

10 juillet 2009

Cour de cassation

Pourvoi n° 09-13.871

Chambre commerciale financière et économique

Publié au Bulletin

ECLI:FR:CCASS:2009:CO00844

## Titres et sommaires

REFERE - compétence - applications diverses - marché par une entité adjudicatrice non soumise au code des marchés publics - recours précontractuel

Les pouvoirs conférés au juge des référés par l'article 33 1° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 ne peuvent être exercés qu'avant la signature du contrat

## Texte de la décision

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

Sur le premier moyen :

Vu l'article 33, 1° de l'ordonnance n° 2005 649 du 6 juin 2005 ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, que le 26 juillet 2008, la société Gaz réseau distribution France (la société GrDF), qui exploite le réseau de distribution de gaz en France, a publié au Journal officiel de l'Union européenne un avis d'appel à la concurrence pour la fourniture de tubes pour la distribution de gaz ; que la société Wavin France (la société Wavin) a remis une offre portant sur les lots 1 et 2 du marché ; qu'elle a été avertie par lettre du 10 février 2009 que cette offre avait été rejetée par la société GrDF à l'issue de la procédure de passation du marché ; que par lettre reçue le 16 février 2009, la société Wavin a demandé à la société GrDF d'apporter des précisions sur les motifs du rejet de son offre, lettre à laquelle il a été répondu par courrier reçu le 20 février 2009 ; que le même jour, la société Wavin, invoquant divers manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant de ce que les documents relatifs à l'appel d'offre ne faisaient pas suffisamment apparaître la pondération ou à tout le moins la hiérarchisation des critères d'attribution, a saisi le juge des référés d'un recours précontractuel sur le fondement de l'article 33, 1° de 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, dont relève la société GrDF en tant qu'entité adjudicatrice, en demandant qu'il soit enjoint à celle-ci d'avoir à communiquer les critères d'attribution de l'offre concernant le marché litigieux, le système de pondération desdits critères, les motifs détaillés du rejet de l'offre de la société Wavin et les caractéristiques et les

avantages de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ; que le 23 février 2009, la société GrDF a signé les contrats de fournitures pour les lots 1 et 2, pour lesquels la société Wavin avait soumissionné ;

Attendu que pour désigner un consultant, l'ordonnance retient que la société Wavin a introduit l'instance avant la date de signature du contrat ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les pouvoirs conférés au juge des référés par le texte susvisé ne peuvent être exercés qu'avant la conclusion du contrat, le président du tribunal de commerce a excédé ses pouvoirs ;

Et attendu qu'il y a lieu de faire application de l'article 627, alinéa 1er du code de procédure civile, la cassation encourue n'impliquant pas qu'il soit à nouveau statué ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 9 avril 2009, entre les parties, par le tribunal de commerce de Paris statuant en référé ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT n'y avoir lieu à référé ;

Condamne la société Wavin France aux dépens de première instance et de cassation ;

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

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de 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 dix juillet deux mille neuf.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Defrenois et Levis, avocat aux Conseils, pour la société Gaz réseau distribution France

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance de référé attaquée, prononcée le 9 avril 2009, D'AVOIR, sur recours précontractuel, ordonné avant-dire droit une mesure d'instruction ;

AUX MOTIFS, sur le moyen d'irrecevabilité tiré de ce que les contrats du marché en cause avaient été conclus le 23 février 2009, QUE, l'instance a été introduite par assignation en date du 20 février 2009, sur ordonnance sur requête de la même date et a été signifiée à personne habilitée à cette même date ; que l'instance ayant été effectivement introduite avant la date de signature du contrat, la société WAVIN est recevable en son action en application de l'article 33-1° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et GrDF mal fondée en sa demande contraire ;

ALORS QUE, le juge saisi d'un recours précontractuel ne peut user des pouvoirs qu'il tient des dispositions de l'article 33-1° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 qu'avant la signature du contrat ; qu'ainsi, en déclarant le recours précontractuel recevable et en ordonnant une mesure d'instruction postérieurement à la date de signature des contrats du marché en cause, au motif inopérant que l'instance avait été introduite avant la signature des contrats, le président du tribunal de commerce a excédé ses pouvoirs et violé les dispositions de l'article 33-1° de l'ordonnance précitée.

## DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'ordonnance avant-dire droit attaquée, D'AVOIR nommé un consultant pour qu'il réponde à la question de savoir si l'appel d'offres en cause réalisé par GrDF respecte les dispositions et les usages en vigueur particulièrement celles des articles 29 et 35-1 du décret n° 2005-1038 du 20 octobre 2005 ;

AUX MOTIFS QU'«avant dire droit, eu égard à la nature technique et au caractère conflictuel du différend opposant les parties, il nous apparaît nécessaire de recueillir l'opinion d'un technicien au sujet de la conformité de l'appel d'offre en cause réalisé par GrDF au regard des dispositions et des usages en vigueur particulièrement des dispositions des articles 29 et 35-1 du décret n° 2005-1038 du 22 octobre 2005» (ordonnance, p.6) ;

ALORS QUE, le rôle du consultant est d'éclairer le juge sur une question de fait à l'exclusion de toute appréciation d'ordre juridique, de sorte qu'en statuant comme il l'a fait, le président du tribunal de commerce s'est dessaisi de ses pouvoirs de dire le droit au profit du consultant désigné, commettant ainsi un excès de pouvoir et violant les articles 232 et 238 du code de procédure civile, ainsi que l'article 33 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

## Décision attaquée

Tribunal de commerce de paris  
9 avril 2009

## Textes appliqués

article 33 1° de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005