

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du **25 juin 2013**

Cassation

M. ESPEL, président

Arrêt n° 675 F-P+B

Pourvoi n° P 12-21.335

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 Inter Invest, dont
le siège est 40 rue de Courcelles, 75008 Paris,

contre l'ordonnance de référé rendue le 7 juin 2012 par le président du
tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion (1^{re} chambre),
dans le litige l'opposant à la Société d'aménagement de développement et
d'équipement de la Réunion, société d'économie mixte, dont le siège est 22
rue du général de Gaulle, 97450 Saint-Louis,

défenderesse à la cassation ;

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

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, en l'audience publique du 28 mai 2013, où étaient présents : M. Espel, président, Mme Tréard, conseiller référendaire rapporteur, M. Petit, conseiller doyen, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Tréard, conseiller référendaire, les observations de la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat de la société Inter Invest, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la Société d'aménagement de développement et d'équipement de la Réunion, l'avis de M. Mollard, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique, pris en sa deuxième branche :

Vu les articles 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 et 1441-1 à 1441-3 du code de procédure civile ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés, que la Société d'économie mixte d'aménagement, de développement et d'équipement de la Réunion (la SEMADER) a publié un avis d'appel public à la concurrence, dans le cadre du dispositif prévu par l'article 242 septies du code général des impôts, pour l'attribution d'un accord - cadre multi-attributaires portant sur l'arrangement et la recherche de financement d'opérations de défiscalisation de logements sociaux ; que la société Inter Invest a fait assigner la SEMADER et a sollicité, en dernier lieu, l'annulation de la décision de rejet de son offre et des décisions portant attribution de cet accord-cadre, selon la procédure du référé contractuel ;

Attendu que pour dire n'y avoir lieu à référé contractuel de la commande publique, l'ordonnance relève que la mise en concurrence prévue pour cet accord-cadre doit s'opérer conformément à l'article 242 septies du code général des impôts, que ce dispositif est postérieur à la promulgation de l'ordonnance du 6 juin 2005 et à son décret d'application, ainsi qu'à l'ordonnance du 7 mai 2009, et qu'il s'inscrit dans un régime spécifique devant être défini par un décret en Conseil d'Etat qui n'a toujours pas été publié, de sorte qu'il n'est pas justifié que le contrat en cause soit soumis aux règles procédurales des contrats de la commande publique ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si le contrat ne correspondait pas à un contrat 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 et si le statut du pouvoir adjudicateur dont il s'agit ne plaçait pas cet accord-cadre dans le champ des contrats de la commande publique, le président du tribunal de grande instance a privé sa décision de base légale ;

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'ordonnance de référé rendue le 7 juin 2012, entre les parties, par le président du tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion ; remet, en conséquence, 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'aménagement de développement et d'équipement de la Réunion aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Inter Invest la somme de 3 000 euros et rejette sa demande ;

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

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

MOYEN ANNEXE au présent arrêt.

Moyen produit par la SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, avocat aux Conseils, pour la société Inter Invest.

Il est fait grief à l'ordonnance attaquée D'AVOIR dit n'y avoir lieu à référé contractuel de la commande publique ;

AUX MOTIFS QU' « eu égard à la signature de l'accord-cadre et en l'absence de toute contestation sur ce point, le différend des opposants sera traité sur la base des textes régissant le référé contractuel de la commande publique ; que sur ce point, il résulte de l'examen du cahier des clauses administratives particulières de cet accord-cadre que la procédure retenue est celle de « la mise en concurrence conformément à l'article 242 septies du code général des impôts suivant les modalités librement définies au règlement particulier de la consultation par le pouvoir adjudicateur » ; que ces dispositions résultent du régime spécifique relatif aux opérations consistant à obtenir pour autrui des avantages fiscaux ; que cette législation découlant de la loi 2010 – 1657 du 29 décembre 2010 prescrit que « lorsque le montant des investissements dépasse le seuil au-delà duquel l'avantage fiscal est conditionné à l'agrément préalable du ministre chargé du budget, dans les conditions définies aux articles mentionnés au premier alinéa et qu'il est exploité par une société dont plus de 50 % du capital sont détenus par une ou plusieurs personnes publiques, l'intervention éventuelle des entreprises mentionnées au premier alinéa est subordonnée à leur mise en concurrence dans des conditions fixées par le décret mentionné à l'avant-dernier alinéa. Cette mise en concurrence conditionne le bénéfice de l'avantage en impôt. Les conditions d'application du présent article sont fixées par décret en Conseil d'État » ; que la mise en oeuvre de ce dispositif est postérieure à la promulgation de l'ordonnance du 6 juin 2005 et à son décret d'application ainsi qu'à l'ordonnance du 7 mai 2009 ; que le décret utile n'a toujours pas été publié ; que s'il est acquis que la passation des marchés conclus dans les états membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit par principe respecter les principes du traité de Rome instituant la Communauté européenne, notamment les principes découlant de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, à savoir l'égalité de traitement, le non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas justifié que le contrat en cause, relevant du régime spécifique susvisé, soit soumis aux règles procédurales des contrats de la commande publique donnant une compétence dérogatoire du droit commun à la juridiction de céans ; que, par suite, celle-ci ne peut que relever son incompétence d'attribution et dire n'y avoir lieu à référé » (ordonnance p. 3-4) ;

1°) ALORS QUE l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (transposant en droit interne la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services), a vocation à s'appliquer aux marchés et accords-cadre de service conclus avec des prestataires de services qui ont pour objet la réalisation de prestations de services, par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices déterminés par l'ordonnance, sauf exceptions définies dans ladite ordonnance ; que l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (transposant en droit interne la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007) et les articles 1441-1 à 1441-3 du code de procédure civile, s'appliquent à la procédure de passation d'un accord-cadre entrant dans le champ de l'ordonnance du 6 juin 2005 ; que tel est le cas d'un contrat de services du type de celui visé par l'article 242 septies du code général des impôts, visant l'activité professionnelle consistant à obtenir pour autrui les avantages fiscaux prévus aux articles 199 undecies A, 199 undecies B, 199 undecies C, 217 undecies et 217 duodecies ; qu'en l'espèce, en écartant au contraire l'application des ordonnances de 2005 et de 2009 précitées, à la procédure de passation d'un accord-cadre de services relevant de l'article 242 septies du CGI, aux motifs inopérants que la loi instaurant l'obligation de mise en concurrence du contrat en cause avait été adoptée postérieurement aux deux ordonnances précitées, et que le décret d'application prévu n'avait toujours pas été pris, quand la postériorité de l'obligation de mise en concurrence prévue par l'article 242 septies aux ordonnances de 2005 et 2009, comme la circonstance que le décret d'application ne soit pas encore intervenu, n'étaient pas de nature à écarter la soumission du contrat visé à l'article 242 septies aux dispositions des ordonnances précitées dans le champ desquelles la procédure litigieuse entrait, ni donc à empêcher le président du tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion de connaître du référé contractuel formé par l'exposante, et d'exercer les pouvoirs y attachés, l'ordonnance attaquée a été rendue en violation de l'article 242 septies du code général des impôts, ensemble les articles 1er et 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, 2 et 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, 1441-1 à 1441-3 du code de procédure civile, ensemble les articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

2°) ALORS QUE les personnes qui ont un intérêt à conclure un contrat 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, et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis, peuvent former un référé contractuel devant le juge judiciaire, en application de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ; que tel est le cas d'un contrat de services du type de celui visé par l'article

242 septies du code général des impôts, visant l'activité professionnelle consistant à obtenir pour autrui les avantages fiscaux prévus aux articles 199 undecies A, 199 undecies B, 199 undecies C, 217 undecies et 217 duodecies ; qu'en l'espèce, en jugeant le contraire, pour refuser d'exercer ses pouvoirs de juge du référé contractuel, le président du tribunal de grande instance de Saint-Denis a violé les articles 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, et 1441-1 à 1441-3 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE, en toute hypothèse, le juge national est tenu d'interpréter son droit interne à la lumière des directives communautaires, afin ne pas adopter de position contrariant les objectifs poursuivis par celles-ci ; que la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics et de fournitures et de travaux, dans sa rédaction issue de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007, impose aux Etats membres de prendre les mesures nécessaires pour garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible, pour remédier à une violation du droit communautaire ou des règles nationales de transposition, et leur impose encore de veiller à ce que les recours permettent de prendre, dans les délais les plus brefs et par voie de référé, des mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée, comme d'annuler les décisions illégales ; qu'au cas d'espèce, en refusant pourtant d'exercer les pouvoirs dévolus au juge judiciaire au titre de la procédure de référé contractuel de la commande publique, au motif inopérant que la loi instaurant l'obligation de mise en concurrence du contrat en cause avait été adoptée postérieurement, notamment, à l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 transposant la directive 2007/666/CE du 11 décembre 2007, et que le décret d'application prévu n'avait pas encore été pris, quand il lui appartenait en tout état de cause de garantir, dans le respect du droit communautaire, la possibilité d'un recours rapide et efficace impliquant la possibilité d'obtenir l'annulation des décisions illégales, objectif que seul le référé contractuel de l'ordonnance de 2009 était à même de remplir, le président du tribunal de grande instance de Saint-Denis a violé les articles 2 et 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, 1441-1 à 1441-3 du code de procédure civile, ensemble les articles 1er et 2 de la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 dans leur rédaction issue de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007, ensemble les articles 55 et 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958.