

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 16 septembre 2014

N° de pourvoi: 13-16178

ECLI:FR:CCASS:2014:CO00732

Publié au bulletin

Cassation partielle

M. Espel (président), président

SCP Didier et Pinet, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés, que la Société d'aménagement de la Savoie, société d'économie mixte, a lancé un appel d'offres en vue de la passation d'un marché de travaux pour l'aménagement de l'îlot 1 de la ZAC Valmar à La Ravoire et a fait paraître à cette fin un avis d'appel public à la concurrence rendu public le 26 octobre 2012 ; que la société Travaux routiers PL Favier (la société PL Favier) s'étant portée candidate pour le lot n° 1 « réseaux humides, terrassements, revêtements minéraux, chaussées », s'est vu notifier par lettre recommandée avec accusé de réception du 17 janvier 2013 que son offre avait été rejetée et que le lot avait été attribué au groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain (le groupement), ayant pour mandataire la société Eiffage ; qu'après avoir introduit un référé précontractuel devant le juge administratif dont elle s'est désistée par lettre du 14 février 2013, cette procédure ayant été clôturée par décision notifiée le 15 février 2013, la société PL Favier a en application de l'article 4 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, porté son référé précontractuel devant le juge judiciaire par assignation du 15 février 2013 ; que la Société d'aménagement de la Savoie ayant fait savoir que le marché litigieux avait été signé le 14 février 2013, la société PL Favier s'est désistée de son instance et a saisi le juge des référés contractuels ;

Sur le premier moyen, le deuxième moyen, et le troisième moyen, pris en ses deuxième et troisième branches :

Attendu que ces moyens ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 14 du code de procédure civile ;

Attendu que nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée ;

Attendu qu'en prononçant la nullité du contrat conclu entre la Société d'aménagement de la Savoie et le groupement, alors que la société Eiffage mandataire de ce dernier n'avait pas été appelée en la cause, le président du tribunal de grande instance a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle s'est déclarée compétente pour statuer sur le litige relatif aux contrats consécutifs à l'appel d'offres publié par la Société d'aménagement de la Savoie le 26 octobre 2012, débouté cette dernière de son exception d'incompétence et déclaré recevable en la forme le référé contractuel engagé par la société Travaux routiers PL Favier, l'ordonnance rendue en la forme des référés, le 2 avril 2013, entre les parties, par le président du tribunal de grande instance de Lyon ; remet en conséquence, sur les autres points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ladite ordonnance et pour être fait droit, les renvoie devant le président du tribunal de grande instance de Paris ;

Condamne la société Travaux routiers PL Favier aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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 la ordonnance de référé partiellement 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 seize septembre deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Didier et Pinet, avocat aux Conseils, pour la Société d'aménagement de la Savoie.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir retenu la compétence de la juridiction de

l'ordre judiciaire pour statuer sur le litige relatif aux contrats consécutifs à l'appel d'offres publiées par la Société d'aménagement de la Savoie le 26 octobre 2012 et d'avoir débouté la Société d'aménagement de la Savoie de son exception d'incompétence ;

AUX MOTIFS QUE les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties au contrat, en présence de conditions particulières, agit pour le compte d'une personne publique ; que les litiges relatifs à un contrat de travaux passés par une personne morale de droit privé agissant pour son compte, même s'agissant d'opérations de travaux publics, ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire (Tribunal des conflits, 15 octobre 2012) ; qu'aux termes du règlement de la consultation concernant les travaux d'aménagement de l'ilot 1 de la ZAC Valmar à La Ravoire, le pouvoir adjudicateur, en l'espèce la Société d'aménagement de la Savoie, mentionne explicitement que l'appel d'offres est soumis aux dispositions de l'ordonnance 2005-649 du 6 juin 2005 et des articles 28 et 29 du décret 2005- 1742 du 30 décembre 2005 ; que le contrat envisagé ne comporte aucune clause particulière ; qu'en conséquence, les litiges relatifs au contrat consécutif à l'appel d'offres publiées par la société d'aménagement de la Savoie le 26 octobre 2012 relèvent de la compétence du juge judiciaire ; que la Société d'aménagement de la Savoie sera déboutée de son exception d'incompétence ;

ALORS QUE constitue un contrat administratif le contrat ayant pour objet la réalisation de travaux publics conclu entre deux personnes privées lorsque l'une d'elle agit pour le compte d'une personne publique ; qu'il peut en être ainsi alors même que le contrat conclu ne comporte aucune stipulation particulière sur ce point ; qu'en excluant que la Société d'aménagement de la Savoie ait agi pour le compte d'une personne publique par la seule considération que le contrat litigieux ne comportait aucune clause particulière, le président du tribunal de grande instance a violé les lois des 16-24 août 1790 et 28 pluviôse an VIII.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré recevable le référé contractuel engagé par la SAS PL Favier ;

AUX MOTIFS QUE l'article 11 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009 dispose que les personnes qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionné aux articles 2 et 5 de l'ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge judiciaire d'un recours en contestation en de la validité du contrat ; que l'article dispose également que le recours régi par la présente section n'est pas ouvert aux demandeurs ayant fait usage du recours prévu à l'article 2 et à l'article 5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ; qu'il est constant qu'une instance en référé précontractuel a été engagée par la SAS PL Favier devant le tribunal administratif de Grenoble selon requête en date du 25 janvier 2013 ; que par ordonnance de référé en date du 15 février 2013, le tribunal administratif de Grenoble a donné acte à la SAS PL Favier de son désistement d'instance et que cette décision a été notifiée le même jour à la SAS PL Favier et à la Société d'aménagement de la Savoie ; que par un acte en date du 14 février 2013, la Société

d'aménagement de la Savoie a signé le marché qu'elle a attribué au groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain ; que par courrier électronique du 14 février 2013 à 11 H 03, elle a confirmé cette signature au groupement Eiffage/Sol Alpes/Langain ; qu'en application de l'article 4 de l'ordonnance du 7 mai 2009, la Société d'aménagement de la Savoie ne pouvait signer le contrat à compter de la saisine du tribunal administratif de Grenoble et ce jusqu'à notification de la décision juridictionnelle qui mettait fin à l'instance ; qu'en signant le contrat le 14 février 2013, alors que l'instance devant le tribunal administratif n'a été clôturée que par une décision qui lui a été notifiée le 15 février 2013, la Société d'aménagement de la Savoie n'a pas respecté la suspension prévue par l'article 4 précité ; qu'en conséquence que le référé contractuel engagé par la SAS PL Favier dans le cadre de la présente instance doit être déclaré recevable ;

ALORS QUE le non-respect de la suspension visée par les articles 4 et 8 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ne peut être opposé par le demandeur en référé contractuel lorsque celui-ci, avant la signature du contrat, s'est désisté de son recours en référé précontractuel ; qu'en s'abstenant de rechercher si le désistement de la société PL Favier de son référé précontractuel n'était pas intervenu avant la signature du contrat, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale au regard de l'article 12 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir prononcé la nullité du contrat conclu le 14 février 2013 entre d'une part la Société d'aménagement de la Savoie et d'autre part le groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain pour manquement du pouvoir adjudicateur aux obligations de publicité et de mise en concurrence et d'avoir dit que la procédure serait reprise au stade de la publication de l'appel public à la concurrence ;

AUX MOTIFS QU'aux termes de l'article 16 de l'ordonnance 2009-715 du 7 mai 2009, le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8, si en outre, deux conditions sont réunies : - la méconnaissance de ses obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, - les obligations de publicité ou de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ; qu'il peut être relevé que si la société PL Favier n'a pas engagé totalement de référé précontractuel avant la signature du marché contractuel, c'est en raison d'une indication erronée de la lettre de notification du rejet de son offre qui l'invitait à saisir le juge administratif ;

ET AUX MOTIFS QUE pour soutenir l'existence d'une violation du principe de transparence de la procédure et d'égalité de traitement des candidats, la société PL Favier a invoqué le fait que le pouvoir adjudicateur avait effectué son choix sur le fondement de sous critères dont la teneur n'a pas été portée à la connaissance des candidats que ce soit dans leur existence ou leur pondération ; que le pouvoir adjudicateur est tenu d'informer les candidats des critères de sélection de leurs offres ainsi que de leur pondération ou de leur hiérarchisation, dès le lancement de la consultation dans l'avis

d'appel public à la concurrence dans les documents communiqués, en particulier le règlement de la consultation ; que si le pouvoir adjudicateur décide de faire usage de sous critères, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération et la hiérarchisation de ces sous critères, dès lors qu'ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection ; que dès lors que cette information est donnée, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de mentionner les méthodes de notation dans ladite publicité ou le règlement de la consultation, même s'il doit pouvoir en justifier devant le juge ; que l'avis public à la concurrence et le règlement de la consultation établis par la Société d'aménagement de la Savoie ont indiqué que l'offre économiquement la plus avantageuse serait appréciée en fonction des critères ci-dessous : - prix des prestations : pondération 40 % - valeur technique : pondération 60 %, en ajoutant sur le critère de valeur technique la précision suivante "moyens que l'entreprise se propose de mettre en place pour la réalisation de travaux (mode opératoire, moyens humains et matériels) sur la base d'un mémoire technique justificatif à joindre impérativement avec l'offre (à défaut l'offre sera jugée irrégulière)" ; qu'en ce qui concerne le critère numéro 1 relatif aux prix des prestations l'analyse de l'offre devait conduire à un classement attribuant la note maximale de 10 à l'offre présentant le prix le plus faible ; qu'en ce qui concerne le critère numéro 2 relatif à la valeur technique, la qualité de la réponse était analysée d'après les repères suivants : - note de 09 à 10 maximum pour une réponse jugée très bonne, - note de 06 à 08 maximum pour une réponse jugée bonne, - note de 05 pour une réponse jugée acceptable, - note de 01 à 04 pour une réponse jugée médiocre ; que le critère de la valeur technique devait être apprécié au regard d'un mémoire technique justificatif exposant les moyens que le candidat se propose de mettre en oeuvre pour mener à bien sa mission compte tenu notamment des contraintes propres à l'opération (site urbanisé, risques de nuisances) pour gérer les interfaces entre les trois chantiers (travaux d'aménagement de la ZAC et deux chantiers de construction d'immeubles d'habitation), pour la fourniture, pour la mise en oeuvre et, spécifiquement pour le lot n°1 pour le traitement des matériaux amiantés ; que le règlement de consultation prévoyait que l'offre la mieux classée serait retenue à titre provisoire dans l'attente de la production des certificats et attestations réglementaires ; qu'il ne peut être fait grief au pouvoir adjudicateur d'avoir retenu une grille de valorisation des offres sur le plan technique lui permettant de différencier la qualité des offres ; que par lettre en date du 23 janvier 2013, la Société d'aménagement de la Savoie a fait connaître à la société PL Favier les motifs qui l'avaient conduit à lui notifier le 17 janvier 2013 que le contrat serait passé avec le groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain, et ce en raison du fait que l'offre du dit groupement a été classée première et celle de la société PL Favier deuxième ; que les notes obtenues par les candidats étaient les suivantes : - Société PL Favier note de 10 sur le critère du prix (après pondération 40), note 7,33 sur le critère de la valeur technique (après, pondération 44), soit un total général de 84, - Groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain note de 9,53 sur le critère du prix (après pondération 38,12), note de 9,17 (après pondération, 55) soit un total général de 93,13 ; que, sans être démentie, la société PL Favier a fait valoir qu'au cours de la réunion du 12 février 2013 dans les locaux de la Société d'aménagement de la Savoie il lui a été montré un rapport d'analyse des offres faisant état pour la valeur technique de six sous-critères, dont notamment un sous-critère « liste des fournitures » qualifié de complet pour la société PL Favier et d'exhaustif pour le candidat retenu ; que le contenu de cette réunion est évoqué dans une lettre recommandée adressée le 6 mars 2013 par la société PL Favier à la Société d'aménagement de la Savoie qui rappelle l'existence de six sous-critères employés dans les rapports de la maîtrise d'oeuvre et dans laquelle il est fait état d'une proposition de la Société d'aménagement de la Savoie de neutraliser « les critères subjectifs » ; que le rapport d'analyse des offres n'a pas été produit aux débats par le pouvoir adjudicateur ; que l'attribution au titre du critère de la valeur technique d'une notation de 7,33/10 au bénéfice de la société PL Favier et de 9,17/10 au bénéfice du groupement Eiffage apporte

la démonstration de l'utilisation pour la notation de la valeur technique de sous critères ayant permis une moyenne mathématique, non rendu publics, et ayant fait l'objet d'une pondération ; que lorsque des sous critères s'apparentent aux critères de sélection des offres de par leur nature et l'importance de leur pondération, ils doivent être précisés dans l'avis d'appel public à la concurrence (Conseil d'Etat 18 juin 2010, commune de Saint Pal de Mons) ; que l'absence de publicité sur la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères utilisés par la Société d'aménagement de la Savoie pour l'appréciation de la valeur technique, est susceptible d'avoir exercé une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection ; qu'en effet la connaissance des sous-critères utilisés et de leur pondération ou de leur hiérarchisation pouvait conduire les candidats à mieux orienter leurs offres en fonction des attentes du pouvoir adjudicateur ; que ce manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence a affecté les chances de la société PL Favier d'obtenir le contrat ; qu'en conséquence et en application des articles 16 et 18 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009, la nullité du contrat conclu le 14 février 2013 entre d'une part la Société d'aménagement de la Savoie et d'autre, part le groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain sera prononcée ; qu'il y a lieu d'ordonner la reprise de la procédure au stade de la publication de l'appel public à la concurrence ;

1°) ALORS QU'en annulant le contrat conclu entre la Société d'aménagement de la Savoie et le groupement Eiffage/Sols Alpes/Langain quand ce dernier n'avait pas été appelé à l'instance, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 14 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le juge prononce la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 si la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours en référé précontractuel ; qu'en retenant que la société PL Favier n'avait pas engagé « totalement » de référé précontractuel avant la signature du marché contractuel en raison d'une indication erronée de la lettre de notification du rejet de son offre qui l'invitait à saisir le juge administratif, sans répondre aux conclusions de l'exposante qui faisaient valoir (p. 9 à 12) que la société PL Favier, après avoir été informée du rejet de son offre par un courrier du 17 janvier 2013, avait introduit un recours en référé précontractuel devant le tribunal administratif le 25 janvier 2013, en indiquant, dans sa requête introductive que, contrairement aux indications données par le pouvoir adjudicateur, le juge judiciaire était seul compétent, ce à quoi avait acquiescé la Société d'aménagement de la Savoie dans un mémoire enregistré le 5 février 2013, de sorte que les mentions erronées sur le juge compétent n'avaient d'aucune façon privé la société PL Favier de la possibilité d'exercer un recours en référé précontractuel devant le juge compétent, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE, en retenant que la société PL Favier avait fait valoir sans être démentie qu'au cours de la réunion du 12 février 2013 dans les locaux de la Société d'aménagement de la Savoie, il lui avait été montré un rapport d'analyse des offres faisant état pour la valeur technique de six sous-critères, quand la Société d'aménagement de la Savoie contestait expressément (concl. p. 18) que les éléments pris en considération pour apprécier la valeur technique aient constitué des sous-critères, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QUE les sous-critères ayant fait l'objet d'une publicité peuvent faire l'objet d'une pondération ou d'une hiérarchisation ultérieure par le pouvoir adjudicateur dès lors que celle-ci ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, ne prend pas en compte des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et n'a pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ; qu'en jugeant que la mise en oeuvre de sous-critères par la Société d'aménagement de la Savoie, parce que leur pondération ou leur hiérarchisation n'avait pas fait l'objet de publicité, méconnaissait les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était tenue l'exposante, le président du tribunal de grande instance a violé l'article 24 du décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 ;

5°) ALORS QUE si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en oeuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection ; qu'en se bornant à énoncer, pour retenir que l'absence de publicité sur la pondération ou la hiérarchisation des sous-critères utilisés par la Société d'aménagement de la Savoie pour l'appréciation de la valeur technique, était susceptible d'avoir exercé une influence sur la présentation des offres ainsi que sur leur sélection, que la connaissance des sous-critères utilisés et de leur pondération ou de leur hiérarchisation pouvait conduire les candidats à mieux orienter leurs offres en fonction des attentes du pouvoir adjudicateur, le président du tribunal de grande instance qui s'est déterminé par un motif général, sans considération concrète de la nature des sous-critères et de l'importance de la pondération, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.

Publication :

Décision attaquée : Tribunal de grande instance de Lyon , du 2 avril 2013