

COUR DE CASSATION

Audience publique du **21 juin 2016**

Rejet
et Cassation partielle

Mme RIFFAULT-SILK, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 590 F-P+B

Pourvoi n° F 14-23.912

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 la société Constructions
De Giorgi, société par actions simplifiée, dont le siège est 30 rue Denis
Papin, BP 35, 25301 Pontarlier cedex,

contre l'ordonnance rendue en la forme des référés le 13 août 2014 par le
président du tribunal de grande instance de Nancy, dans le litige l'opposant
à la Société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération
dijonnaise, société anonyme, dont le siège est Palais des Etats de
Bourgogne, 21000 Dijon,

défenderesse à la cassation ;

La Société d'économie mixte d'aménagement de
l'agglomération dijonnaise a formé un pourvoi incident éventuel contre la
même ordonnance ;

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

La demanderesse au pourvoi incident éventuel invoque, à l'appui de son recours, un moyen unique de cassation également annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 18 mai 2016, où étaient présents : Mme Riffault-Silk, conseiller doyen faisant fonction de président, M. Sémériva, conseiller rapporteur, Mme Bregeon, conseiller, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Sémériva, conseiller, les observations de la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat de la société Constructions De Giorgi, de la SCP Foussard et Froger, avocat de la Société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise, l'avis de Mme Pénichon, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Constructions De Giorgi que sur le pourvoi incident relevé par la Société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés par le président d'un tribunal de grande instance, que la Société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (la Semaad) a lancé un avis d'appel public à la concurrence en vue de la construction d'un immeuble destiné à accueillir les chambres départementale et régionale de l'agriculture ; que l'offre présentée par la société Constructions De Giorgi (la société De Giorgi) n'ayant pas été retenue, celle-ci a demandé à la Semaad de lui communiquer les motifs détaillés de ce rejet, ainsi que divers autres renseignements, puis, exposant qu'elle n'avait pas reçu de réponse, a saisi le juge du référé précontractuel ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident éventuel, qui est préalable :

Attendu que la Semaad fait grief à l'ordonnance de déclarer recevable le recours de la société De Giorgi alors, selon le moyen :

1°/ que le juge, tenu d'une obligation de motivation, ne peut se borner à procéder par voie d'affirmation ; qu'en se bornant à affirmer que le recours de la société De Giorgi était recevable au regard de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 sans analyser, fut-ce

succinctement, les éléments de fait et de droit mis en avant par la Semaad au soutien de la fin de non-recevoir qu'elle avait opposée, le juge des référés a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que seules ont intérêt à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence les personnes « susceptibles d'être lésées par de tels manquements » ; qu'en jugeant le recours de la société De Giorgi recevable au seul motif qu'elle avait intérêt à conclure le contrat faisant l'objet de la procédure de consultation lancée par la Semaad, sans rechercher, comme il y était invité, si la société De Giorgi était susceptible d'être lésée par les manquements dont elle se prévalait, le juge des référés a privé son ordonnance de base légale au regard de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

Mais attendu que, statuant sur la recevabilité d'une telle demande, le président du tribunal de grande instance n'a pas à procéder à une recherche portant sur le fond du débat, de sorte que la décision est suffisamment motivée, dès lors qu'il en ressort que l'action de la société De Giorgi, dont l'intérêt à conclure le contrat n'était pas contesté, entre dans le champ du recours ouvert en la matière ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ;

Attendu qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) que lorsqu'un organisme exerce plusieurs activités d'intérêt général, dont certaines ont un caractère industriel ou commercial, les marchés qu'il conclut sont soumis aux dispositions de l'ordonnance susvisée, sans qu'il y ait lieu de distinguer ceux qu'il passe dans le cadre d'activités industrielles ou commerciales, la qualité d'organisme de droit public ne dépendant pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné (CJUE, 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria, C-44/ 96, points 25, 26 et 31 ; BFI Holding, 10 novembre 1998, C-360/96, points 55 et 56, et Adolf Truley, 21 mars 2002, C-373/00, point 56) ;

Attendu que pour rejeter les demandes de la société De Giorgi, la décision attaquée retient qu'un organisme d'intérêt général et contrôlé par des pouvoirs adjudicateurs peut être écarté, même ponctuellement, du champ d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 s'il agit dans un but purement industriel et commercial, qu'en l'espèce, le contrat litigieux a été conclu en vue de la construction d'un immeuble de bureaux,

que cette opération est assumée par la Semaad en propre, que la commercialisation relève de sa seule initiative, qu'elle supportera seule le risque financier et que le cadre dans lequel se situe le contrat en cause est très concurrentiel ;

Qu'en statuant ainsi, 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 :

REJETTE le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle dit la société Constructions De Giorgi recevable en ses demandes, l'ordonnance rendue le 13 août 2014, entre les parties, par le président du tribunal de grande instance de Nancy ; 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 d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Constructions De Giorgi 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 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 vingt et un juin deux mille seize.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit au pourvoi principal par la SCP Célice, Blancpain, Soltner et Texidor, avocat aux Conseils, pour la société Constructions De Giorgi

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir rejeté l'ensemble des demandes de la société CONSTRUCTIONS DE GIORGI :

AUX MOTIFS QU'« Il ressort de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 que doivent être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs les organismes de droit privé ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et qui sont placés sous le contrôle ou sont financés majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005, et les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun par des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance du 6 juin 2005 ; Cependant, la SEMAAD n'est pas constituée uniquement d'entités publiques pouvant être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs et comprend au contraire différents actionnaires dont aucun ne saurait être qualifié de pouvoir adjudicateur par l'ordonnance précitée ou par le code des marchés publics. Par ailleurs, un organisme d'intérêt général et contrôlé par des pouvoirs adjudicateurs peut néanmoins être écarté même ponctuellement du champ d'application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 s'il agit dans un but purement industriel et commercial, critère qui ressort notamment du but lucratif de l'activité concernée, de la recherche de rentabilité, du risque financier supporté par l'entité et de sa logique de fonctionnement. En l'espèce, le contrat litigieux a été conclu en vue de la construction d'un immeuble de bureaux, opération assumée par la SEMAAD en propre et dont la commercialisation relève de sa seule initiative et dont elle sera la seule à supporter le risque financier. Il convient également de rappeler que le cadre dans lequel se situe le contrat en cause est très concurrentiel, eu égard aux nombreuses entreprises évoluant sur le même marché. Force est donc de constater que la SEMAAD est intervenue en l'espèce de sa propre initiative et pour son propre compte, afin de construire et vendre un immeuble dans un but industriel et commercial, supportant entièrement les risques et les bénéfices d'une telle opération. La SEMAAD ne saurait donc être qualifiée de pouvoir adjudicateur dans le cadre du contrat en cause, ledit contrat étant exclu du champ de la commande publique. L'argument pris de la violation des dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 sera donc rejeté » ;

1°) ALORS QUE pour déterminer si un contrat relève de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, il incombe au juge de rechercher dans un premier temps si la personne privée est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance puis le cas échéant, si ce critère organique

déterminant le champ d'application de l'ordonnance est satisfait, de rechercher dans un second temps si le marché en cause conclu par le pouvoir adjudicateur est exclu du champ d'application de l'ordonnance au regard des caractéristiques afférentes au contrat, énoncées à l'article 7 de l'ordonnance de 2005 ; qu'en l'espèce, le juge des référés du TGI de Nancy a rejeté les demandes de la société CONSTRUCTIONS DE GIORGI aux motifs que « la SEMAAD ne saurait donc être qualifiée de pouvoir adjudicateur dans le cadre du contrat en cause, ledit contrat étant exclu du champ de la commande publique » ; qu'en se prononçant par de tels motifs, qui, du fait de leur ambiguïté, ne permettent pas de déterminer si le juge des référés a considéré que la SEMAAD n'était pas un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance et donc ne relevant pas du champ d'application de ladite, ou s'il a considéré que le marché conclu était exempté de la procédure de passation de la commande publique, le juge des référés a laissé incertain le fondement juridique du rejet des demandes, privant sa décision de base légale au regard des articles 3 et 7 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ;

2°) ALORS QU'en application de l'article L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales, plus de la moitié du capital social et des voix dans les organes délibérants d'une société d'économie mixte locale, société anonyme, est détenue, séparément ou à plusieurs, par les collectivités territoriales et leurs groupements et qu'en application de l'article 2 du code des marchés publics, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux sont des pouvoirs adjudicateurs soumis au code des marchés publics ; qu'il résulte ainsi de la combinaison des textes susvisés que plus de la moitié des actionnaires d'une SEM sont par essence des pouvoirs adjudicateurs au sens du code des marchés publics ; qu'en énonçant que la SEMAAD comprend « différents actionnaires dont aucun ne saurait être qualifié de pouvoir adjudicateur par l'ordonnance [de 2005] ou par le code des marchés publics », le juge des référés du Tribunal de grande instance de Nancy a violé les articles L. 1522-1 du code général des collectivités territoriales et 2 du code des marchés publics ;

3°) ALORS QUE revêt le caractère d'un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, l'organisme de droit privé « doté de la personnalité juridique et qui a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dont soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance de 2005, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance de 2005, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance de 2005 » ; que pour l'application du texte susvisé, qui doit être interprété de

manière conforme au contenu et aux objectifs de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, il y a lieu de considérer que lorsqu'un organisme exerce plusieurs activités d'intérêt général dont seules certaines d'entre-elles ont un caractère industriel ou commercial, l'ensemble de ses marchés est soumis aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 sans qu'il y ait lieu d'en excepter les marchés conclus pour les besoins d'activités industrielles ou commerciales (CJUE 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria AG, aff. C-44/96) ; qu'en jugeant qu'un pouvoir adjudicateur pouvait « néanmoins être écarté ponctuellement du champ d'application de l'ordonnance (...) s'il agit dans un but purement industriel et commercial » et que tel était le cas en l'espèce dès lors que « le contrat litigieux » avait été conclu par la SEMAAD dans un « but industriel et commercial », le juge des référés a violé l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ensemble l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 ;

4°) ALORS QUE sont exemptés de la procédure de passation des contrats de la commande publique les seuls marchés présentant les caractéristiques énumérées à l'article 7 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, parmi lesquels ne figurent pas les marchés de travaux, ni les marchés conclus en vue de la construction d'un immeuble ; qu'en l'espèce, le juge des référés du TGI a rejeté les demandes de la société CONSTRUCTIONS DE GIORGI aux motifs que « la SEMAAD est intervenue en l'espèce de sa propre initiative et pour son propre compte, afin de construire et vendre un immeuble dans un but industriel et commercial, supportant entièrement les risques et les bénéfices d'une telle opération. La SEMAAD ne saurait donc être qualifiée de pouvoir adjudicateur dans le cadre du contrat en cause, ledit contrat étant exclu du champ de la commande publique » ; qu'en se déterminant ainsi par des motifs étrangers aux exclusions de l'article 7 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, le juge des référés du Tribunal de grande instance de Nancy a violé le texte susvisé.

Moyen produit au pourvoi incident éventuel par la SCP Foussard et Froger, avocat aux Conseils, pour la Société d'économie mixte d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SEMAAD)

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré recevable le recours de la société Constructions De Giorgi ;

AUX MOTIFS QUE : « l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 a créé devant les juridictions judiciaires la procédure de référé précontractuelle et contractuelle pour les recours applicables aux contrats de droit privé relevant de la commande publique ; l'article 2 de l'ordonnance du 7 mai 2009 dispose que 'En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par des pouvoirs adjudicateurs des contrats de droit privé ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, les personnes ayant intérêt à conclure l'un de ces contrats et susceptibles d'être lésées par ce manquement peuvent saisir le juge avant la conclusion du contrat. La demande est portée devant la juridiction judiciaire' ; l'article 2 de l'ordonnance du 7 mai 2009 prévoit également que 'Les personnes qui ont intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles elles sont soumises peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat. La demande est portée devant la juridiction judiciaire' ; le recours en matière de contrat de la commande publique sur le ressort de la cour d'appel de Dijon relève spécialement de la compétence du tribunal de grande instance de Nancy conformément à l'article D. 211-10-2 et aux annexes VII-II du code de l'organisation judiciaire ; le recours contractuel formé par la société De Giorgi est donc recevable » (ordonnance attaquée p. 4) ;

ALORS QUE, premièrement, le juge tenu à une obligation de motivation ne peut se borner à procéder par voie d'affirmation ; qu'en se bornant à affirmer que le recours de la société Constructions De Giorgi était recevable au regard de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 sans analyser, fût-ce succinctement, les éléments de fait et de droit mis en avant pour la SEMAAD au soutien de la fin de non-recevoir qu'elle avait opposée (conclusions d'appel, pp. 5 et 6, § 10 à 15), le juge des référés a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS QUE, deuxièmement, seules ont intérêt à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence les personnes « susceptibles d'être lésées par de tels manquements » ; qu'en jugeant le recours de la société Constructions De Giorgi recevable au seul motif qu'elle avait intérêt à conclure le contrat

faisant l'objet de la procédure de consultation lancée par la SEMAAD, sans rechercher, comme il y était invité (v. conclusions d'appel, pp. 5 et 6, § 10 à 15), si la société De Giorgi était susceptible d'être lésée par les manquements dont elle se prévalait, le juge des référés a privé son ordonnance de base légale au regard de l'article 2 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.