

COUR DE CASSATION

Audience publique du **15 janvier 2020**

Cassation sans renvoi

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 102 FS-P+B

Pourvoi n° Z 18-11.134

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par l'Autorité de régulation des transports, anciennement dénommée Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, dont le siège est 48 boulevard Robert Jarry, CS 81915, 72019 Le Mans cedex 2,

contre l'ordonnance rendue en la forme des référés le 9 janvier 2018 par le président du tribunal de grande instance de Nanterre, dans le litige l'opposant à la société Autoroutes du Sud de la France, dont le siège est 12 rue Louis Blériot, 92500 Rueil-Malmaison,

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 3 décembre 2019, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller rapporteur, M. Guérin, conseiller doyen, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, Pomonti, Daubigney, Sudre, M. Ponsot, conseillers, Mmes Le Bras, de Cabarrus, Lion, Lefeuvre, conseillers référendaires, M. Debacq, avocat général, Mme Randouin, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller, les observations de la SCP Sevaux et Mathonnet, avocat de l'Autorité de régulation des transports, de la SCP Foussard et Froger, avocat de la société Autoroutes du Sud de la France, l'avis de M. Debacq, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Faits et procédure

1. Selon l'ordonnance attaquée, rendue, en la forme des référés, par le président d'un tribunal de grande instance (Nanterre, 9 janvier 2018), la société concessionnaire d'autoroute Autoroutes du Sud de la France (la société ASF) a mis en œuvre, par avis publié le 2 septembre 2017 au Journal officiel de l'Union européenne, une procédure de passation d'un marché public ayant pour objet l'entretien des chaussées d'une section de l'autoroute A837.

2. Soutenant que la méthode de notation des offres retenue et appliquée par la société ASF était, par elle même, de nature à priver de portée le critère technique ou à neutraliser la pondération des critères de notation annoncée aux candidats, l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières, devenue l'Autorité de régulation des transports (l'Autorité), a introduit un référé précontractuel contre la société ASF afin que soit prononcée l'annulation de la procédure de passation relative au marché en cause.

Examen du moyen

Énoncé du moyen

3. L'Autorité fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes alors :

« 1°/ qu'il appartient au juge du référé précontractuel saisi par l'Autorité d'un moyen pris de l'irrégularité d'une méthode de notation, d'apprécier cette dernière au regard de son contenu et des effets qu'elle est susceptible de produire, et non en fonction des résultats que sa mise en œuvre a produits dans la procédure de marché litigieuse ; qu'en appréciant la régularité de la méthode de notation mise en œuvre par la société ASF au regard des seuls résultats que sa mise en œuvre avait effectivement produits au regard des offres présentées dans le cadre de la procédure de passation litigieuse sans se déterminer, de façon abstraite, au regard du contenu de cette méthode

et de l'ensemble des résultats auxquels elle était susceptible de conduire, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre a méconnu les articles L. 122-12 et L. 122-20 du code de la voirie routière, ensemble l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique ;

2°/ que le contentieux initié par l'Autorité présente un caractère objectif, dont il résulte que l'absence de lésion d'un intérêt privé ne peut faire obstacle à la recevabilité, comme au bien-fondé, d'une demande présentée par l'Autorité tendant à l'annulation d'une procédure de passation d'un marché mise en œuvre par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession, en cas de manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ; qu'en se fondant sur la circonstance que la méthode de notation n'avait produit aucun effet de distorsion de concurrence au détriment des candidats, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre a méconnu les articles L. 122- 12 et L. 122-20 du code de la voirie routière, ensemble l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique. »

Réponse de la Cour

Vu l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, dans sa version antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 19-761 du 24 juillet 2019, et l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

4. Il résulte de la combinaison de ces textes qu'en cas de manquement de la part d'un concessionnaire d'autoroute, lors de la passation d'un marché pour les besoins de la concession relevant du droit privé, aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés de travaux, fournitures ou services, l'Autorité est, comme les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement, habilitée à saisir le juge en la forme des référés avant la signature du contrat.

5. En application de ces dispositions, cette autorité, chargée de la défense de l'ordre public économique en veillant, notamment, au respect des règles de concurrence dans les procédures d'appel d'offres, n'a pas, lorsqu'elle exerce cette action, à établir que le manquement qu'elle dénonce a, directement ou indirectement, lésé les intérêts de l'une des entreprises candidates.

6. Pour rejeter la demande de l'Autorité, l'ordonnance, après avoir rappelé les notes obtenues par les entreprises soumissionnaires pour le lot numéro 1, pour chacun des sous-critères techniques puis la note attribuée à chacune

d'elles après pondération, relève que l'écart entre ces notes est peu important et retient que l'Autorité ne démontre pas en quoi cette situation pourrait constituer une irrégularité, n'étant ni allégué ni établi que la meilleure note n'ait pas été attribuée à la meilleure offre pour chaque sous-critère, ni que l'attribution de notes proches ait été faite pour neutraliser le critère de valeur technique.

7. Relevant ensuite que, compte tenu de la compétence et la technicité comparables des entreprises soumissionnaires, le prix, quelle que soit la pondération appliquée, constitue l'élément essentiel de départage, l'ordonnance rappelle le montant de l'offre moins-disante, les écarts entre cette offre et celles des autres soumissionnaires, ainsi que les notes redressées obtenues par chacune d'elles, et retient qu'il ne peut pas en être déduit l'illégalité de la méthode utilisée, dans la mesure où, en reprenant les notes techniques obtenues par les entreprises, en supprimant le coefficient multiplicateur entre l'offre à évaluer et l'offre la moins-disante, et même en appliquant un pourcentage de 50 % pour le critère technique et le critère prix, la situation est identique.

8. L'ordonnance ajoute, enfin, qu'il en est de même pour le lot n° 2.

9. En statuant ainsi, alors qu'elle devait vérifier objectivement si la méthode de notation retenue et appliquée par la société ASF n'était pas, par elle-même, de nature à priver de portée le critère technique ou à neutraliser la pondération des critères annoncée aux candidats, comme le soutenait l'Autorité, le juge des référés précontractuels a violé les textes susvisés.

Portée et conséquence de la cassation

10. Après avis donné aux parties, conformément à l'article 1015 du code de procédure civile, il est fait application des articles L. 411-3, alinéa 1, du code de l'organisation judiciaire et 627 du code de procédure civile.

11. Les marchés concernant les deux lots ayant été conclus, il n'y a plus lieu à référé précontractuel et la cassation n'implique donc pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 9 janvier 2018, entre les parties, par le président du tribunal de grande instance de Nanterre ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

Dit qu'il n'y a plus lieu à référé précontractuel ;

Condamne la société ASF aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à l'Autorité de régulation des transports la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'ordonnance cassée ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du quinze janvier deux mille vingt.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Sevaux et Mathonnet, avocat aux Conseils, pour l'Autorité de régulation des transports

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir débouté l'Arafer de ses demandes tendant à l'annulation de la procédure de passation engagée par la société ASF pour l'attribution du marché d'entretien des chaussées du PK 23 à PK 37 sur l'A837 et de l'avoir condamnée à payer à la société ASF la somme de 2 500 euros en application des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que le reproche fait par l'Autorité est double ; il porte à la fois sur la minoration du critère technique au regard du critère financier et sur le caractère éliminatoire d'une note technique inférieure à 50/100 ; que les entreprises dont les offres sont examinées ont, du fait de cette dernière exigence, des capacités techniques adaptées ; l'étude précise des critères techniques se fait par rapport à l'offre et au chantier spécifique ; les annexes jointes au rapport d'examen des offres par le maître d'oeuvre détaillent les éléments composant chaque sous-critère et leur évaluation ; que pour le lot n° 1, les entreprises soumissionnaires ont obtenu, respectivement, au sous-critère 1 et au sous-critère 2, la SRTP 9 et 9/10, Colas Sud Ouest 9 et 9,5/10, Eurovia 7,5 et 8,5/10 et Malet 8,5 et 9,5/10 soit compte-tenu des coefficients 2 et 8 de chacun des deux sous-critères, les notes suivantes sur 100 : SRTP 90, Colas 94, Eurovia 83 et Malet 93 et avec une note technique redressée SRTP 95,7, Colas 100, Eurovia 88,2 et Malet 98,9 ; que l'écart de note entre les entreprises est peu important mais l'Autorité ne démontre pas en quoi cela pourrait constituer une irrégularité, n'étant ni allégué ni établi que n'a pas été attribuée la meilleure note à la meilleure offre pour chaque sous-critère ni que l'attribution de notes proches ait été faite pour neutraliser ce critère de valeur technique ; qu'il doit par ailleurs être rappelé que tant l'Autorité que l'Autorité de la concurrence, dans leur rapport respectif, relève le caractère parfois subjectif du caractère technique et de son appréciation ; qu'ici, aucun reproche n'est fait de ce point de vue ; que compte-tenu de cette compétence et cette technicité comparables, le prix, quelle que soit la pondération ou le coefficient appliqué, a nécessairement une importance accrue et constitue l'élément essentiel de départage ; SRPT a fait l'offre la moins disante à 2 124 147,50 euros, l'offre de Eurovia étant supérieure de 2,12%, celle de Malet de 4,80% et celle de Colas de 24,20% ; que les notes redressées obtenues par les entreprises sont : SRTP 100, Eurovia 93,6, Malet 85,5 et Colas 27,4 ; qu'il ne peut pour autant pas en être déduit l'illégalité de la méthode utilisée dans la mesure où, en reprenant les notes techniques obtenues par les entreprises, en supprimant le coefficient multiplicateur entre l'offre à évaluer et l'offre la moins disante, et même en appliquant un pourcentage de 50 % pour le critère technique et le critère prix, la situation est identique ; que la situation est identique pour le lot n° 1 ;

que, dès lors, sans qu'il y ait lieu d'examiner les autres moyens, l'Autorité ne démontre pas la neutralisation d'un critère par l'autre, ni l'illégalité de la méthode utilisée ;

Alors qu'il appartient au juge du référé précontractuel saisi par l'Autorité de régulation des activités ferroviaire d'un moyen pris de l'irrégularité d'une méthode de notation, d'apprécier cette dernière au regard de son contenu et des effets qu'elle est susceptible de produire, et non en fonction des résultats que sa mise en oeuvre a produits dans la procédure de marché litigieuse ; qu'en appréciant la régularité de la méthode de notation mise en oeuvre par la société ASF au regard des seuls résultats que sa mise en oeuvre avait effectivement produits au regard des offres présentées dans le cadre de la procédure de passation litigieuse sans se déterminer, de façon abstraite, au regard du contenu de cette méthode et de l'ensemble des résultats auxquels elle était susceptible de conduire, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre a méconnu les articles L. 122-12 et L. 122-20 du code de la voirie routière, ensemble l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique ;

Alors en toute hypothèse que le contentieux initié par l'Arafer présente un caractère objectif, dont il résulte que l'absence de lésion d'un intérêt privé ne peut faire obstacle à la recevabilité, comme au bien-fondé, d'une demande présentée par l'Autorité tendant à l'annulation d'une procédure de passation d'un marché mise en oeuvre par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession, en cas de manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ; qu'en se fondant sur la circonstance que la méthode de notation n'avait produit aucun effet de distorsion de concurrence au détriment des candidats, le juge des référés du tribunal de grande instance de Nanterre a méconnu les articles L. 122-12 et L. 122-20 du code de la voirie routière, ensemble l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.