COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 13 octobre 2021

Rejet non spécialement motivé

M. GUÉRIN, conseiller doyen
faisant fonction de président

Décision n° 10494 F

Pourvoi n° S 20-10.146

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

DÉCISION DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 13 OCTOBRE 2021

1°/ la société Cegelec mobility, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 1],

2°/ la société Fournie grosraud énergie, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 2],

ont formé le pourvoi n° S 20-10.146 contre l'arrêt rendu le 24 octobre 2019 par la cour d'appel de Lyon (3e chambre A), dans le litige les opposant à la société Tuc rail, société anonyme, dont le siège est [Adresse 3]), défenderesse à la cassation.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Boisselet, conseiller, les observations écrites de la SCP Alain Bénabent, avocat des sociétés Cegelec mobility et Fournie grosraud énergie, de la SCP Foussard et Froger, avocat de la société Tuc rail, et l'avis de Mme

Beaudonnet, avocat général, après débats en l'audience publique du 22 juin 2021 où étaient présents M. Guérin, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Boisselet, conseiller rapporteur, Mme Darbois, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu la présente décision.

1. Le moyen de cassation annexé, qui est invoqué à l'encontre de la décision attaquée, n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

2. En application de l'article 1014, alinéa 1er, du code de procédure civile, il n'y a donc pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce pourvoi.

EN CONSÉQUENCE, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne les sociétés Cegelec mobility et Fournie grosraud énergie aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par les sociétés Cegelec mobility et Fournie grosraud énergie et les condamne à payer à la société Tuc rail la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi décidé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du treize octobre deux mille vingt et un. MOYEN ANNEXE à la présente décision

Moyen produit par la SCP Alain Bénabent, avocat aux Conseils, pour les sociétés Cegelec mobility et Fournie grosraud énergie.

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les sociétés CEGELEC et FGE de toutes leurs demandes, et en particulier, infirmant le jugement de ces chefs, d'avoir :

- débouté les sociétés CEGELEC et FGE de leurs demandes au titre de la perte de la prime d'indemnisation ;
- débouté les sociétés CEGELEC et FGE de leurs demandes au titre de la perte de marge ;
- débouté la société CEGELEC de ses demandes au titre de sa rémunération ès-qualités de mandataire du groupement ;

et, confirmant le jugement de ces chefs, d'avoir :

- débouté les sociétés CEGELEC et FGE de leurs demandes d'indemnisation pour les frais d'offre ;
- débouté la société CEGELEC de sa demande d'indemnisation en réparation de sa perte d'image ;

AUX MOTIFS QUE « sur les fautes imputées à la société Tuc :

qu'en application de l'article 1134 du code civil, dans sa version applicable au contrat signé entre les parties antérieurement au 1er octobre 2016, les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et doivent être exécutées de bonne foi ; que l'article 1147 de ce code, dans cette même version, dispose que les inexécutions ou fautes commises se résolvent en dommages et intérêts ; que les contrats signés entre les parties ne permettent pas aux sociétés intimées de se prévaloir de l'application des articles 1382 et 1383 anciens du code civil pour faire sanctionner le comportement contractuel de la société Tuc ;

que, dans leur convention initiale signée le 11 février 2011 dite "Protocole d'accord préliminaire", les parties ont prévu les conditions générales de leur coopération pour l'établissement et la négociation de l'offre à déposer à la suite de l'appel d'offres lancé par le RFF, mais également dans son article 1er qu'une "convention de groupement se substituera au présent protocole avant la remise de l'offre" ;

que les parties ont alors stipulé dans l'article 9 de ce protocole que "Chaque partie demeure responsable de ses actes et de leurs conséquences à l'égard des autres parties, des tiers ou du maître de l'ouvrage" ; que les parties ont ensuite choisi de signer le jour même de la date de limite du dépôt des offres une "convention d'entreprises groupées conjointes", le 17 octobre 2011, prévoyant dans son article 14 "Responsabilités" :

"b) des membres entre eux

Les membres s'engagent à effectuer les prestations qui leur sont attribuées en vertu de la présente convention conformément aux prescriptions du marché et de la présente convention ;

1. Chaque membre est responsable vis-à-vis des autres membres de la bonne exécution de ses obligations ; il supporte seul, à la décharge des autres membres, les conséquences de cette responsabilité, notamment en ce qui concerne le dommage direct subi par ces autres membres, et les conséquences du non-respect des obligations contractuelles (garanties contractuelles, pénalités) ;

La réparation des dommages matériels causés par un membre aux biens et équipements d'un autre membre se fera sur la base des frais et dépenses réellement exposées, à leur seul 'prix coûtant' ;

Il est cependant convenu que les membres ne s'imputeront pas entre eux des dommages indirects ;

2. Tout manquement d'un membre à ses obligations dont les conséquences peuvent être prévenues, réduites ou surmontées par les efforts d'un autre membre, oblige le membre responsable à compenser les frais effectivement exposés par l'autre membre, pourvu que les mesures prises par ce dernier aient reçu l'approbation du comité de direction lors d'un vote auquel ne prend pas part le membre responsable ; cette clause vise notamment tous les frais qu'un membre devrait déboursier du fait du retard d'un autre membre dans l'exécution de ses prestations ;

Chaque membre est responsable des dommages matériels subis par un ou les autres membres et qui sont la conséquence d'un manquement dudit membre à ses obligations ;

Les membres renoncent mutuellement à se réclamer la réparation des dommages immatériels ou économiques suivants : manque à gagner, perte de marché, perte de bénéfice, préjudice commercial ; cette exclusion de responsabilité ne s'appliquera pas en cas de non-respect par l'un des membres de la clause d'exclusivité ou de confidentialité ; Ils s'engagent à faire leurs meilleurs efforts pour obtenir de leurs assureurs respectifs la même renonciation » ;

que la société Tuc critique les premiers juges qui ont retenu qu'elle avait commis des fautes lourdes et affirme que le rejet de l'offre par le RFF est consécutif à la carence de la société Cegelec, mandataire du groupement, à retirer l'offre déposée le 12 octobre 2011, contenant alors le premier rapport Certifer signalant trois non-conformités, et à déposer l'offre avec le second rapport de cet organisme qui attestait de cette conformité ;

que les sociétés Cegelec et FGE soutiennent que les clauses limitatives d'indemnisation ci-dessus rappelées ne doivent pas être appliquées à raison d'une faute lourde commise par la société Tuc qui n'a pas respecté ses obligations contractuelles dites comme étant de résultat ;

qu'il leur appartient ainsi de démontrer que la société Tuc se trouve à l'origine d'une négligence ou d'une faute grave confinant au dol et qui caractérise son inaptitude à accomplir ses obligations contractuelles ;

que les sociétés intimées font valoir que la société Tuc n'a pas fourni dans les délais requis une proposition technique conforme aux spécifications de RFF et a transmis in extremis et par télécopie, le jour même de la remise des offres, un

rapport complémentaire de Certifer qui n'a pas pu être envoyé à temps ;

que les parties s'opposent en fait sur les causes de la décision suivante de RFF contenue dans son courrier du 29 novembre 2011: "J'ai malheureusement le regret de vous annoncer que la recevabilité technique de votre offre n'a pu être prononcée ; en effet, votre offre, tant dans la solution de base que dans l'offre alternative, n'est pas conforme aux exigences des Spécifications Techniques d'Interopérabilité (STI)" ;

qu'il ressort du recours gracieux formé par la société Cegelec le 1er décembre 2011 qu'"En l'espèce, nous avons bien intégré dans notre offre, le 17 octobre au matin soit avant la date et l'heure limites de remise des offres, un avis de Certifer du même jour déclarant notre offre conforme aux STI ; En effet, suite à des échanges complémentaires avec notre groupement, Certifer a levé les réserves à la conformité contenues dans son précédent avis ; dans un souci de clarté et de transparence, nous souhaitons vous présenter, en annexe 1 à ce courrier, les éléments techniques complémentaires ayant conduit Certifer à déclarer notre offre conforme aux STI ; comme précisé dans notre courrier du 17/10/2011, cet avis de conformité Certifer annule et remplace le précédent avis Certifer de notre offre ; au regard de cet avis de conformité de Certifer transmis dans les délais de remise des offres, votre décision de déclarer notre offre techniquement irrecevable pour non-conformité aux STI n'est matériellement pas fondée ; enfin, nous vous rappelons que l'article 9.1 du Règlement de consultation ne conduit pas forcément au rejet de notre offre" ;

que ces éléments techniques complémentaires fournis sont ceux qui ont été pris en compte par Certifer pour établir son second rapport, ce rapport même et un courriel échangé entre les parties le 17 octobre 2011 à 9 heures 47 ;

que RFF a indiqué rejeter ce recours gracieux dans un courrier du 19 décembre 2011 en ne contestant pas la réception dans les délais de ce second rapport Certifer, mais en expliquant l'irrecevabilité au regard d'un examen concret de la proposition technique contenue dans l'offre et d'une non-conformité ressortant directement de cette analyse des documents joints à l'offre, sans prendre en compte d'autres éléments joints au recours ; que trois points de non-conformité sont mis en avant par RFF et correspondent à chacune de trois non-conformités relevées par Certifer dans son premier rapport, alors considéré comme obsolète par le groupement ;

qu'alors que la société Cegelec le conteste maintenant après avoir pris une position inverse dans son recours gracieux, ce courrier corrobore pourtant que RFF a bien été rendu destinataire d'un rapport Certifer attestant du respect des SIT, car il indique "D'une part, si votre groupement a bien satisfait à l'obligation citée à l'article 4.5.2 du règlement de consultation d'un organisme notifié / habilité pour attester de la conformité de l'offre aux STI", cette disposition rappelée ci-dessous du règlement de consultation obligeant à produire la certification de cet organisme du respect de cette norme : "Il est demandé à chaque entrepreneur de se doter de la compétence d'un organisme notifié / habilité pour attester dès l'offre puis à chaque étape du projet de la conformité aux STI" ;

que ce rapport relatait clairement que les non-conformités antérieures étaient levées ;

que la société Tuc reproche en tout cas à la société Cegelec de n'avoir pas joint dans l'offre modifiée les documents pris en compte par Certifer dans ce second rapport et correspondant à ceux transmis par la société Cegelec dans son recours gracieux et considérés comme tardifs et rejetés par RFF, et de n'avoir référencé dans l'inventaire de cette offre qu'un seul "rapport d'inspection Certifer" sans préciser sa date ;

qu'il ressort des courriels versés aux débats que le nouveau dossier de remise d'offre a été communiqué à la société Cegelec dans un courriel du 17 octobre 2011 à 11 heures 01 et que la société Cegelec a accusé réception à 11 heures 39 du rapport final de Certifer, alors que l'heure limite de dépôt des offres était fixée à 12 heures ;

que la société Cegelec tout en déplorant le caractère tardif de l'arrivée de ces documents n'a pourtant pas été empêchée de joindre à son offre ce second rapport Certifer reçu dans les toutes dernières minutes ;

qu'aucun élément ne permet de retenir que le nouveau dossier de remise d'offre fourni par la société Tuc a été ou n'a pas été lui-même joint aux documents déposés ; que les parties n'ont pas estimé nécessaire de soumettre à un sachant le débat technique concernant les raisons de la discordance d'opinion entre l'organisme Certifer, qui a attesté dans son

rapport N°2 de la conformité aux SIT, et RFF qui a au contraire retenu que la proposition faite était techniquement non conforme, sans précision s'il s'agissait ou non de celle ayant fait l'objet du rapport N°1 de cet organisme qui n'avait pas certifié cette conformité ;

que la société Cegelec, mandataire du groupement seul habilité à cet effet, a d'ailleurs fait le choix, critiqué par la société Tuc, de ne pas engager un recours contentieux contre la décision d'irrecevabilité, de ne pas faire trancher cet éventuel désaccord technique comme de ne pas soutenir sa position fondée sur l'article 9.1 du règlement de consultation qui n'induit pas systématiquement une irrecevabilité et qui stipule que "les offres présentant des dérogations non autorisées aux référentiels pourront être déclarées irrecevables" et que "le ou les projets présentés dans les offres devront être conformes au référentiel technique et aux STI (...) La non-conformité d'une offre à cette règle pourra entraîner cette irrecevabilité" [souligné par la cour] ;

que sans une démonstration technique, les sociétés intimées ne peuvent faire présumer que la proposition technique présentée par la société Tuc était non conforme, en se référant uniquement à la décision de RFF qui apparaît comme ayant été prise en prenant au moins en partie en compte un rapport technique obsolète de Certifer ;

qu'il résulte de tous ces éléments que les sociétés intimées ne sont pas fondées à invoquer une faute lourde de la société Tuc tenant à la mise à disposition d'une offre non conforme et certainement vouée à être déclarée irrecevable ;

qu'elles n'ont pas établi que l'irrecevabilité prononcée est effectivement consécutive aux qualités ou aux défauts de la proposition technique faite par la société Tuc ; qu'elles défont tout autant à établir que les retards de la société Tuc et la précipitation rendue nécessaire par l'attitude de cette dernière qui a fourni en quelques minutes une offre complète sont à l'origine de l'irrecevabilité prononcée par RFF, car aucun élément du débat ne permet de retenir que l'examen de cette offre a été fait en prenant en compte les éléments techniques définitifs ou ceux antérieurement compilés et si la décision est ou non consécutive à la structuration matérielle de cette offre ;

que cette incertitude ne permet pas plus de retenir comme constitutive d'une faute lourde, susceptible de rendre inapplicable la clause 14 b susvisée, les retards invoqués de la société Tuc à fournir dans les délais au groupement les éléments nécessaires au dépôt d'une offre recevable ; que les demandes indemnitaires faites par les sociétés intimées au titre de la prime d'indemnisation prévue pour être versée par RFF à chacun des candidats admis à présenter une offre et au titre des frais d'offre dits inutilement exposés ne peuvent prospérer en ce qu'elles nécessitaient primordialement que soit établie la cause effective de l'irrecevabilité prononcée par RFF et en ce qu'elles concernent des dommages indirects ;

que celles présentées aux titres de la perte de marge, du préjudice d'image et de la perte de rémunération attendue de la société Cegelec dans le cadre de sa mission de mandataire durant l'exécution du marché si l'offre avait été sélectionnée doivent également être rejetées car elles correspondent à des dommages indirects ou à des dommages immatériels ou économiques exclus par la clause susvisée ;

que le jugement entrepris doit être infirmé en ce qu'il a retenu des fautes lourdes commises par la société Tuc et les sociétés Cegelec et FGE sont déboutées de toutes leurs demandes » ;

1°/ ALORS QUE les sociétés intimées, exposantes, faisaient valoir, citations à l'appui, que la société TUC RAIL avait elle-même écrit par trois fois que son étude n'était pas conforme aux conditions techniques requises par le règlement de la consultation de RFF (cf concl. P.23 à 25) ; qu'en déclarant non établie le défaut de conformité de la proposition de la société TUC RAIL sans s'expliquer sur cet élément décisif, ni répondre auxdites conclusions, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ ALORS QUE le juge ne peut refuser de statuer en se fondant sur l'insuffisance des preuves qui lui sont fournies par les parties ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a rejeté les demandes de dommages et intérêts des exposantes au motif qu'aucune expertise technique n'avait été diligentée pour déterminer les causes de l'irrecevabilité de la candidature du groupement à l'appel d'offres de la RFF (v. arrêt attaqué p. 7, §§ 4 à 7) ; qu'elle a souligné que si « les parties n'ont pas estimé nécessaire de soumettre à un sachant le débat technique concernant les raisons de la discordance d'opinion

entre l'organisme Certifer () et RFF », elle ne pouvait quant à elle statuer sur leurs responsabilités respectives « sans une démonstration technique » (v. arrêt attaqué p. 7, § 4 et § 6) ; qu'en statuant ainsi, sans inviter les parties à lui fournir des explications techniques supplémentaires, ni ordonner elle-même la mesure d'expertise qu'elle jugeait nécessaire, la cour d'appel a violé l'article 4 du code civil ;

3°/ ALORS QUE la cour d'appel a encore retenu que faute pour la société CEGELEC d'avoir engagé un recours contentieux devant le tribunal administratif pour contester l'irrecevabilité de la candidature du groupement à l'appel d'offres de la société RFF (v. arrêt attaqué p. 7, § 5), la cour ne disposait pas de suffisamment d'éléments pour déterminer les causes techniques de l'irrecevabilité et, partant, pour statuer sur la responsabilité de la société TUC RAIL dans l'échec du projet; que les exposantes expliquaient pourtant qu'un tel recours aurait été vain, dans la mesure où « un tribunal ne peut pas se substituer au Maître de l'ouvrage pour lui imposer le choix d'un candidat dont l'offre ne correspond pas à la demande » (v. écritures d'appel des exposantes p. 26, § 4); qu'en renvoyant néanmoins les exposantes devant un autre juge, dont la saisine n'aurait eu ni les mêmes objectifs, ni les mêmes chances de succès, pour que celui-ci effectue les investigations nécessaires à sa place, la cour d'appel a, de plus fort, violé l'article 4 du code civil ;

4°/ ALORS QUE l'article 14.b.1 de la convention d'entreprises groupées conjointes signée le 17 octobre 2011 par les parties énonçait que « chaque membre est responsable vis-à-vis des autres membres de la bonne exécution de ses obligations ; il supporte seul, à la décharge des autres membres, les conséquences de cette responsabilité, notamment en ce qui concerne le dommage direct subi par ces autres membres, et les conséquences du non-respect des obligations contractuelles (garanties contractuelles, pénalités) » (v. arrêt attaqué p. 5, § 5 et production n°4 p. 13, § 6) ; qu'en l'espèce, les exposantes faisaient valoir qu'elles avaient perdu la prime d'indemnisation de 100 000 euros promise par la société RFF à tous les candidats - même non retenus - ayant présenté une offre techniquement conforme, en raison du manquement de la société TUC RAIL à ses obligations (v. écritures d'appel des exposantes p. 34, b); que la cour d'appel a néanmoins rejeté cette demande au motif qu'elle concernait un « dommage indirect » (v. arrêt attaqué p. 7, dernier §) ; qu'en se déterminant ainsi, lorsque la perte de la prime d'indemnisation constituait la conséquence directe du non-respect par la société TUC RAIL de ses obligations contractuelles, la cour d'appel a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction applicable à la cause.

5°/ ALORS QUE les conventions doivent être exécutées de bonne foi et que le comportement déloyal d'une partie engage sa responsabilité contractuelle ; qu'en s'abstenant de rechercher si, ainsi que le faisaient valoir les exposantes (concl. P.32), la société TUC RAIL n'avait pas « délibérément bâclé son travail pour ne pas se retrouver en position de porte-à-faux par rapport à sa mission d'assistance » menée en amont auprès de la maîtrise d'ouvrage et radicalement incompatible avec sa participation aux travaux, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil dans sa rédaction applicable à la cause.