

Thèmes :

- Délit de « favoritisme » réprimé par l'article 432-14 du code pénal.
- Article ne précisant pas à quel moment l'attribution de l'avantage injustifié doit intervenir pour caractériser l'infraction.
- Délégation de signature du maire à son adjoint n'indiquant en rien qu'elle l'aurait dessaisi de façon permanente des secteurs concernés et aucune acceptation par l'adjoint de cette délégation et notamment de ses conséquences en termes de responsabilité pénale, n'apparaissant au dossier.
- Avantage injustifié pouvant se caractériser au cours de la procédure d'appel d'offres lorsque cette procédure doit être suivie, ou après celle-ci lors de la mise à exécution des dispositions prises sur l'appel d'offres.
- Volonté du maire et du premier adjoint était de favoriser une entreprise locale.
- Marché attribué sur le critère du prix et entreprise locale titulaire à laquelle a été confiée au cours d'exécution du marché, l'option du marché pour laquelle la société concurrente était globalement moins disante.
- Rupture de l'égalité des deux candidats à ce marché public, le maire et son premier adjoint ayant eu l'intention, dès l'ouverture du marché, de privilégier un imprimeur local, même si la modification avait ensuite conduit le maire à renégocier de gré à gré avec le titulaire à un coût global inférieur à l'offre concurrente.
- Confirmation de la condamnation du maire à 2 000 € d'amende.

Résumé :

1. Peu importe au vu de l'article 432-14 du Code pénal que l'avantage injustifié ait été attribué en dehors de tout appel d'offres lorsque cette procédure doit être suivie, au cours de la **procédure d'appel d'offres** ou **après celle-ci**, lors de la mise à exécution des dispositions prises sur l'appel d'offres, car cet article ne précise pas à quel moment l'attribution de l'avantage injustifié doit intervenir pour caractériser l'infraction.

2. Les **délégations** de pouvoir à des adjoints invoqués par le maire ne sauraient l'exonérer sa responsabilité

pénale. La première n'est qu'une simple délégation de signature pour la période de congé du maire, de signer notamment les documents relatifs à l'instruction et les décisions concernant les documents d'urbanisme et le second, est une répartition des compétences en faveur des adjoints attribuant notamment à l'un deux le secteur des finances, du personnel et des relations communication.

Cette répartition n'indique en rien qu'elle ait dessaisi le maire de façon permanente des secteurs concernés et aucune acceptation par l'adjoint de cette délégation et notamment de ses conséquences en termes de responsabilité pénale, n'apparaissant au dossier.

3. La **volonté du maire et du premier adjoint** était de **favoriser une entreprise locale**. Le maire a évincé la société concurrente qui avait émis l'offre la moins coûteuse, alors que le critère unique de choix de l'attributaire du marché d'impression d'un bulletin municipal était celui du prix de la prestation sollicitée, au sens de l'article 53 du code des marchés publics, en **admettant par la suite la réalisation** par l'entreprise locale titulaire d'une impression en quadrichromie correspondant à **l'option n° 1 du marché** pour laquelle la société concurrente était moins disante, sans ouvrir une nouvelle procédure d'appel d'offres.

Le maire a donc induit une rupture d'égalité entre les deux candidats à ce marché public et procuré à la société retenue un avantage injustifié dans les termes de la qualification pénale de l'article 432-14 du Code pénal.

Le gérant de la société titulaire du marché a déclaré qu'à l'issue de la réunion de la commission d'appel d'offres, il avait reçu la visite du premier adjoint au maire.

Le premier adjoint qui lui avait expliqué que sa société n'était pas moins disante mais que la commission avait retenu son offre pour des raisons de proximité géographique et lui avait ordonné de faire deux facturations séparées pour la même prestation, car autrement cela ne passait pas en comptabilité. Le gérant avait alors demandé au premier adjoint de faire un appel d'offres complémentaire, ce qui avait été refusé.

Le premier adjoint a déclaré que, bien que n'ayant pu être présent lors de l'appel d'offres, il avait été irrité lorsque le maire l'avait informé du résultat de cette procédure le lendemain de sa mise en oeuvre parce qu'il tenait à respecter le programme électoral de l'équipe municipale et il a également expliqué que retenir le concurrent situé dans une autre commune

n'était pas possible, le bulletin faisant l'objet, à l'époque, d'une élaboration et d'une prestation « manuscrite » « manuelle » et « artisanale ».

Les services comptables de mairie avaient refusé **les factures globales** émises initialement, car elles **dépassaient le montant du marché** et il avait alors demandé à gérant d'établir des **factures scindées**.

Le maire tout en situant cette décision après la procédure d'appel d'offres, au stade de l'impression, a reconnu que lui et son premier adjoint avaient décidé de privilégier la société qui était de la commune et dont le travail était connu » et de faire imprimer les bulletins entièrement en couleur.

Le fait pour le maire de favoriser la société locale avait été décidé dès la procédure d'appel d'offres tel qu'il en est déduit des déclarations du maire, confirmées par celles du premier adjoint.

4. Le changement d'avis, allégué par le maire pour expliquer et justifier le passage à l'impression en quadrichromie n'était **pas** de nature à **dispenser** le maire et l'équipe municipale **d'une nouvelle procédure d'appel d'offres**, dès lors que **les termes du marché étaient substantiellement modifiés** par rapport à l'appel d'offres initial.

Les exigences du premier adjoint auprès de l'imprimeur ont conduit à une complète modification de l'économie du marché puisqu'en plus de la quadrichromie, très rapidement le nombre de pages à imprimer a dépassé les trente-six pour lesquelles l'offre de la société titulaire avait été retenue.

5. Il y a bien eu **rupture de l'égalité** des deux candidats à ce marché public, le maire et son premier adjoint avaient eu **l'intention, dès l'ouverture du marché, de privilégier un imprimeur local** et de continuer à imprimer le bulletin en totalité en quadrichromie et ils avaient, pendant la période de prévention, modifié substantiellement à l'insu de la société concurrente, sans ouvrir une nouvelle procédure adaptée, l'économie du marché auquel la société concurrente avait soumissionné.

La méthode mise en oeuvre en pratique avait permis d'évincer un candidat, certes, géographiquement éloigné, mais qui avait émis l'offre la moins coûteuse dans le cadre de la procédure de consultation et de favoriser un candidat local qui avait émis l'offre la plus chère alors que le critère unique de choix non discriminatoire de l'attributaire était celui du prix de la prestation sollicitée au sens de l'article 53 du code des marchés publics ;

La modification avait ensuite conduit le maire à **renégocier de gré à gré avec l'imprimeur choisi un coût global inférieur à l'offre concurrente** pour la quadrichromie totale.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

L'article 432-14 du Code pénal, unique article du chapitre régissant « *Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public* », dispose que

« 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 l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. »

L'intérêt essentiel de cet arrêt est qu'il confirme le motif de condamnation retenu par la Cour d'appel qui pose le principe que l'avantage injustifié accordé dans une commande publique, réprimé par le délit dit de « favoritisme » ne s'arrête pas aux seuls faits commis lors de l'attribution de cette commande, mais peut résulter de l'exécution du marché :

« peu importe au vu (de l'article 432-14 du code pénal) que l'avantage injustifié ait été attribué en dehors de tout appel d'offres lorsque cette procédure doit être suivie, au cours de la procédure d'appel d'offres ou après celle-ci, lors de la mise à exécution des dispositions prises sur l'appel d'offres, l'article ne précisant pas à quel moment l'attribution de l'avantage injustifié doit intervenir pour caractériser l'infraction »

Cette affirmation n'est pas réellement une surprise, puisqu'elle correspond à la pratique de la Cour de cassation, notamment par ses arrêts du :

- 6 avril 2005, n° 00-8041829, réprimant la passation d'un avenant, qui était « *d'une telle importance qu'il changeait nettement la valeur des travaux dans leur ensemble* », certes pour 4,7 millions de francs, mais ne représentant que 11 % du montant du marché d'origine,

- 19 mars 2008, n° 07-83979, considérant la non-application de pénalité comme un motif valable de poursuite au titre de ce délit et si par la suite le prévenu a été relaxé par elle, ce ne fut que pour

manque de preuve le 3 novembre 2011 (n° 10-87674), mais sans aucunement remettre en cause le fondement juridique de ce motif de poursuite au titre du délit d'avantage injustifié.

- 29 juin 2011, n° 10-87498, confirmant ce délit pour une commande de travaux supplémentaires de plus de 5 % qui auraient dû faire l'objet d'un avenant.

En l'espèce, le maire aidé de son premier adjoint s'est arrangé pour que ce soit l'entreprise locale qui soit attributaire du marché. Pour ce faire, le maire a retenu cette entreprise sur une configuration du marché qui lui était la plus favorable, puis a confié à cette entreprise des prestations supplémentaires qui en fait correspondaient à une option du marché qui, si elle avait été retenue à l'origine, aurait placé le concurrent en première position de prix sur ce marché régi par le seul critère du prix.

Même si lors de l'exécution des ces prestations supplémentaires, le maire a pu renégocier un montant de prestations globalement inférieur au prix qui avait été proposé par l'entreprise concurrente en appel d'offres, il n'en demeure pas moins que le maire a commis une rupture d'égalité et de surcroît, il ressort de l'instruction qu'il était dans son intention dès l'ouverture de l'appel d'offres, de privilégier l'imprimeur local.

Par ailleurs, l'arrêt retient que les délégation données au maire ne le dessaisissait pas de façon permanente des secteurs concernés et aucune acceptation par l'adjoint de cette délégation et notamment de ses conséquences en termes de responsabilité pénale, n'apparaissant au dossier.

La solution est classique, la Cour de Cassation, Chambre criminelle dans son arrêt du 19 septembre 2007, n° 06-85003, « affaire du centre d'appel et de traitement des alertes du SDIS de l'Indre », publié au bulletin (voir mon commentaire sous E-RJCP n° 36 du 19 novembre 2007) ayant déjà confirmé qu'une délégation de signature était inopérante en elle-même pour exonérer du délit de favoritisme.

On notera que la peine confirmée avait été cependant très légère, 2.000 euros d'amende, révélant une relative bienveillance du juge pour ce maire d'une commune de 5 000 habitants.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028513203>

Cour de cassation

chambre criminelle

Audience publique du mercredi **22 janvier 2014**

N° de pourvoi: 13-80759

Non publié au bulletin Rejet

M. Louvel (président), président, SCP Roger, Sevaux et Mathonnet, 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. **Michel X...**,

contre l'arrêt de la cour d'appel de LYON, 7e chambre, en date du 13 septembre 2012, qui, pour **atteinte à la liberté d'accès ou à l'égalité des candidats dans les marchés publics**, l'a condamné à 2 000 euros d'amende ;

La COUR, statuant après débats en l'audience publique du 11 décembre 2013 où étaient présents dans la formation prévue à l'article 567-1-1 du code de procédure pénale : M. Louvel, président, Mme Nocquet, conseiller rapporteur, Mme Ract-Madoux conseiller de la chambre ;

Greffier de chambre : Mme Randouin ;

Sur le rapport de Mme le conseiller NOCQUET, les observations de la société civile professionnelle ROGER, SEVAUX et MATHONNET, avocat en la Cour, et les conclusions de M. le premier avocat général BOCCON-GIBOD ;

Vu le mémoire produit :

Sur le **moyen unique de cassation**, pris de la violation des **articles 1er, 28 et 53 du code des marchés publics, 432-14 du code pénal, 388 et 593 du code de procédure pénale**, défaut de motifs, manque de base légale, excès de pouvoirs ;

"en ce que la cour d'appel a condamné M. X... du chef de favoritisme à une peine de 2 000 euros d'amende ;

"aux motifs que pour l'option n° 2 correspondant à un bulletin partiellement en quadrichromie, partiellement en noir et blanc, la société Jamy était effectivement moins chère (ses offres allant de 3 234 à 4 214 euros selon le nombre de pages contre 3 829,65 à 4 194,68 euros pour la société Pierron) ; que, pour l'option n°1 en quadrichromie, la société Pierron était la mieux disante, quelque soit le nombre de pages (ses offres allant de 3 396,34 à 4 958,50 euros selon le nombre de pages contre 4 091,50 à 5 194,00 euros pour la société Jamy) ; qu'aux termes de **l'article 1er du code des marchés publics**, « les marchés publics soumis au présent code (que les collectivités locales sont tenues de respecter dès lors qu'elles ont décidé de recourir à la procédure d'appel d'offres) respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code » ... ; que peu importe au vu (de l'article 432-14 du code pénal) que l'avantage injustifié ait été attribué en dehors de tout appel d'offres lorsque cette procédure doit être suivie, au cours de la procédure d'appel d'offres ou après celle-ci, lors de la mise à exécution des dispositions prises sur l'appel d'offres, l'article ne précisant pas à quel moment l'attribution de l'avantage injustifié doit intervenir pour caractériser l'infraction ; que l'avocat de M. X... a fait état de délégations de pouvoir ; que le premier acte, visé comme tel, est une **simple délégation de signature** visant à permettre à M. Y..., pour la période de congé du maire, du 4 au 25 août 2008, de signer notamment les documents relatifs à l'instruction et les décisions concernant les documents d'urbanisme ; que le second, en date du 19 mars 2008, est une répartition des compétences en faveur des adjoints attribuant notamment à M. Y... le secteur des finances, du personnel et des relations communication, **répartition dont rien n'indique qu'elle ait dessaisi le maire de façon permanente des secteurs concernés, aucune acceptation par M. Y... de cette délégation et notamment de ses conséquences en termes de responsabilité pénale,**

n'apparaissant au dossier ; que ces documents ne saurait exonérer M. X... de sa responsabilité pénale ; qu'en l'espèce, M. Z..., gérant de la SARL Jamy, a déclaré que son entreprise avait soumissionné au marché et à qu'à l'issue de la réunion de la commission d'appel d'offres, il avait reçu la visite du premier adjoint qui lui avait expliqué que la société Jamy n'était pas moins disante mais que la commission avait retenu son offre pour des raisons de proximité géographique ; que M. Y... lui avait ordonné de faire deux facturations séparées pour la même prestation, car autrement cela ne passait pas en comptabilité ; qu'il avait demandé à M. Y... de faire un appel d'offres complémentaire, ce qui avait été refusé ; que M. Y... a déclaré que, bien que n'ayant pu être présent lors de l'appel d'offres, il avait été irrité lorsque le maire l'avait informé du résultat de cette procédure le lendemain de sa mise en oeuvre parce qu'il tenait à respecter le programme électoral de l'équipe municipale ; qu'il a également expliqué que retenir le concurrent de Sarreguemines n'était pas possible, le bulletin faisant l'objet, à l'époque, d'une élaboration et d'une prestation « manuscrite » « manuelle » et « artisanale » ; que les services comptables de mairie avaient refusé les factures globales émises initialement, car elles dépassaient le montant du marché et qu'il avait alors demandé à M. Z... d'établir des factures scindées ; que M. X..., tout en situant cette décision après la procédure d'appel d'offres, au stade de l'impression, a reconnu que lui et son premier adjoint avaient décidé de « privilégier la SARL Jamy qui était de Grand croix et dont le travail était connu » et de faire imprimer les bulletins entièrement en couleur ; qu'outre qu'il se déduit des déclarations de M. Z... que le fait de favoriser la SARL Jamy, société locale, avait été décidé dès la procédure d'appel d'offres, déclarations confirmées par celles de M. Y... aux termes desquelles retenir le concurrent de Sarreguemines n'était pas possible, le bulletin faisant l'objet à l'époque d'une élaboration et d'une prestation « manuscrite » « manuelle » et « artisanale » ; que le changement d'avis, allégué par le maire pour expliquer et justifier le passage à l'impression en quadrichromie n'était pas de nature à dispenser le maire et l'équipe municipale d'une nouvelle procédure d'appel d'offres, dès lors que les termes du marché étaient substantiellement modifiés par rapport à l'appel d'offres initial ; qu'en évinçant la société Pierron qui avait émis l'offre la moins coûteuse dans le cadre de la procédure de consultation pour l'impression en quadrichromie d'un bulletin de trente-six pages, pour des raisons dont il apparaît, au vu des éléments ci-dessus, qu'ils tenaient à la volonté de favoriser une entreprise locale, alors que le critère unique de choix de l'attributaire du marché était celui du prix de la prestation sollicitée, au sens de l'article 53 du code des marchés publics, et en admettant la réalisation de la SARL Jamy d'une impression en quadrichromie correspondant à l'option n° 1 du marché pour laquelle la société concurrente Pierron était moins disante, sans ouvrir une nouvelle procédure d'appel d'offres, M. X... a induit une rupture d'égalité entre les deux candidats à ce marché public et procuré à la SARL Jamy un avantage injustifié dans les termes de la qualification pénale ;

"et aux motifs supposés adoptés du premier juge que le maire savait, dès le 22 juillet 2008, que le premier adjoint n'était pas satisfait du résultat de l'ouverture des plis contenant les soumissions et l'a laissé faire et passer outre ; que l'accord de M. X... à M. Y... de continuer à faire imprimer le bulletin en totalité en couleur et de négocier un prix avec M. Z... a été donné en réalité, malgré les dénégations des prévenus, au cours des quelques jours qui ont suivi le 21 juillet 2008 et précédé le 28 juillet 2008 ; que, par ailleurs, les exigences de M. Y... auprès de l'imprimeur ont conduit à une complète modification de l'économie du marché puisqu'en plus de la quadrichromie, très rapidement le nombre de pages à imprimer a dépassé les trente-six pour lesquelles l'offre de la société Jamy avait été retenue ; qu'il y a bien eu rupture de l'égalité des deux candidats à ce marché public, le maire et son premier adjoint avaient eu l'intention, dès l'ouverture du marché, de privilégier un

imprimeur local et de continuer à imprimer le bulletin en totalité en quadrichromie et qu'ils avaient, pendant la période de prévention, modifié substantiellement à l'insu de la société Pierron, sans ouvrir une nouvelle procédure adaptée, l'économie du marché auquel la société Pierron avait soumissionné ; que la méthode mise en oeuvre en pratique avait permis d'évincer un candidat, certes, géographiquement éloigné, mais qui avait émis l'offre la moins coûteuse dans le cadre de la procédure de consultation et de favoriser un candidat local qui avait émis l'offre la plus chère alors que le critère unique de choix non discriminatoire de l'attributaire était celui du prix de la prestation sollicitée au sens de l'article 53 du code des marchés publics ; que la modification avait ensuite conduit à renégocier de gré à gré avec l'imprimeur choisi un coût global inférieur à l'offre Pierron pour la quadrichromie totale ;

"1) alors que le délit d'atteinte à la liberté et à l'accès des candidats dans les marchés publics suppose 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 ; qu'il résulte des propres constatations de l'arrêt que le critère fixé par le règlement de consultation était le prix, que l'option n° 2 retenue par la commission était la moins onéreuse et que les offres que présentait la société Jamy dans le cadre de cette option étaient celles dont le prix était le moins élevé ; qu'en s'abstenant de caractériser, en l'état d'un choix conforme au critère du prix, un acte relevant de la procédure de passation du marché contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics à l'origine de l'avantage prétendument injustifié procuré par la suite, une fois l'offre sélectionnée, à la société Jamy dans le cadre d'un nouveau marché qui aurait dû, selon les propres constatations de l'arrêt, donner lieu à une nouvelle consultation, la cour d'appel a violé l'article 432-14 du code pénal ;

"2) alors que la volonté du prévenu de favoriser un candidat plutôt qu'un autre en raison d'un critère non prévu dans le règlement de consultation ne peut caractériser le délit de favoritisme en l'absence de réalisation, par l'intéressé, 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 ; qu'en se bornant à constater que la décision de favoriser la société Jamy avait été prise dès l'ouverture de la procédure d'appel d'offres sans caractériser, en l'état d'une décision retenant l'offre la moins disante, 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, la cour d'appel a violé l'article 432-14 du code pénal ;

"3) alors que l'octroi de l'avantage injustifié doit résulter directement de l'acte contraire aux dispositions légales ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès ou l'égalité des candidats dans les marchés publics réalisé par le prévenu ; qu'à supposer qu'il ait eu lieu avec l'intention de confier ultérieurement à la société Jamy la réalisation des prestations prévues par l'option n° 1, le choix de recourir à l'option n° 2 et de retenir l'offre de cette société, qui était alors la moins disante, ne pouvait à lui seul octroyer à cette société l'avantage injustifié qui trouvait son origine dans le fait de commander, parallèlement à l'exécution du marché, des prestations différentes de celles prévues par ce dernier sans ouvrir une nouvelle procédure d'appel d'offres ; qu'en qualifiant ainsi d'atteinte à la liberté et à l'accès des candidats dans les marchés publics le fait d'avoir octroyé un avantage qui ne résultait pas directement des actes réalisés au cours de la procédure de passation du marché, la cour d'appel a violé l'article 432-14 du code pénal ;

"4) alors que le prévenu était poursuivi pour avoir retenu l'offre de la société Jamy comme moins disante sur une option n° 2 prévoyant des photos en noir et blanc sur les pages intérieures du bulletin municipal alors qu'en réalité l'impression était totalement réalisée en quadrichromie conformément à l'option 1 pour laquelle la société concurrente Pierron était moins disante ; qu'en retenant à l'encontre du prévenu le fait d'avoir admis la réalisation par la société Jamy d'une impression en quadrichromie correspondant à l'option n° 1 du marché sans ouvrir une nouvelle procédure d'appel d'offres, faits étrangers à la prévention, la cour d'appel a dépassé les termes de sa saisine, a violé l'article 388 du code procédure pénale et a excédé ses pouvoirs" ;

Attendu que les énonciations de l'arrêt attaqué et du jugement qu'il confirme mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel, qui n'a pas excédé les limites de sa saisine, a, sans insuffisance ni contradiction, répondu aux chefs péremptoires des conclusions dont elle était saisie et caractérisé en tous ses éléments, tant matériels qu'intentionnel, le délit dont elle a déclaré le prévenu coupable ;

D'où il suit que le moyen, qui 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 fait et jugé par la Cour de cassation, chambre criminelle, et prononcé par le président le vingt-deux janvier deux mille quatorze ;

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