COMM.

MF

COUR DE CASSATION

Audience publique du **23 juin 2015**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 610 F-P+B

Pourvoi n° P 14-12.419

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 Passenaud
recyclage, dont le siège est 38 rue de Berri, 75008 Paris,

contre l'ordonnance rendue le 31 janvier 2014 par le tribunal de grande
instance de Paris, dans le litige l'opposant à la Société nationale des
chemins de fer français (SNCF), établissement public à caractère industriel
et commercial, dont le siège est 2 place aux Etoiles, 93200 Saint-Denis,

défenderesse à la cassation ;

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les deux
moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 27 mai 2015, où étaient présents : Mme Mouillard, président, M. Grass, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Grass, conseiller, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de la société Passenaud recyclage, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat de la Société nationale des chemins de fer français, l'avis de M. Debacq, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés (tribunal de grande instance de Paris, 31 janvier 2014), que la Société nationale des chemins de fer français (la SNCF) a adressé aux entreprises de recyclage de déchets des pays de la Loire un dossier de consultation portant sur la vente de voitures de voyageurs devenues inutilisables dites chaudrons ; que la société Passenaud recyclage (la société Passenaud) a introduit un référé contractuel en application des articles 11 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, pour obtenir la communication avant dire droit des documents relatifs à l'analyse des offres, la reconnaissance que l'offre de contracter proposée par la SNCF emportait l'exécution à son profit de prestations de services de gestion de déchets, en sorte qu'elle était soumise aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et, par voie de conséquence, l'annulation du contrat signé avec la société GDE ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Passenaud fait grief à l'ordonnance de dire que l'offre proposée par la SNCF ne relève pas du champ d'application des directives et des dispositions internes en matière de marchés publics et de rejeter ses demandes alors, selon le moyen :

1°/ que sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les contrats conclus à titre onéreux par une entité adjudicatrice avec un tiers pour répondre à ses besoins en matière de services ; que la qualification du contrat, à l'effet de déterminer s'il entre dans le champ de l'ordonnance et de la directive, doit se faire par seule référence aux critères prévus par ces textes, peu important la qualification

du contrat au regard des catégories internes du droit commun français ; qu'en présence d'un contrat composite qui stipule des obligations dont certaines ne relèvent pas du champ d'application des deux textes susvisés, il lui est néanmoins soumis dès lors que les autres obligations sont assimilables à une prestation de services fournie à une entité adjudicatrice à titre onéreux pour la satisfaction de ses besoins ; qu'au cas d'espèce, le juge du fond a constaté que le contrat que se proposait de conclure la SNCF, s'il prévoyait la « vente » des « chaudrons » moyennant le paiement d'un prix au poids par le cocontractant, imposait à ce dernier de nombreuses obligations sans lien avec la vente, et qui tenaient en particulier à la destruction de la chose, au traitement des déchets subséquents ainsi qu'à la fourniture d'information et de conseil à la SNCF dans le cadre de ce processus, sachant que cette dernière était tenue de traiter ou faire traiter ses déchets ; que dès lors, peu important la qualification de la convention sous l'angle du droit commun français, et à supposer que certains éléments aient pu ressortir au contrat de vente, il n'en demeurerait pas moins que les autres obligations mises à la charge du cocontractant s'apparentaient à une fourniture de services à titre onéreux pour satisfaire un besoin de la SNCF, dont il était constant qu'elle avait la qualité d'entité adjudicatrice ; qu'il s'en évinçait que sous ce rapport, le contrat était nécessairement soumis aux règles résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive du 31 mars 2004 ; qu'en décidant le contraire, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble le principe de l'interprétation autonome des notions de droit communautaire, ensemble les articles 1134 du code civil et 12 du code de procédure civile ;

2°/ que sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les contrats conclus à titre onéreux par une entité adjudicatrice avec un tiers pour répondre à ses besoins en matière de services ; qu'à supposer même que la soumission d'un contrat aux règles issues de l'ordonnance et de la directive implique la qualification de celui-ci au regard des catégories du droit interne commun, le contrat de vente suppose le transfert de propriété d'une chose en échange du paiement d'un prix, ainsi que le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur, en sorte que ne peut constituer une vente le contrat qui impose à l'acheteur la destruction de la chose qui en est l'objet, le privant ainsi d'une des prérogatives du droit de propriété ; qu'au cas d'espèce, il était constant que le contrat litigieux que la SNCF se proposait de conclure, sous la dénomination de vente, obligeait le prétendu acheteur à détruire les voitures prétendument vendues et à assurer le traitement des déchets subséquents, de sorte que le prétendu acquéreur ne se voyait pas transférer la propriété

de la chose puisqu'il était privé de la maîtrise de l'abusus ; qu'en estimant néanmoins être en présence d'une vente, comme telle non soumise aux dispositions de l'ordonnance et de la directive susvisées, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles 1134, 1582, 1604 et 544 du code civil, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;

3°/ que sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les contrats conclus à titre onéreux par une entité adjudicatrice avec un tiers pour répondre à ses besoins en matière de services ; qu'à supposer toujours que la soumission d'un contrat aux règles issues de l'ordonnance et de la directive implique la qualification de celui-ci au regard des catégories du droit interne commun, en présence d'un contrat composite mêlant des obligations appartenant à plusieurs contrats spéciaux différents, le juge doit procéder à la qualification en fonction de l'obligation principale et caractéristique résultant de la convention ; qu'en particulier, en présence d'un contrat qui mêle des éléments de la vente et des éléments du contrat d'entreprise, c'est la qualification de contrat d'entreprise qui doit prévaloir lorsque l'obligation principale et caractéristique stipulée tient à la réalisation d'un travail par l'une des parties correspondant à un besoin exprimé par l'autre ; qu'au cas d'espèce, ayant constaté que si formellement, le contrat proposé par la SNCF se présentait comme une vente, dès lors qu'il y avait transfert des « chaudrons » moyennant le paiement d'un prix par le cocontractant, il n'en demeurerait pas moins que la convention stipulait à la charge de ce dernier de nombreuses obligations sans rapport avec un contrat de vente, et qui tenaient en particulier à l'obligation de détruire les objets cédés, d'assurer pour le compte du donneur d'ordre le traitement des déchets subséquents conformément aux dispositions du code de l'environnement, ainsi qu'assumer une mission d'information et de conseil à l'égard de la SNCF sur la mise en oeuvre du meilleur processus dans chaque cas particulier, en contrepartie de quoi le cocontractant avait la libre disposition des éléments subsistant à la suite du traitement, qu'il pouvait céder pour son propre profit, le juge du fond, qui avait ainsi fait ressortir que le contrat litigieux stipulait une obligation principale et caractéristique tenant à l'exécution d'un travail par le cocontractant, ne pouvait décliner la qualification de contrat d'entreprise au profit de la qualification de contrat de vente, sans méconnaître les conséquences légales de ses propres constatations ; qu'à cet égard, l'ordonnance attaquée a été rendue en violation des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004,

ensemble les articles 1134, 1582, 1710 et 1787 du code civil, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;

4°/ que la société Passenaud faisait valoir que le contrat que se proposait de conclure la SNCF s'apparentait en réalité à une convention ayant pour objet la collecte, le transport, le courtage et le négoce de déchets, c'est-à-dire un contrat d'entreprise particulier spécialement visé par l'article L. 541-8 du code de l'environnement ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur cette qualification invoquée devant lui, avant de conclure qu'il était en présence d'une vente, non soumise comme telle à l'ordonnance du 6 juin 2005 et à la directive du 31 mars 2004, le juge du fond n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble l'article L. 541-8 du code de l'environnement, ensemble les articles 1134 du code civil et 12 du code de procédure civile ;

5°/ que pour constituer un marché de services, il suffit que le contrat soit conclu à titre onéreux en vue de la prestation de services, ce qui suppose seulement que l'entité adjudicatrice bénéficie d'une prestation en échange d'une contrepartie ; que l'existence d'un « intérêt économique direct », qui se distinguerait du seul intérêt direct, n'est exigée que dans les hypothèses où l'identification d'une prestation reçue par l'entité adjudicatrice en échange d'une contrepartie ne résulte pas directement des obligations stipulées par le contrat ; qu'au cas d'espèce, en jugeant au contraire qu'en tant qu'était concernée la prestation de services fournie par le cocontractant, tenant au traitement des déchets et à l'obligation d'information et de conseil, la convention échappait à l'ordonnance du 6 juin 2005 et à la directive du 31 mars 2004 dès lors que la SNCF n'avait pas un « intérêt économique direct » à l'élimination des déchets, quand il ressortait des constatations du juge que la société Passenaud devait accomplir des obligations directement envers la SNCF, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles L. 541-1-1 et L. 541-2 du code de l'environnement ;

6°/ qu'à supposer même qu'un intérêt économique direct fût requis, du point de vue de l'entité adjudicatrice, pour que le contrat fût soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et à la directive du 31 mars 2004 en tant que marché de services, tout producteur ou détenteur de déchets est responsable de la gestion de ces derniers jusqu'à leur élimination ou valorisation finale, même lorsque le déchet est transféré à un tiers aux fins de traitement, en sorte que le producteur ou détenteur assume normalement la charge économique de cette élimination ou valorisation ; qu'au cas d'espèce, en estimant que la SNCF n'avait pas d'intérêt économique direct au traitement des déchets par son cocontractant, au motif

inopérant que ce traitement poursuivait un objectif d'intérêt général, quand la responsabilité légale incombant à la SNCF au titre du traitement des déchets, même effectué par un tiers, impliquait nécessairement que cette prestation avait pour elle un intérêt économique direct, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles L. 541-1-1 et L. 541-2 du code de l'environnement ;

7°/ que si un marché de service suppose un contrat conclu à titre onéreux, et donc que l'entité adjudicatrice assume une contrepartie au regard de la prestation fournie par son cocontractant, les règles de publicité et de mise en concurrence résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive du 31 mars 2004 étant d'ordre public et obligatoires en tous leurs éléments à l'endroit de l'entité adjudicatrice, c'est à cette dernière qu'incombe la charge de prouver qu'elle n'assume aucune contrepartie en échange de la prestation fournie par le cocontractant, avec pour conséquence que son contrat échappe aux règles susvisées, et non pas au candidat évincé de prouver le contraire ; qu'au cas d'espèce, en estimant encore que la société Passenaud ne démontrait pas que la SNCF aurait payé de manière indirecte la prestation de traitement des déchets assumée par le cocontractant au regard du mécanisme mis en place pour déterminer le prix de vente des « chaudrons » au poids, quand il incombait à la SNCF de démontrer le contraire, le juge du fond, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil, ensemble les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble l'article 6 du code civil ;

8°/ que la contrepartie assumée par l'entité adjudicatrice en échange de la prestation de services ne s'incarne pas nécessairement dans une rémunération directe et pécuniaire du cocontractant ; qu'il résulte des propres constatations du juge du fond qu'en vertu du contrat, l'adjudicataire avait la faculté de revendre pour son propre compte tant les déchets recyclés que les matériels restant à la suite du traitement ; qu'en s'abstenant de rechercher si, en raison de cette faculté, la SNCF ne devait pas être réputée avoir consenti à son cocontractant une contrepartie, en marge du simple « transfert de propriété » des « chaudrons » payés au poids, le juge du fond n'a en toute hypothèse pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé que la notion de marchés publics de travaux impose que les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur (arrêt du 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, point 54) ; qu'ayant relevé, en conformité avec ce

principe, que le traitement des déchets vise à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général d'ordre environnemental dont il incombe à la SNCF d'assurer le respect, et retenu que les obligations que celle-ci met à la charge de ses cocontractants n'ont pas pour objet de satisfaire ses besoins, si ce n'est de réaliser à sa place la destruction des déchets, le juge des référés en a déduit à bon droit qu'elles ne lui apportent aucun intérêt économique direct ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'ordonnance relève que la propriété des chaudrons est transférée à l'acquéreur, qui en paye le prix selon un barème précis fixé par l'Usine nouvelle pour les ferrailles et pour les métaux non ferreux, et que c'est pour son propre compte et comme il l'entend que celui-ci vend ultérieurement les déchets recyclés et les matériaux restants ; qu'elle relève également que le traitement des déchets, bien qu'expressément prévu par le contrat, pèse légalement sur leur détenteur ; qu'elle constate que la société Passenaud n'apporte pas la preuve que le prix fixé selon ce barème est un prix moindre que celui auquel la SNCF peut en réalité vendre les chaudrons ; que de ces constatations, le juge des référés, qui a procédé à la recherche invoquée par la huitième branche, a pu déduire, sans inverser la charge de la preuve, qu'il n'était pas démontré que le traitement des déchets faisait l'objet d'une contrepartie financière de la part de la SNCF ;

Et attendu, en troisième lieu, que la Cour de justice de l'Union européenne a énoncé que, pour déterminer le champ d'application des directives en matière de marchés publics, dans le cas d'un contrat mixte dont les différents volets sont liés d'une manière inséparable et forment ainsi un tout indivisible, l'opération en cause doit être examinée dans son ensemble de manière unitaire aux fins de sa qualification juridique et doit être appréciée sur la base des règles qui régissent le volet qui constitue l'objet principal ou l'élément prépondérant du contrat (en dernier lieu : arrêt du 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki AE*, C-145/08 et C-149/08, point 48) ; qu'après avoir procédé à l'examen du règlement de consultation, du projet de contrat et du cahier des charges, l'ordonnance retient que le contrat passé entre la SNCF et la société GDE est un contrat mixte, regroupant une vente de chaudrons et le traitement de ces déchets, dont l'objet principal est la vente au mieux-disant des chaudrons ; qu'elle relève que si la SNCF, qui demeure responsable de la gestion des déchets jusqu'à leur élimination en application des articles L. 541-1 et suivants du code de l'environnement, tire un intérêt direct de la bonne réalisation du traitement de ces déchets, ce traitement vise à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général d'ordre environnemental, de sorte que les obligations que la SNCF met à la charge de ses cocontractants à cette fin, qui n'ont pas pour objet de satisfaire ses besoins, ne lui apportent aucun intérêt économique direct ; qu'ayant ainsi souverainement apprécié les éléments qui lui étaient soumis au regard des critères définis par la Cour de justice de l'Union européenne, le juge des référés, qui n'était pas tenu de

suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a pu en déduire, sans méconnaître le principe de l'interprétation autonome des notions du droit de l'Union, que l'offre proposée par la SNCF ne relevait pas du champ d'application des directives et des dispositions internes en matière de marchés publics ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société Passenaud fait le même grief à l'ordonnance alors, selon le moyen :

1°/ que les règles de publicité et de mise en concurrence résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 sont d'ordre public, en sorte que les entités adjudicatrices n'ont pas la faculté de les écarter en recourant à des mécanismes contractuels qui ont pour objet ou pour effet d'y faire échapper une convention qui aurait normalement été soumise à ces règles ; qu'au cas d'espèce, la société Passenaud faisait valoir que si la SNCF présentait le contrat à conclure comme un contrat de vente, c'était uniquement dans le but de le faire échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive du 31 mars 2004, dès lors que le véritable objectif poursuivi par le contrat était, non pas le transfert de propriété des « chaudrons » moyennant un prix au poids, mais bien le traitement de ces derniers au regard des règles sur les déchets, toutes les obligations de ce point de vue étant mises à la charge du cocontractant, de même qu'une obligation d'information et de conseil ; qu'en s'abstenant de rechercher si la SNCF n'avait pas ainsi poursuivi l'objectif de faire artificiellement échapper le contrat litigieux à l'empire des règles de publicité et de mise en concurrence, le juge du fond n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles 6, 1131 et 1133 du code civil ;

2°/ que le juge national est tenu d'assurer la pleine efficacité des normes communautaires, en sorte qu'il doit, de sa propre autorité, laisser inappliquée toute disposition contraire de son droit national ; qu'à plus forte raison, le juge national, tenu d'apprécier les notions de droit communautaire de manière autonome, a l'obligation de garantir l'efficacité des normes communautaires en écartant au besoin la qualification que son droit interne aurait donnée à un contrat particulier, lorsque celle-ci aboutirait à le soustraire au champ d'une norme communautaire à laquelle il devrait être soumis au regard de ses effets et du but poursuivi par la norme ; qu'au cas d'espèce, en s'abstenant de rechercher si, nonobstant la dénomination de vente au regard du droit interne, le contrat que la SNCF se proposait de

conclure n'avait pas pour effet d'écartier l'application des règles communautaires de publicité et de mise en concurrence résultant de la directive du 31 mars 2004, à laquelle les prestations de traitement des déchets, d'information et de conseil auraient dû être soumises en tant que prestations de services, le juge du fond n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ensemble les articles 1er et 10 de la directive 2004/17/ CE du 31 mars 2004, ensemble les principes généraux du droit communautaire, ensemble les articles 55 et 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Mais attendu qu'après avoir constaté que la SNCF indiquait que l'intention des parties était de conclure un contrat de vente, et relevé qu'il ne suffit pas de s'attacher à une telle intention pour déterminer si le contrat est soumis aux mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par l'ordonnance du 6 juin 2005, l'ordonnance retient, par des motifs vainement critiqués par le premier moyen, que l'objet principal du contrat est la vente de chaudrons ; qu'ainsi le juge des référés, qui a effectué les recherches invoquées par la seconde branche, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Passenaud recyclage aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la Société nationale des chemins de fer français la somme de 3 000 euros ;

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-trois juin deux mille quinze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour la société Passenaud recyclage.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'AVOIR dit que l'offre proposée par la SNCF ne relevait pas du champ d'application des directives et des dispositions internes en matière de marchés publics et d'AVOIR rejeté toutes les demandes formées par la société Passenaud Recyclage ;

AUX MOTIFS QUE le 7 mai 2013, la SNCF a adressé à des entreprises de recyclage un dossier de consultation aux fins de proposer à la vente les wagons de trains mis hors de circulation, appelés « chaudrons » qu'après analyse des offres, la SNCF a conclu un contrat de vente des chaudrons avec la société GDE ; que le litige porte sur le point de savoir si l'offre faite par la SNCF en vue de la vente de ces chaudrons aurait du être soumise aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et si le contrat passé avec la société GDE comprend en réalité un volet prépondérant de marché de prestations de services, soumis alors aux dispositions du code des marchés publics ; que la SNCF indique que l'objet du contrat comprend la vente des chaudrons, dont les matériaux (acier, inox et cuivre) sont susceptibles de valorisation et que l'intention des parties est bien de conclure un contrat de vente ; mais qu'il ne suffit pas de s'attacher à l'intention des parties, le juge des référés ayant l'obligation de dire si le contrat relevait des mesures de publicité et de mise en concurrence ; que le 7 mai 2013, la SAS Passenaud Recyclage a reçu un courriel de la Direction des Achats de la SNCF qui l'informait que le Technicentre Pays de la Loire lançait une consultation pour le ferrailage des matériels radiés, pour une durée de quatre ans ferme et qu'elle avait été sélectionnée pour répondre à cette consultation ; qu'elle a reçu en pièces jointes le règlement de consultation, le projet de contrat, le cahier des charges ; que le cahier de charges relatif à la vente de chaudrons de matériels passager au Technicentre Pays de la Loire rappelle en préambule que la SNCF doit éliminer ses voitures voyageurs arrivées en fin de vie et que préalablement à leur démolition elles doivent être dépolluées, dégarnies et désamiantées ; qu'il est précisé que « les matériels dépollués, dégarnis et désamiantés désignés comme chaudrons doivent être ensuite démolis et les matériaux de type ferraille, inox et cuivre font l'objet de l'appel d'offres de la SNCF » ; qu'il est demandé que « le prestataire précise l'organisation qu'il compte mettre en place pour répondre à ce besoin spécifique (contact commercial dédié SNCF, adresse de commande unique, reporting, etc ..) » ; que l'article 3 du cahier des charges stipule que « le prestataire s'engage à assurer pour le compte de la SNCF dans le respect de la législation en vigueur et de exigences de la SNCF en la matière : les transports ferroviaires (...), le ferrailage des matières métalliques (...), la

traçabilité de ces opérations » ; que le cahier des charges renvoie au respect de la réglementation en vigueur et vise notamment les textes sur le traitement des déchets et le code de l'environnement, qu'il donne la liste des obligations et des responsabilités du soumissionnaire, qui consiste à notamment assurer la sécurité du chantier ; que le cahier des charges précise enfin que le titulaire doit fournir une attestation validant la destruction de chaque chaudron ; que le projet de contrat, appelé cahier des prescriptions spéciales indique en son article I « Objet du marché » qu'il fixe les conditions de réalisation de la vente par la SNCF au titulaire « de chaudrons de matériels passagers au Technicentre Pays de la Loire » ; que l'article 14 énonce les obligations du titulaire en vue de l'exécution du contrat qui sont qualifiées d'obligations de résultat et qui consistent en des obligations d'information, de conseil et de mise en garde relative aux ventes, le titulaire devant suggérer à la SNCF la solution la plus appropriée tout au long de l'exécution du contrat ; qu'il résulte de tout ce qui précède que le contrat de vente de chaudrons met à la charge de l'acheteur un certain nombre d'obligations ; que la SAS Passenaud Recyclage en conclut que le contrat, tel qu'il se présente, doit respecter les termes de la directive 2004/17 du 31 mars 2004 et de sa transposition en droit français, dès lors qu'il s'analyse en un marché de services ; que l'article 1er de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics stipule que « les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par (...) les entités adjudicatrices pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » ; que la SNCF reconnaît être entité adjudicatrice, puisqu'elle est un établissement public à caractère industriel et commercial ; que les parties s'accordent pour reconnaître que les chaudrons sont des déchets au sens de l'article L.541-1-1 du code de l'environnement ; que l'article L.541-2 du même code énonce que le producteur ou le détenteur de déchets est responsable de la gestion de ces déchets jusqu'à leur élimination, qu'il s'ensuit que la seule circonstance que le producteur de déchets a passé un contrat en vue d'assurer la vente de ces déchets ne l'exonère pas de ses obligations légales qui ne peuvent être satisfaites qu'au terme de l'élimination de ces déchets ; que la SNCF en sa qualité de productrice de déchets, peut ainsi voir sa responsabilité engagée si les chaudrons qu'elle a vendus n'ont pas été traités par l'acquéreur, au regard des prescriptions du code de l'environnement ; que d'ailleurs, le cahier des charges rappelle à cet effet la réglementation applicable en matière de déchets ; que le cahier des charges définit ainsi en son article 3 la prestation attendue, à savoir le transport des chaudrons, le ferrailage des matières métalliques, la restitution des boggies et la traçabilité de ces opérations ; qu'il est notamment précisé que le titulaire devra percer tous les réservoirs, tel que cela résulte d'ailleurs d'une directive interne à la SNCF produite aux débats, détruire chaque essieu afin de les rendre inutilisables, réaliser le tri sélectif des déchets issus de cette démolition, mettre à la disposition de la SNCF les boggies conditionner et

transporter les déchets jusqu'aux sites de traitement, recyclage et/ ou stockage ; que l'obligation de conseil mise à la charge du titulaire du marché, visée à l'article 4-2 du cahier des charges porte sur la transmission à la SNCF du nom des transporteurs, sur l'information de la SNCF quant à la sécurité du chantier et du personnel, sur les situations à risques, les incidents, les accidents et les événements marquants et sur le respect des dispositions législatives et réglementaires en matière d'environnement et en matière d'élimination des déchets industriels dangereux ; que l'article 14-2 du contrat précise que « le titulaire doit orienter de façon positive le choix de la SNCF en l'aidant à exprimer son besoin et en suggérant la solution la plus appropriée » ; qu'enfin pour chaque chaudron, il est spécifié que la SNCF devra être destinataire d'une attestation validant la destruction du chaudron ; qu'il résulte de tout ce qui précède que ces tâches mises à la charge du titulaire du contrat le sont dans un but de respect des normes environnementales ; qu'il convient de savoir si ces prestations sont également effectuées pour les besoins de la SNCF ; que la SNCF expose que les tâches que l'acquéreur doit exécuter, au terme du contrat, ne le sont pas pour ses besoins, mais qu'elles ne sont que le rappel des obligations légales et réglementaires environnementales pesant sur le détenteur de déchets ; mais que la SNCF demeurant responsable de la gestion jusqu'à leur élimination en application des articles L.541-1 et suivants du code de l'environnement, elle trouve un intérêt à ce que les prestations de traitement de ces déchets soient correctement réalisées, raison pour laquelle elle fait peser sur l'acquéreur des chaudrons de nombreuses obligations, puisque la seule circonstance qu'elle a vendu les déchets ne l'exonère pas de ses obligations légales auxquelles il ne peut être regardé comme ayant satisfait qu'au terme de l'élimination des déchets ; qu'il s'ensuit que la SNCF tire un intérêt direct de la prestation réalisée par la société qui acquiert les chaudrons ; mais que la prestation relevant du code du marché public doit satisfaire un intérêt économique direct de l'entreprise ; qu'il n'est pas contestable que le traitement des déchets vise en premier lieu à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général, celui de l'ordre environnemental ; que s'il incombe à la SNCF d'en assurer le respect, les obligations qu'elle met à la charge de ses cocontractants ne lui apporte aucun intérêt économique direct et n'ont pas pour objet de satisfaire ses besoins ; si ce n'est de réaliser à sa place la destruction des déchets ; que le contrat passé entre la SNCF et la société GDE est manifestement un contrat mixte, regroupant une vente de chaudrons et le traitement de ces déchets ; qu'il y a lieu de savoir si l'objectif premier du contrat est de traiter les déchets ou s'il s'agit simplement de vendre des chaudrons ; que certes l'objet principal du contrat mixte est la vente, au mieux-disant, des chaudrons, mais qu'il résulte des termes du cahier des charges, du règlement de consultation et du contrat que la vente de ces chaudrons doit impérativement s'accompagner de leur traitement dans le respect des normes environnementales et que ces obligations sont qualifiées de résultat ; que l'article 4-2 du cahier des charges rappelle que le titulaire du marché doit

remplir un devoir de conseil « vis-à-vis de la SNCF, donneur d'ordres » et que « le titulaire s'engage à fournir à la SNCF l'ensemble des recommandations nécessaires en vue d'optimiser la réalisation des prestations, objet du contrat » ; qu'il est précisé que chaque mois le correspondant local de la SNCF effectue une visite contradictoire de chaque engin ; qu'enfin l'article 11 du contrat stipule que tout manquement du titulaire à l'une des obligations contractuelles entraîne de plein droit l'application des pénalités ; que la SNCF expose qu'elle ne rémunère pas les prestations sollicitées, ce qui est incompatible avec la notion de marché public, ce à quoi la SAS Passenaud Recyclage réplique que la SNCF consent à son cocontractant un abandon de recettes, qui rémunère implicitement la prestation de services, et qu'elle vend toujours les chaudrons à un prix inférieur au prix des métaux ; que le contrat précise qu'une fois les chaudrons pesés, l'acquéreur doit s'acquitter du paiement du prix qui est calculé à la tonne ; qu'il est stipulé à l'article 6 du contrat que « les prix sont réputés comprendre les dépenses de toute nature inhérentes à l'exécution de la vente, notamment la mise à disposition de moyens de collecte, les frais de transport et de chargement et la pesée le cas échéant, y compris les impôts, taxes fiscales, parafiscales à l'exception de la TVA » et que « les prix de facturation HT, à la tonne, seront déterminés d'après les prix remis par les tributaires, ajustés chaque mois selon la formule suivante » suit une formule mathématique selon laquelle le prix de facturation HT à la tonne est révisé chaque mois et est égal au prix remis par l'acquéreur à l'appel d'offre auquel s'ajoute l'écart de valeur entre les indices publiés entre le mois de l'enlèvement et le mois de référence, cet écart étant déterminé à partir d'un tableau « Recyclage » publié par l'Usine nouvelle ; qu'il est fait référence à un tableau pour les ferrailles et un tableau spécifique aux métaux non ferreux ; tels qu'inox et cuivre ; que cette clause précise enfin qu'en cas de prix négatifs ; la facturation du ou des postes considérés serait fixée à un minimum de 15€ la tonne, permettant ainsi à la SNCF de percevoir en tout état de cause cette somme minimale ; qu'il résulte de tout ce qui précède que le prix de vente est calculé en fonction d'indices mensuels relatifs du cours des métaux et qu'il n'est pas démontré que la SNCF paierait de manière indirecte la prestation sollicitée ; qu'il n'est pas contestable que la propriété des chaudrons est transférée à l'acquéreur, qui en paie le prix selon un barème précis, tel que fixé par l'Usine Nouvelle pour les ferrailles et pour les métaux non ferreux ; que si le traitement ultérieur des déchets par l'acquéreur est expressément prévu par le contrat, il n'est pas démontré que ce traitement, qui pèse légalement sur le détenteur de déchets, fait l'objet d'une contrepartie financière de la part de la SNCF, dès lors que la SAS Passenaud-Recyclage n'apporte pas la preuve que le prix fixé selon le barème ci-dessus rappelé serait un prix qui serait bien moindre que celui auquel la SNCF pourrait en réalité vendre des chaudrons ; que c'est pour son propre compte et comme il l'entend, que le titulaire du contrat vend ultérieurement les déchets recyclés et les matériaux restant ; que la SNCF n'était donc pas tenue de mettre en oeuvre les dispositions de l'ordonnance

du 6 juin 2005, sans qu'il soit utile à la solution du litige de poser une question préjudicielle à la CJUE, comme le sollicite la SAS Passenaud Recyclage » (ordonnance p. 2-7) ;

1°) ALORS QUE sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les contrats conclus à titre onéreux par une entité adjudicatrice avec un tiers pour répondre à ses besoins en matière de services ; que la qualification du contrat, à l'effet de déterminer s'il entre dans le champ de l'ordonnance et de la directive, doit se faire par seule référence aux critères prévus par ces textes, peu important la qualification du contrat au regard des catégories internes du droit commun français ; qu'en présence d'un contrat composite qui stipule des obligations dont certaines ne relèvent pas du champ d'application des deux textes susvisés, il lui est néanmoins soumis dès lors que les autres obligations sont assimilables à une prestation de services fournie à une entité adjudicatrice à titre onéreux pour la satisfaction de ses besoins ; qu'au cas d'espèce, le juge du fond a constaté que le contrat que se proposait de conclure la SNCF, s'il prévoyait la « vente » des « chaudrons » moyennant le paiement d'un prix au poids par le cocontractant, imposait à ce dernier de nombreuses obligations sans lien avec la vente, et qui tenaient en particulier à la destruction de la chose, au traitement des déchets subséquents ainsi qu'à la fourniture d'information et de conseil à la SNCF dans le cadre de ce processus, sachant que cette dernière était tenue de traiter ou faire traiter ses déchets ; que dès lors, peu important la qualification de la convention sous l'angle du droit commun français, et à supposer que certains éléments aient pu ressortir au contrat de vente, il n'en demeurerait pas moins que les autres obligations mises à la charge du cocontractant s'apparentaient à une fourniture de services à titre onéreux pour satisfaire un besoin de la SNCF, dont il était constant qu'elle avait la qualité d'entité adjudicatrice ; qu'il s'en évinçait que sous ce rapport, le contrat était nécessairement soumis aux règles résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive du 31 mars 2004 ; qu'en décidant le contraire, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble le principe de l'interprétation autonome des notions de droit communautaire, ensemble les articles 1134 du code civil et 12 du code de procédure civile ;

2°) ALORS, subsidiairement, QUE sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de

l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les contrats conclus à titre onéreux par une entité adjudicatrice avec un tiers pour répondre à ses besoins en matière de services ; qu'à supposer même que la soumission d'un contrat aux règles issues de l'ordonnance et de la directive implique la qualification de celui-ci au regard des catégories du droit interne commun, le contrat de vente suppose le transfert de propriété d'une chose en échange du paiement d'un prix, ainsi que le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur, en sorte que ne peut constituer une vente le contrat qui impose à l'acheteur la destruction de la chose qui en est l'objet, le privant ainsi d'une des prérogatives du droit de propriété ; qu'au cas d'espèce, il était constant que le contrat litigieux que la SNCF se proposait de conclure, sous la dénomination de vente, obligeait le prétendu acheteur à détruire les voitures prétendument vendues et à assurer le traitement des déchets subséquents, de sorte que le prétendu acquéreur ne se voyait pas transférer la propriété de la chose puisqu'il était privé de la maîtrise de l'abus ; qu'en estimant néanmoins être en présence d'une vente, comme telle non soumise aux dispositions de l'ordonnance et de la directive susvisées, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles 1134, 1582, 1604 et 544 du code civil, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;

3°) ALORS, subsidiairement encore, QUE sont soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 relatives aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises aux codes des marchés publics, de même qu'à la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les contrats conclus à titre onéreux par une entité adjudicatrice avec un tiers pour répondre à ses besoins en matière de services ; qu'à supposer toujours que la soumission d'un contrat aux règles issues de l'ordonnance et de la directive implique la qualification de celui-ci au regard des catégories du droit interne commun, en présence d'un contrat composite mêlant des obligations appartenant à plusieurs contrats spéciaux différents, le juge doit procéder à la qualification en fonction de l'obligation principale et caractéristique résultant de la convention ; qu'en particulier, en présence d'un contrat qui mêle des éléments de la vente et des éléments du contrat d'entreprise, c'est la qualification de contrat d'entreprise qui doit prévaloir lorsque l'obligation principale et caractéristique stipulée tient à la réalisation d'un travail par l'une des parties correspondant à un besoin exprimé par l'autre ; qu'au cas d'espèce, ayant constaté que si formellement, le contrat proposé par la SNCF se présentait comme une vente, dès lors qu'il y avait transfert des « chaudrons » moyennant le paiement d'un prix par le cocontractant, il n'en demeurerait pas moins que la convention stipulait à la charge de ce dernier de nombreuses obligations sans rapport avec un contrat de vente, et qui tenaient en particulier à l'obligation de détruire les objets cédés, d'assurer

pour le compte du donneur d'ordre le traitement des déchets subséquents conformément aux dispositions du code de l'environnement, ainsi qu'assumer une mission d'information et de conseil à l'égard de la SNCF sur la mise en oeuvre du meilleur processus dans chaque cas particulier, en contrepartie de quoi le cocontractant avait la libre disposition des éléments subsistant à la suite du traitement, qu'il pouvait céder pour son propre profit, le juge du fond, qui avait ainsi fait ressortir que le contrat litigieux stipulait une obligation principale et caractéristique tenant à l'exécution d'un travail par le cocontractant, ne pouvait déclinier la qualification de contrat d'entreprise au profit de la qualification de contrat de vente, sans méconnaître les conséquences légales de ses propres constatations ; qu'à cet égard, l'ordonnance attaquée a été rendue en violation des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles 1134, 1582, 1710 et 1787 du code civil, ensemble l'article 12 du code de procédure civile ;

4°) ALORS, plus subsidiairement, QUE la société Passenaud faisait valoir que le contrat que se proposait de conclure la SNCF s'apparentait en réalité à une convention ayant pour objet la collecte, le transport, le courtage et le négoce de déchets, c'est-à-dire un contrat d'entreprise particulier spécialement visé par l'article L. 541-8 du code de l'environnement (assignation en date du 13 décembre 2013, p. 16 et s.) ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur cette qualification invoquée devant lui, avant de conclure qu'il était en présence d'une vente, non soumise comme telle à l'ordonnance du 6 juin 2005 et à la directive du 31 mars 2004, le juge du fond n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble l'article L. 541-8 du code de l'environnement, ensemble les articles 1134 du code civil et 12 du code de procédure civile ;

5°) ALORS QUE pour constituer un marché de services, il suffit que le contrat soit conclu à titre onéreux en vue de la prestation de services, ce qui suppose seulement que l'entité adjudicatrice bénéficie d'une prestation en échange d'une contrepartie ; que l'existence d'un « intérêt économique direct », qui se distinguerait du seul intérêt direct, n'est exigée que dans les hypothèses où l'identification d'une prestation reçue par l'entité adjudicatrice en échange d'une contrepartie ne résulte pas directement des obligations stipulées par le contrat ; qu'au cas d'espèce, en jugeant au contraire qu'en tant qu'était concernée la prestation de services fournie par le cocontractant, tenant au traitement des déchets et à l'obligation d'information et de conseil, la convention échappait à l'ordonnance du 6 juin 2005 et à la directive du 31 mars 2004 dès lors que la SNCF n'avait pas un « intérêt économique direct » à l'élimination des déchets, quand il ressortait des constatations du juge que la société Passenaud devait accomplir des obligations directement envers la SNCF, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance

n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles L. 541-1-1 et L. 541-2 du code de l'environnement ;

6°) ALORS, subsidiairement, QU'à supposer même qu'un intérêt économique direct fût requis, du point de vue de l'entité adjudicatrice, pour que le contrat fût soumis aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et à la directive du 31 mars 2004 en tant que marché de services, tout producteur ou détenteur de déchets est responsable de la gestion de ces derniers jusqu'à leur élimination ou valorisation finale, même lorsque le déchet est transféré à un tiers aux fins de traitement, en sorte que le producteur ou détenteur assume normalement la charge économique de cette élimination ou valorisation ; qu'au cas d'espèce, en estimant que la SNCF n'avait pas d'intérêt économique direct au traitement des déchets par son cocontractant, au motif inopérant que ce traitement poursuivait un objectif d'intérêt général, quand la responsabilité légale incombant à la SNCF au titre du traitement des déchets, même effectué par un tiers, impliquait nécessairement que cette prestation avait pour elle un intérêt économique direct, le juge du fond a violé les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles L. 541-1-1 et L. 541-2 du code de l'environnement ;

7°) ALORS QUE si un marché de service suppose un contrat conclu à titre onéreux, et donc que l'entité adjudicatrice assume une contrepartie au regard de la prestation fournie par son cocontractant, les règles de publicité et de mise en concurrence résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive du 31 mars 2004 étant d'ordre public et obligatoires en tous leurs éléments à l'endroit de l'entité adjudicatrice, c'est à cette dernière qu'incombe la charge de prouver qu'elle n'assume aucune contrepartie en échange de la prestation fournie par le cocontractant, avec pour conséquence que son contrat échappe aux règles susvisées, et non pas au candidat évincé de prouver le contraire ; qu'au cas d'espèce, en estimant encore que la société Passenaud ne démontrait pas que la SNCF aurait payé de manière indirecte la prestation de traitement des déchets assumée par le cocontractant au regard du mécanisme mis en place pour déterminer le prix de vente des « chaudrons » au poids, quand il incombait à la SNCF de démontrer le contraire, le juge du fond, qui a inversé la charge de la preuve, a violé l'article 1315 du code civil, ensemble les articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble l'article 6 du code civil ;

8°) ALORS, subsidiairement, QUE la contrepartie assumée par l'entité adjudicatrice en échange de la prestation de services ne s'incarne pas nécessairement dans une rémunération directe et pécuniaire du cocontractant ; qu'il résulte des propres constatations du juge du fond qu'en vertu du contrat, l'adjudicataire avait la faculté de revendre pour son propre

compte tant les déchets recyclés que les matériels restant à la suite du traitement ; qu'en s'abstenant de rechercher si, en raison de cette faculté, la SNCF ne devait pas être réputée avoir consenti à son cocontractant une contrepartie, en marge du simple « transfert de propriété » des « chaudrons » payés au poids, le juge du fond n'a en toute hypothèse pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er et 10 de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble l'article 1134 du code civil.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée d'AVOIR dit que l'offre proposée par la SNCF ne relevait pas du champ d'application des directives et des dispositions internes en matière de marchés publics et d'AVOIR rejeté toutes les demandes formées par la société Passenaud Recyclage ;

AUX MOTIFS QUE le 7 mai 2013, la SNCF a adressé à des entreprises de recyclage un dossier de consultation aux fins de proposer à la vente les wagons de trains mis hors de circulation, appelés « chaudrons » qu'après analyse des offres, la SNCF a conclu un contrat de vente des chaudrons avec la société GDE ; que le litige porte sur le point de savoir si l'offre faite par la SNCF en vue de la vente de ces chaudrons aurait dû être soumise aux dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005 et si le contrat passé avec la société GDE comprend en réalité un volet prépondérant de marché de prestations de services, soumis alors aux dispositions du code des marchés publics ; que la SNCF indique que l'objet du contrat comprend la vente des chaudrons, dont les matériaux (acier, inox et cuivre) sont susceptibles de valorisation et que l'intention des parties est bien de conclure un contrat de vente ; mais qu'il ne suffit pas de s'attacher à l'intention des parties, le juge des référés ayant l'obligation de dire si le contrat relevait des mesures de publicité et de mise en concurrence ; que le 7 mai 2013, la SAS Passenaud Recyclage a reçu un courriel de la Direction des Achats de la SNCF qui l'informait que le Technicentre Pays de la Loire lançait une consultation pour le ferrailage des matériels radiés, pour une durée de quatre ans ferme et qu'elle avait été sélectionnée pour répondre à cette consultation ; qu'elle a reçu en pièces jointes le règlement de consultation, le projet de contrat, le cahier des charges ; que le cahier de charges relatif à la vente de chaudrons de matériels passager au Technicentre Pays de la Loire rappelle en préambule que la SNCF doit éliminer ses voitures voyageurs arrivées en fin de vie et que préalablement à leur démolition elles doivent être dépolluées, dégarnies et désamiantées ; qu'il est précisé que « les matériels dépollués, dégarnis et désamiantés désignés comme chaudrons doivent être ensuite démolis et les matériaux de type ferraille, inox et cuivre font l'objet de l'appel d'offres de la SNCF » ; qu'il est demandé que « le prestataire précise l'organisation qu'il compte mettre en place pour répondre à ce besoin spécifique (contact commercial dédié SNCF, adresse de commande unique,

reporting, etc ..) » ; que l'article 3 du cahier des charges stipule que « le prestataire s'engage à assurer pour le compte de la SNCF dans le respect de la législation en vigueur et de exigences de la SNCF en la matière : les transports ferroviaires (...), le ferrailage des matières métalliques (...), la traçabilité de ces opérations » ; que le cahier des charges renvoie au respect de la réglementation en vigueur et vise notamment les textes sur le traitement des déchets et le code de l'environnement, qu'il donne la liste des obligations et des responsabilités du soumissionnaire, qui consiste à notamment assurer la sécurité du chantier ; que le cahier des charges précise enfin que le titulaire doit fournir une attestation validant la destruction de chaque chaudron ; que le projet de contrat, appelé cahier des prescriptions spéciales indique en son article I « Objet du marché » qu'il fixe les conditions de réalisation de la vente par la SNCF au titulaire « de chaudrons de matériels passagers au Technicentre Pays de la Loire » ; que l'article 14 énonce les obligations du titulaire en vue de l'exécution du contrat qui sont qualifiées d'obligations de résultat et qui consistent en des obligations d'information, de conseil et de mise en garde relative aux ventes, le titulaire devant suggérer à la SNCF la solution la plus appropriée tout au long de l'exécution du contrat ; qu'il résulte de tout ce qui précède que le contrat de vente de chaudrons met à la charge de l'acheteur un certain nombre d'obligations ; que la SAS Passenaud Recyclage en conclut que le contrat, tel qu'il se présente, doit respecter les termes de la directive 2004/17 du 31 mars 2004 et de sa transposition en droit français, dès lors qu'il s'analyse en un marché de services ; que l'article 1er de l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics stipule que « les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux avec des opérateurs économiques publics ou privés par (...) les entités adjudicatrices pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services » ; que la SNCF reconnaît être entité adjudicatrice, puisqu'elle est un établissement public à caractère industriel et commercial ; que les parties s'accordent pour reconnaître que les chaudrons sont des déchets au sens de l'article L.541-1-1 du code de l'environnement ; que l'article L.541-2 du même code énonce que le producteur ou le détenteur de déchets est responsable de la gestion de ces déchets jusqu'à leur élimination, qu'il s'ensuit que la seule circonstance que le producteur de déchets a passé un contrat en vue d'assurer la vente de ces déchets ne l'exonère pas de ses obligations légales qui ne peuvent être satisfaites qu'au terme de l'élimination de ces déchets ; que la SNCF en sa qualité de productrice de déchets, peut ainsi voir sa responsabilité engagée si les chaudrons qu'elle a vendus n'ont pas été traités par l'acquéreur, au regard des prescriptions du code de l'environnement ; que d'ailleurs, le cahier des charges rappelle à cet effet la réglementation applicable en matière de déchets ; que le cahier des charges définit ainsi en son article 3 la prestation attendue, à savoir le transport des chaudrons, le ferrailage des matières métalliques, la restitution des boggies et la traçabilité de ces opérations ; qu'il est notamment précisé que le titulaire

devra percer tous les réservoirs, tel que cela résulte d'ailleurs d'une directive interne à la SNCF produite aux débats, détruire chaque essieu afin de les rendre inutilisables, réaliser le tri sélectif des déchets issus de cette démolition, mettre à la disposition de la SNCF les boggies conditionner et transporter les déchets jusqu'aux sites de traitement, recyclage et/ ou stockage ; que l'obligation de conseil mise à la charge du titulaire du marché, visée à l'article 4-2 du cahier des charges porte sur la transmission à la SNCF du nom des transporteurs, sur l'information de la SNCF quant à la sécurité du chantier et du personnel, sur les situations à risques, les incidents, les accidents et les événements marquants et sur le respect des dispositions législatives et réglementaires en matière d'environnement et en matière d'élimination des déchets industriels dangereux ; que l'article 14-2 du contrat précise que « le titulaire doit orienter de façon positive le choix de la SNCF en l'aidant à exprimer son besoin et en suggérant la solution la plus appropriée » ; qu'enfin pour chaque chaudron, il est spécifié que la SNCF devra être destinataire d'une attestation validant la destruction du chaudron ; qu'il résulte de tout ce qui précède que ces tâches mises à la charge du titulaire du contrat le sont dans un but de respect des normes environnementales ; qu'il convient de savoir si ces prestations sont également effectuées pour les besoins de la SNCF ; que la SNCF expose que les tâches que l'acquéreur doit exécuter, au terme du contrat, ne le sont pas pour ses besoins, mais qu'elles ne sont que le rappel des obligations légales et réglementaires environnementales pesant sur le détenteur de déchets ; mais que la SNCF demeurant responsable de la gestion jusqu'à leur élimination en application des articles L.541-1 et suivants du code de l'environnement, elle trouve un intérêt à ce que les prestations de traitement de ces déchets soient correctement réalisées, raison pour laquelle elle fait peser sur l'acquéreur des chaudrons de nombreuses obligations, puisque la seule circonstance qu'elle a vendu les déchets ne l'exonère pas de ses obligations légales auxquelles il ne peut être regardé comme ayant satisfait qu'au terme de l'élimination des déchets ; qu'il s'ensuit que la SNCF tire un intérêt direct de la prestation réalisée par la société qui acquiert les chaudrons ; mais que la prestation relevant du code du marché public doit satisfaire un intérêt économique direct de l'entreprise ; qu'il n'est pas contestable que le traitement des déchets vise en premier lieu à la satisfaction d'un objectif public d'intérêt général, celui de l'ordre environnemental ; que s'il incombe à la SNCF d'en assurer le respect, les obligations qu'elle met à la charge de ses cocontractants ne lui apporte aucun intérêt économique direct et n'ont pas pour objet de satisfaire ses besoins ; si ce n'est de réaliser à sa place la destruction des déchets ; que le contrat passé entre la SNCF et la société GDE est manifestement un contrat mixte, regroupant une vente de chaudrons et le traitement de ces déchets ; qu'il y a lieu de savoir si l'objectif premier du contrat est de traiter les déchets ou s'il s'agit simplement de vendre des chaudrons ; que certes l'objet principal du contrat mixte est la vente, au mieux-disant, des chaudrons, mais qu'il résulte des termes du cahier des charges, du

règlement de consultation et du contrat que la vente de ces chaudrons doit impérativement s'accompagner de leur traitement dans le respect des normes environnementales et que ces obligations sont qualifiées de résultat ; que l'article 4-2 du cahier des charges rappelle que le titulaire du marché doit remplir un devoir de conseil « vis-à-vis de la SNCF, donneur d'ordres » et que « le titulaire s'engage à fournir à la SNCF l'ensemble des recommandations nécessaires en vue d'optimiser la réalisation des prestations, objet du contrat » ; qu'il est précisé que chaque mois le correspondant local de la SNCF effectue une visite contradictoire de chaque engin ; qu'enfin l'article 11 du contrat stipule que tout manquement du titulaire à l'une des obligations contractuelles entraîne de plein droit l'application des pénalités ; que la SNCF expose qu'elle ne rémunère pas les prestations sollicitées, ce qui est incompatible avec la notion de marché public, ce à quoi la SAS Passenaud Recyclage réplique que la SNCF consent à son cocontractant un abandon de recettes, qui rémunère implicitement la prestation de services, et qu'elle vend toujours les chaudrons à un prix inférieur au prix des métaux ; que le contrat précise qu'une fois les chaudrons pesés, l'acquéreur doit s'acquitter du paiement du prix qui est calculé à la tonne ; qu'il est stipulé à l'article 6 du contrat que « les prix sont réputés comprendre les dépenses de toute nature inhérentes à l'exécution de la vente, notamment la mise à disposition de moyens de collecte, les frais de transport et de chargement et la pesée le cas échéant, y compris les impôts, taxes fiscales, parafiscales à l'exception de la TVA » et que « les prix de facturation HT, à la tonne, seront déterminés d'après les prix remis par les attributaires, ajustés chaque mois selon la formule suivante » suit une formule mathématique selon laquelle le prix de facturation HT à la tonne est révisé chaque mois et est égal au prix remis par l'acquéreur à l'appel d'offre auquel s'ajoute l'écart de valeur entre les indices publiés entre le mois de l'enlèvement et le mois de référence, cet écart étant déterminé à partir d'un tableau « Recyclage » publié par l'Usine nouvelle ; qu'il est fait référence à un tableau pour les ferrailles et un tableau spécifique aux métaux non ferreux ; tels qu'inox et cuivre ; que cette clause précise enfin qu'en cas de prix négatifs ; la facturation du ou des postes considérés serait fixée à un minimum de 15€ la tonne, permettant ainsi à la SNCF de percevoir en tout état de cause cette somme minimale ; qu'il résulte de tout ce qui précède que le prix de vente est calculé en fonction d'indices mensuels relatifs du cours des métaux et qu'il n'est pas démontré que la SNCF paierait de manière indirecte la prestation sollicitée ; qu'il n'est pas contestable que la propriété des chaudrons est transférée à l'acquéreur, qui en paie le prix selon un barème précis, tel que fixé par l'Usine Nouvelle pour les ferrailles et pour les métaux non ferreux ; que si le traitement ultérieur des déchets par l'acquéreur est expressément prévu par le contrat, il n'est pas démontré que ce traitement, qui pèse légalement sur le détenteur de déchets, fait l'objet d'une contrepartie financière de la part de la SNCF, dès lors que la SAS Passenaud-Recyclage n'apporte pas la preuve que le prix fixé selon le barème ci-dessus rappelé serait un prix qui serait bien moindre que celui

auquel la SNCF pourrait en réalité vendre des chaudrons ; que c'est pour son propre compte et comme il l'entend, que le titulaire du contrat vend ultérieurement les déchets recyclés et les matériaux restant ; que la SNCF n'était donc pas tenue de mettre en oeuvre les dispositions de l'ordonnance du 6 juin 2005, sans qu'il soit utile à la solution du litige de poser une question préjudicielle à la CJUE, comme le sollicite la SAS Passenaud Recyclage » (ordonnance p. 2-7) ;

1°) ALORS QUE les règles de publicité et de mise en concurrence résultant de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 sont d'ordre public, en sorte que les entités adjudicatrices n'ont pas la faculté de les écarter en recourant à des mécanismes contractuels qui ont pour objet ou pour effet d'y faire échapper une convention qui aurait normalement été soumise à ces règles ; qu'au cas d'espèce, la société Passenaud faisait valoir que si la SNCF présentait le contrat à conclure comme un contrat de vente, c'était uniquement dans le but de le faire échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de la directive du 31 mars 2004, dès lors que le véritable objectif poursuivi par le contrat était, non pas le transfert de propriété des « chaudrons » moyennant un prix au poids, mais bien le traitement de ces derniers au regard des règles sur les déchets, toutes les obligations de ce point de vue étant mises à la charge du cocontractant, de même qu'une obligation d'information et de conseil ; qu'en s'abstenant de rechercher si la SNCF n'avait pas ainsi poursuivi l'objectif de faire artificiellement échapper le contrat litigieux à l'empire des règles de publicité et de mise en concurrence, le juge du fond n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 1er de la directive 2004/17/CE du 31 mars 2004, ensemble les articles 6, 1131 et 1133 du code civil ;

2°) ALORS QUE le juge national est tenu d'assurer la pleine efficacité des normes communautaires, en sorte qu'il doit, de sa propre autorité, laisser inappliquée toute disposition contraire de son droit national ; qu'à plus forte raison, le juge national, tenu d'apprécier les notions de droit communautaire de manière autonome, a l'obligation de garantir l'efficacité des normes communautaires en écartant au besoin la qualification que son droit interne aurait donnée à un contrat particulier, lorsque celle-ci aboutirait à le soustraire au champ d'une norme communautaire à laquelle il devrait être soumis au regard de ses effets et du but poursuivi par la norme ; qu'au cas d'espèce, en s'abstenant de rechercher si, nonobstant la dénomination de vente au regard du droit interne, le contrat que la SNCF se proposait de conclure n'avait pas pour effet d'écarter l'application des règles communautaires de publicité et de mise en concurrence résultant de la directive du 31 mars 2004, à laquelle les prestations de traitement des déchets, d'information et de conseil auraient dû être soumises en tant que prestations de services, le juge du fond n'a pas donné de base légale à sa

décision au regard des articles 1er et 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ensemble les articles 1er et 10 de la directive 2004/17/ CE du 31 mars 2004, ensemble les principes généraux du droit communautaire, ensemble les articles 55 et 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.