

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 11 mai 2022

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 296 FS-B

Pourvoi n° Y 19-24.270

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 11 MAI 2022

La société Bâtiment mayennais, société à responsabilité limitée, dont le siège est [Adresse 4], exerçant sous l'enseigne Lucas construction, a formé le pourvoi n° Y 19-24.270 contre l'ordonnance (en la forme des référés) rendue le 25 octobre 2019 par le président du tribunal de grande instance de Rennes, dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Méduane habitat, société anonyme, dont le siège est [Adresse 1],

2°/ à la société Karaca construction, société par actions simplifiée unipersonnelle, dont le siège est [Adresse 2],

défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, un moyen unique de cassation et un moyen unique additionnel annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller, les observations de la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois et Sebagh, avocat de la société Bâtiment mayennais, exerçant sous l'enseigne Lucas construction, de la SCP Didier et Pinet, avocat de la société Karaca construction, de la SCP Richard, avocat de la société Méduane habitat, et l'avis de M. Douvreur, avocat général, après débats en l'audience publique du 15 mars 2022 où étaient présents Mme Mouillard, président, Mme Michel-Amsellem, conseiller rapporteur, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, Champalaune, conseillers, M. Blanc, Mmes Bessaud, Bellino, conseillers référendaires, M. Douvreur, avocat général, et Mme Labat, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'ordonnance attaquée (tribunal de grande instance de Rennes, 25 octobre 2019), la société d'habitation à loyer modéré Méduane habitat (la société Méduane habitat) a lancé une procédure d'appel à concurrence, dite adaptée, destinée à l'édification de trente-six logements sociaux, pour laquelle la société Bâtiment mayennais a présenté une offre relative au lot n° 1.

2. Soutenant que le marché de ce lot avait été attribué à la société Karaca construction en violation des règles de la commande publique relatives à la publicité et à la mise en concurrence, la société Bâtiment mayennais a saisi le président d'un tribunal de grande instance statuant en la forme des référés (le juge des référés), en demandant l'annulation du marché litigieux.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, et le second moyen présenté par le mémoire ampliatif additionnel

Enoncé du moyen

3. Par son premier moyen la société Bâtiment mayennais fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses moyens, fins et conclusions et notamment sa demande tendant, avant dire droit, à la suspension de l'exécution du marché conclu entre la société Méduane habitat et la société Karaca construction et de sa demande au fond tendant à la nullité de ce marché, alors :

« 1°/ que les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution. »

4. Par son second moyen, la société Bâtiment mayennais fait le même grief à l'arrêt, alors « que les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et

comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé n° 2, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution. »

Réponse de la Cour

5. La Cour de cassation a, par un arrêt n° 174 du 8 juillet 2019, renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009- 515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009), présentée par la société Bâtiment mayennais.

6. Par décision 2019-857 QPC du 17 janvier 2020, le Conseil constitutionnel a décidé que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 était conforme à la Constitution.

7. Le moyen est donc sans portée.

Sur le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches

8. La société Bâtiment mayennais fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 2°/ que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ne dresse pas de façon limitative la liste des irrégularités susceptibles d'être invoquées par les concurrents évincés à l'appui de leur référé contractuel ; qu'en décidant le contraire, le juge des référés a violé cette disposition de l'ordonnance ;

3°/ que le référé contractuel devant être assimilé à un recours en contestation de la validité du contrat pour l'application des articles 11 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, les concurrents évincés peuvent invoquer à l'appui de leur référé contractuel tout vice en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent comme l'ensemble des vices qui en raison de leur particulière gravité doivent être relevés d'office par le juge ; qu'en déboutant la société Bâtiment mayennais de sa demande sans rechercher si les irrégularités dont elle se prévalait étaient en rapport direct avec son intérêt lésé ou d'une gravité telle qu'elles auraient dû être relevés d'office, le juge des référés a privé sa décision de base légale au regard de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

4°/ que le juge doit trancher le litige dont il est saisi et ne peut se dessaisir de ses attributions ; qu'en retenant qu'il appartiendra au seul juge du droit, et non à lui-même, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur quel fondement, et en refusant ainsi d'exercer son office, le juge des référés a violé l'article 4 du code civil ;

5°/ que le juge ne doit pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'à l'appui de son recours, la société Bâtiment mayennais soutenait qu'interpréter les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 comme privant les concurrents évincés de la possibilité d'invoquer des irrégularités non énumérées à l'article 16 serait contraire au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en énonçant que la conventionnalité de cet article n'était pas remise en cause par la société Bâtiment mayennais, le juge des référés a dénaturé les conclusions dont il était saisi et a violé l'article 4 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

9. Aux termes de l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 « Est nul tout contrat conclu lorsque aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite.

Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique.

Le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat. »

10. Ces dispositions, qui énumèrent les cas dans lesquels la nullité du contrat de commande publique doit être prononcée par le juge des référés saisi d'un recours contractuel, réservent cette sanction aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence.

11. En procédant de la sorte, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur conclusion et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles, ainsi que la confiance dans les relations économiques. Il a ainsi poursuivi un but légitime.

12. Par ailleurs, cette restriction s'inscrit dans un mécanisme par lequel les candidats à un appel d'offres ont, en amont de la conclusion du contrat, la possibilité de saisir le juge des référés précontractuel de tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, afin que soit ordonné le respect de ces obligations ou, le cas échéant, que soit prononcée l'annulation de la procédure. Cette possibilité est aussi ouverte aux candidats évincés après l'annonce de l'attributaire des offres et jusqu'à la conclusion du contrat.

13. Si pour certains marchés, comme les marchés à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur ou l'autorité adjudicatrice peuvent être dispensés de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer un délai avant de conclure le contrat, les candidats évincés ne sont pas pour autant privés de faire valoir leurs droits, dès lors que les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement et obtienne ainsi réparation du préjudice qui en est résulté pour lui. Il s'en déduit que la limitation des cas dans lesquels les candidats à un marché privé de la commande publique évincés peuvent agir en référé contractuel ne porte pas atteinte à la substance de leur droit à un recours effectif et qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

14. Dès lors, c'est à bon droit qu'ayant retenu que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 prévoit que le juge du référé contractuel n'a le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat privé relevant de la commande publique que dans les cas qu'il énumère précisément, ce dont il a déduit que la demanderesse soutenait, à tort, que cette liste n'était pas limitative, le juge des référés, sans être tenu de procéder à la recherche invoquée à la troisième branche et sans qu'importe le motif erroné mais devenu inopérant, critiqué par la cinquième branche, a, par ces seuls motifs et abstraction faite de celui, surabondant, critiqué par la quatrième branche, légalement justifié sa décision.

15. Pour partie inopérant, le moyen n'est pas fondé pour le surplus.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Bâtiment mayennais aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Bâtiment mayennais et la condamne à payer à la société Karaca construction et à la société Méduane habitat, chacune, 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 onze mai deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois et Sebagh, avocat aux Conseils, pour la société Bâtiment mayennais, exerçant sous l'enseigne «Lucas construction».

Le pourvoi fait grief à l'ordonnance attaquée d'AVOIR débouté la société Bâtiment mayennais de l'ensemble de ses moyens, fins et conclusions, et notamment de sa demande tendant, avant dire droit, à la suspension de l'exécution du marché conclu la société Méduane habitat et la société Karaca construction pour les prestations de terrassement et de gros oeuvre d'une opération de construction de 36 logements collectifs locatifs sociaux dénommés « [Adresse 3], et de sa demande au fond tendant à la nullité de ce marché ;

AUX MOTIFS QUE : « [] L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 07 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique dispose que : « Est nul tout contrat conclu lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ». / Ni la conventionnalité, ni la constitutionnalité de cet article ne sont remises en cause par la société demanderesse. / Il résulte de ces dispositions que le juge du référé contractuel n'a donc le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat, relevant de la commande publique, que dans quatre hypothèses, précisément énumérées et définies. C'est à tort, en effet, que la demanderesse soutient que cette liste ne serait pas limitative dans la mesure où si tel n'était pas le cas, le législateur aurait pris alors le soin d'y adjoindre l'adverbe « notamment » ou tout autre vocable de même effet. De plus, on peine à imaginer quelle serait l'utilité de cet article 16 de l'ordonnance si le candidat évincé à un marché public pouvait invoquer, devant le juge du référé contractuel, tout manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence. Enfin, il appartiendra au seul juge du droit, et non au rédacteur de la présente, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur un fondement qui reste, à ce jour, à déterminer. / Enfin, comme l'indique lui-même le conseil de la société évincée, dans ses dernières écritures soutenues à la barre (en page 15), « si aucune décision de la Cour de cassation ne confirme cette approche – à savoir l'inopérance des moyens en annulation dirigés contre un marché public qui n'entrent pas dans l'une des quatre situations prévues par cet article 16, NDR – aucune ne l'informe non plus », la pertinence de ce constat rendant, en conséquence, sans intérêt toute discussion sur le sens et la portée qu'il conviendrait d'accorder aux deux décisions, non publiées au bulletin et donc d'espèce, de la Chambre commerciale de cette juridiction, en date des 14 mai 2013 et 05 juin 2019, évoquées par ledit conseil à l'appui de ses demandes. / Ce dernier ayant pris le soin de préciser (ibid., page 12) qu'il n'était pas « discuté () que les faits de l'espèce ne correspondent à aucune des hypothèses recensées à l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 », sa demande visant à ce [que] soit prononcée la nullité du marché de travaux litigieux, dès lors mal fondée, ne pourra qu'être rejetée [] » ;

1) – ALORS QUE les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la

Constitution ;

SUBSIDIAIREMENT :

2) – ALORS QUE l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ne dresse pas de façon limitative la liste des irrégularités susceptibles d'être invoquées par les concurrents évincés à l'appui de leur référé contractuel ; qu'en décidant le contraire, le juge des référés a violé cette disposition de l'ordonnance ;

3) – ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE le référé contractuel devant être assimilé à un recours en contestation de la validité du contrat pour l'application des articles 11 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, les concurrents évincés peuvent invoquer à l'appui de leur référé contractuel tout vice en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent comme l'ensemble des vices qui en raison de leur particulière gravité doivent être relevés d'office par le juge ; qu'en déboutant la société Bâtiment mayennais de sa demande sans rechercher si les irrégularités dont elle se prévalait étaient en rapport direct avec son intérêt lésé ou d'une gravité telle qu'elles auraient dû être relevés d'office, le juge des référés a privé sa décision de base légale au regard de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

4) – ALORS QUE le juge doit trancher le litige dont il est saisi et ne peut se dessaisir de ses attributions ; qu'en retenant qu'il appartiendra au seul juge du droit, et non à lui-même, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur quel fondement, et en refusant ainsi d'exercer son office, le juge des référés a violé l'article 4 du code civil ;

5) – ALORS QUE le juge ne doit pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'à l'appui de son recours, la société Bâtiment mayennais soutenait qu'interpréter les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 comme privant les concurrents évincés de la possibilité d'invoquer des irrégularités non énumérées à l'article 16 serait contraire au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (conclusions, p. 15, §3 ; v. égal. : p. 13, §4) ; qu'en énonçant que la conventionnalité de cet article n'était pas remise en cause par la société Bâtiment mayennais, le juge des référés a dénaturé les conclusions dont il était saisi et a violé l'article 4 du code de procédure civile. MOYEN ADDITIONNEL

Le pourvoi fait grief à l'ordonnance attaquée d'AVOIR débouté la société Bâtiment mayennais de l'ensemble de ses moyens, fins et conclusions, et notamment de sa demande tendant, avant dire droit, à la suspension de l'exécution du marché conclu la société Méduane habitat et la société Karaca construction pour les prestations de terrassement et de gros oeuvre d'une opération de construction de 36 logements collectifs locatifs sociaux dénommés « [Adresse 3], et de sa demande au fond tendant à la nullité de ce marché ;

AUX MOTIFS QUE : « [] L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 07 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique dispose que : « Est nul tout contrat conclu lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce de même la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ». / Ni la conventionnalité, ni la constitutionnalité de cet article ne sont remises en cause par la société demanderesse. / Il résulte de ces dispositions que le juge du référé contractuel n'a donc le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat, relevant de la commande publique, que dans quatre hypothèses, précisément énumérées et définies. C'est à tort, en effet, que la demanderesse soutient que cette liste ne serait pas limitative dans la mesure où si tel n'était pas le cas, le législateur aurait pris alors le soin d'y adjoindre l'adverbe « notamment » ou tout autre vocable de même effet. De plus, on peine à imaginer quelle serait l'utilité de cet article 16 de l'ordonnance si le candidat évincé à un marché public pouvait invoquer,

devant le juge du référé contractuel, tout manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence. Enfin, il appartiendra au seul juge du droit, et non au rédacteur de la présente, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur un fondement qui reste, à ce jour, à déterminer. / Enfin, comme l'indique lui-même le conseil de la société évincée, dans ses dernières écritures soutenues à la barre (en page 15), « si aucune décision de la Cour de cassation ne confirme cette approche – à savoir l'inopérance des moyens en annulation dirigés contre un marché public qui n'entrent pas dans l'une des quatre situations prévues par cet article 16, NDR – aucune ne l'informe non plus », la pertinence de ce constat rendant, en conséquence, sans intérêt toute discussion sur le sens et la portée qu'il conviendrait d'accorder aux deux décisions, non publiées au bulletin et donc d'espèce, de la Chambre commerciale de cette juridiction, en date des 14 mai 2013 et 05 juin 2019, évoquées par ledit conseil à l'appui de ses demandes. / Ce dernier ayant pris le soin de préciser (ibid., page 12) qu'il n'était pas « discuté () que les faits de l'espèce ne correspondent à aucune des hypothèses recensées à l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 », sa demande visant à ce [que] soit prononcée la nullité du marché de travaux litigieux, dès lors mal fondée, ne pourra qu'être rejetée [] » ;

ALORS QUE les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé n° 2, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution.