, en son audience publique tenue au Palais de Justice à PARIS, a rendu l'arrêt suivant :

CASSATION PARTIELLE sur le pourvoi formé par M. [Y] [X], contre l'arrêt de la cour d'appel de Bastia, chambre correctionnelle, en date du 11 mai 2016, qui, pour recel d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, l'a condamné à huit mois d'emprisonnement avec sursis, 10 000 euros d'amende et a prononcé sur les intérêts civils ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 1er mars 2017 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Guérin, président, M. Raybaud, conseiller rapporteur, M. Castel, conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Guichard ;

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

Vu le mémoire produit ;

Sur le premier moyen de cassation, pris de la violation des articles 121-3, 321-1 et 432-14 du code pénal, préliminaire et 593 du code de procédure pénale, défaut de motifs, manque de base légale :

"en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a déclaré M. [X] coupable de recel de favoritisme ;

"aux motifs propres que plusieurs pièces exigées tant lors de l'examen des candidatures que lors de l'examen des offres n'avaient pas été communiquées par GIS ; qu'ainsi, l'attestation d'assurance, le nombre de salariés, les diplômes de qualification des agents de sûreté et d'autres pièces n'avaient pas été communiqués ; qu'il ressort de son audition qu'elle avait demandé à la cellule des marchés qui lui avait transmis pour analyse la candidature de GIS qu'elle n'avait pas d'éléments sur le nombre et la qualification des agents de GIS ; qu'aux termes des dispositions prévues par l'article 52 du code des marchés publics : "le pouvoir adjudicateur, qui constate que des pièces dont la production était réclamée ne figurent pas au dossier, peut demander de compléter le dossier de candidature dans un délai qui ne peut être supérieur à dix jours. Il doit en informer les autres candidats" ; que cette obligation a été rappelée dans le cahier des charges et le règlement de la consultation le mentionne expressément ; qu'à l'article 4, il était expressément mentionné les conditions d'acceptation des candidatures et des offres ; qu'ainsi, contrairement à ce qu'ils ont soutenu, les responsables de la chambre de commerce et d'industrie avaient l'obligation de vérifier l'ensemble des documents administratifs à tous les stades de la procédure ; qu'un certain nombre de documents ont été réclamés par M. [N] [C] le 20 novembre 2008 et que le 19 décembre M. [A] [L] indique que certains documents sont encore manquants, tels les titres ou expériences des responsables et ceux relatifs à l'exercice de la profession d'agents qualifiés SSIAP et qu'à défaut, le marché sera résilié ; que M. [C] a notifié le marché le 26 décembre 2008 alors que les pièces exigées ne sont pas encore fournies ; que c'est seulement le 13 janvier 2009 que l'entreprise GIS transmet à la cellule des marchés la copie du diplôme de M. [G] [Q], l'attestation de réussite de [E] [T] et l'attestation de l'assureur ; que par ailleurs, il résulte des pièces produites tardivement sur la qualification des agents MM. [G] [Q] et [E] [T] que ces derniers n'étaient pas salariés de GIS au moment de la remise de la candidature et que M. [T] n'a jamais été salarié de cette entreprise ; qu'ainsi, M. [C], en sa qualité de président de la chambre de commerce et d'industrie, a notifié un marché en ne respectant pas la procédure et violant ainsi le principe de l'égalité du traitement des candidats et de transparence des procédures ; que la commission d'un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics constitue l'infraction de favoritisme ; qu'en l'espèce, l'ensemble de ces faits sont bien constitutifs du délit de favoritisme dont M. [C], assassiné en 2009, aurait eu à répondre ;

"et aux motifs adoptés qu'il doit être constaté que la procédure n'a pas été respectée ; qu'une première anomalie réside dans la circonstance que l'entreprise GIS a été invitée à communiquer les documents requis, après l'examen des candidatures, dans le même courrier qui lui annonçait qu'elle était provisoirement retenue ; que la seconde, et non la moindre, réside dans le constat que l'attribution du marché lui a été officiellement notifiée le 26 décembre 2008 alors même qu'elle n'avait pas toujours complété son dossier ; que l'on peut relever incidemment que si les attestations ou copie de diplôme avaient été examinées à l'occasion de l'étude conjointe des deux candidatures, il aurait pu être observé que les documents étaient également transmis par la société SSM et cette fois à juste titre puisque les agents MM. [Q] et [T] étaient ses salariés ; qu'il doit être précisé que si l'intention du législateur était de ne pas fermer l'accès aux marchés publics aux jeunes entreprises, pour autant cet élément ne dispensait pas celles-ci de produire les éléments spécifiquement et expressément requis par l'autorité publique pour les besoins du marché offert et devant être communiqués dès la soumission ; que quoi qu'il en soit, l'inobservation de la procédure prescrite par l'article 52 constitue une violation de l'article 1 du code des marchés publics qui impose aux pouvoirs adjudicateurs que "les marchés publics et les accords-cadres respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures" ; que le courrier du 20 novembre 2008 annonçant à l'entreprise GIS l'attribution provisoire du marché et lui demandant de compléter son dossier a été signé par M. [C], devenu président de la chambre de commerce et d'industrie, pouvoir adjudicateur, indiscutablement représentant d'un établissement public administratif et personne morale responsable ; qu'en ne respectant pas la procédure prescrite et la réglementation relative à l'égalité de traitement entre les candidats, il a nécessairement procuré un avantage injustifié à l'entreprise GIS puisque l'attribution a été notifiée alors même que le dossier n'était ni complet, ni vérifié ; que la commission 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 établit en soi l'élément moral de l'infraction ; qu'il en résulte que le délit de favoritisme aurait pu être légitimement reproché à M. [C] si l'action publique n'avait été éteinte à son encontre du fait de son assassinat ;

"1°) alors que l'article 432-14 du code pénal incrimine le fait "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 l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public" ; que le délit n'est constitué qu'en cas d'avantage injustifié procuré à autrui ou de tentative de procurer un tel avantage ; qu'en retenant que "la commission d'un acte contraire aux dispositions législatives et réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics constitue l'infraction de favoritisme", l'arrêt a méconnu l'article 432-14 du code pénal ;

"2°) alors qu'en ne caractérisant pas l'avantage injustifié que M. [Y] [X] aurait obtenu grâce au marché attribué à son entreprise, l'arrêt ne justifie pas légalement la décision ;

"3°) alors que le délit d'atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics est une infraction intentionnelle qui suppose une double volonté consciente, de commettre 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 de procurer un avantage injustifié ; que ce délit ne peut être retenu sans constater que le prévenu a agi sciemment ou en connaissance de cause ; que faute d'avoir constaté que M. [C], qui avait déclaré que selon lui le dossier était complet au moment de la notification du marché et dont la volonté de favoriser l'entreprise GIS était contestée au vu des éléments du dossier, avait agi sciemment ou en connaissance de cause, l'arrêt manque de base légale" ;

Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué et des pièces de procédure que, dans le cadre d'un appel d'offres portant sur la mise en place d'un service de sécurité au palais des congrès d'Ajaccio, deux entreprises ont fait acte de candidature, l'entreprise Gardiennage Intervention Services (GIS), dirigée par M. [X], et l'entreprise Société de sécurité méridionale (SSM) ; que, passant outre l'avis de la commission d'appel d'offres, le président de la chambre de commerce et d'industrie, M. [C], a attribué le marché à la société GIS, et a notifié sa décision le 26 décembre 2008 alors que le dossier remis par la société GIS était incomplet ; que des poursuites pénales ont été engagées contre M. [X] pour recel du délit de favoritisme, l'action publique étant éteinte en ce qui concerne M. [C], décédé en 2009 ; que le tribunal a retenu sa culpabilité et prononcé sur les intérêts civils ; que le prévenu et le ministère public ont interjeté appel de ce jugement ;

Attendu que, pour confirmer la déclaration de culpabilité de M. [X], l'arrêt attaqué, par motifs propres et adoptés, retient que la société GIS, en méconnaissance des règles du code des marchés publics, n'a pas communiqué dans le délai imparti la totalité des pièces nécessaires à la constitution du dossier, malgré des relances, que M. [C], qui avait l'obligation de vérifier la régularité de la procédure à ses différents stades, a attribué le marché à la société GIS alors que les pièces manquantes n'avaient toujours pas été transmises, que celles-ci n'ont été remises que postérieurement, et que l'attribution du marché dans ces conditions caractérise une violation du principe de l'égalité du traitement des candidats et de transparence des procédures ; que les juges ajoutent que M. [X] ne peut invoquer sa méconnaissance des irrégularités du dossier et son ignorance de la procédure suivie alors qu'il y a pris une part active, en procédant notamment à la recherche de personnes qualifiées, titulaires des diplômes exigés, dont la présence conditionnait la conformité du dossier, et qui ont d'ailleurs été embauchées ;

Attendu qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a justifié sa décision ;

D'où il suit que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur le troisième moyen, pris de la violation des articles 1382 et 1383 du code civil, 2, 3 et 593 du code de procédure pénale, du principe de la réparation intégrale, défaut de motifs, manque de base légale :

"en ce que l'arrêt confirmatif attaqué a condamné M. [X] à payer à la société SSM une somme de 15 000 euros à titre de dommages-intérêts, outre 1 000 euros au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ;

"aux motifs que la somme réclamée correspond à la rémunération maximale annuelle du marché sur trois années ; que l'avis de marché précisait en effet un seuil minimum annuel de 14 000 euros HT et un seuil maximal de 70 000 euros HT ; que la procédure révèle que le marché a été mis à exécution en janvier 2009 et a été réalisé avec le soutien de la société Protecsud ; que le 15 décembre 2009, M. [X] a cessé son activité ; que la demande d'indemnisation ne peut porter au

plus que pour l'année 2009 ; qu'en l'espèce, il n'existe pas dans le dossier d'élément relatif au coût facturé par M. [X] et payé par la chambre de commerce et d'industrie pour l'année 2009 ; que le tribunal considère que le marché ayant été effectif, mais sans qu'il soit en mesure d'en apprécier l'étendue, décide d'accorder à la partie civile la somme de 15 000 euros ;

"alors que le préjudice subi par le candidat qui n'a pas été retenu à raison des agissements de l'auteur d'un délit de favoritisme, s'analyse en une perte de chance d'être déclaré attributaire du marché ; que l'indemnité allouée à ce titre doit être mesurée à la hauteur de la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ; qu'en indemnisant la perte de rémunération annuelle correspondant à l'exécution effective du marché pour lequel la candidature de la société SSM n'avait pas été retenue, et ce faisant, l'intégralité de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision" ;

Attendu que M. [X], condamné en première instance à 15 000 euros de dommages-intérêts, n'est pas recevable à contester pour la première fois devant la Cour de cassation un moyen tiré de l'inexacte appréciation du montant du préjudice subi par la partie civile, alors qu'il s'est abstenu de le faire devant la cour d'appel ;

D'où il suit que le moyen sera écarté ;

Mais sur le deuxième moyen de cassation, pris de la violation des articles 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, 132-1 et 132-20 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 condamné M. [X] à un emprisonnement délictuel de huit mois avec sursis et une amende de 10 000 euros ;

"aux motifs propres que CM. [X] n'a jamais été condamné ; que toutefois, en raison de ses agissements qui ont porté atteinte à la liberté d'accès et l'égalité des candidats et ont entraîné pour la société SSM un préjudice important, le prévenu doit être sanctionné ; que la peine de huit mois d'emprisonnement avec sursis et l'amende de 10 000 euros prononcée par le tribunal sera confirmée ;

"alors que le droit à un procès équitable exige que l'accusé bénéficie de garanties suffisantes de nature à écarter tout risque d'arbitraire et à lui permettre de comprendre les raisons de sa condamnation ; qu'au nombre de ces garanties figure la motivation de la décision de condamnation ; que selon l'article 132-1 du code pénal, "toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée" et "dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1" ; que selon 132-20 du code pénal, "le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction" ; que l'arrêt, qui ne comporte aucune indication ni analyse des ressources et charges du prévenu ou de sa situation familiale, n'est pas légalement justifié quant à la peine au regard des textes précités et du droit à un procès équitable" ;

Vu l'article 132-20, alinéa 2, du code pénal, ensemble l'article 132-1 du même code et les articles 485, 512 et 593 du code de procédure pénale ;

Attendu qu'en matière correctionnelle, toute peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle ; que le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision en tenant compte des ressources et des charges du prévenu ;

Attendu que tout jugement ou arrêt doit comporter les motifs propres à justifier la décision ; que l'insuffisance ou la contradiction des motifs équivaut à leur absence ;

Attendu que, pour condamner M. [X] à huit mois d'emprisonnement avec sursis et 10 000 euros d'amende, la cour

d'appel énonce que les agissements dont il s'est rendu coupable ont porté atteinte à la liberté d'accès aux marchés publics et à l'égalité des candidats, et ont entraîné pour la société concurrente un préjudice important ;

Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans s'expliquer sur la personnalité du prévenu, sur sa situation personnelle et sur le montant de ses ressources comme de ses charges, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ;

D'où il suit que la cassation est encourue de ce chef ;

Par ces motifs :

CASSE et ANNULE l'arrêt susvisé de la cour d'appel de Bastia, en date du 11 mai 2016, mais en ses seules dispositions relatives aux peines, toutes autres dispositions étant expressément maintenues ;

Et pour qu'il soit à nouveau statué, conformément à la loi, dans les limites de la cassation ainsi prononcée ;

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

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

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le quinze mars deux mille dix-sept ;

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