

Le : 17/04/2018

Cour de cassation

chambre commerciale

Audience publique du 7 mars 2018

N° de pourvoi: 16-13138 16-13455

ECLI:FR:CCASS:2018:CO00192

Non publié au bulletin

Cassation

Mme Riffault-Silk (conseiller doyen faisant fonction de président), président

SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Monod, Colin et Stoclet, SCP de Nervo et Poupet, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Joint les pourvois n° M 16-13.138 et n° F 16-13.455, qui attaquent la même décision ;

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés par le président d'un tribunal de grande instance, que l'association Organisme de gestion de l'enseignement catholique La Salle Maison Blanche (l'OGEC) a sollicité des offres de services pour l'exécution d'un marché de restauration, d'entretien et de nettoyage concernant un collège et un lycée ; que par lettre du 10 juin 2015, elle a informé la société Régal des îles que sa candidature n'était pas retenue ; que le contrat ayant été signé le 26 juin 2015 entre l'OGEC et la société Yakka restauration et services (la société Yakka), la société Régal des îles a formé, le 8 juillet 2015, une demande en référé précontractuel, en annulation de la procédure de passation du contrat ; que cette demande ayant été jugée irrecevable, elle a agi en référé contractuel aux fins d'annulation du contrat ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi n° F 16-13.455 :

Attendu que la société Yakka fait grief à l'ordonnance de déclarer cette action recevable

alors, selon le moyen, que si l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, la juridiction des référés ne peut, hors le cas, prévu à l'article 488 du code de procédure civile, de circonstances nouvelles, la modifier ou la rapporter ; que par ordonnance du 1er octobre 2015, le juge des référés a rejeté les conclusions de la société Régal des îles tendant à la résiliation du marché conclu le 26 juin 2015 entre l'association et la société Yakka ; que dès lors, en faisant droit à la nouvelle demande présentée par la société Régal des îles, ayant le même objet, fondée sur la même cause, entre les mêmes parties, le juge des référés a méconnu l'autorité de la chose jugée attachée à son ordonnance du 1er octobre 2015 et a violé les articles 1351 du code civil, dans sa rédaction alors applicable et 488 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'autorité de chose jugée attachée à l'ordonnance rendue en la forme des référés le 1er octobre 2015, qui a retenu que les demandes de la société Régal des îles relevaient du juge du référé contractuel, de sorte qu'elles étaient irrecevables dans le cadre d'un référé précontractuel, n'interdisait pas à la requérante d'agir ensuite en référé contractuel ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi n° M 16-13.138 :

Attendu que l'OGEC fait ce même grief à l'ordonnance alors, selon le moyen, que les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 sont les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics, dotés de la personnalité juridique, qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; qu'en l'espèce, il faisait valoir qu'il était une association confessionnelle dont l'objet est d'assumer juridiquement la gestion d'établissements d'enseignement créés par l'autorité canonique compétente ; qu'en d'autres termes, son objet était de dispenser un enseignement catholique à travers des structures éducatives confessionnelles placées sous l'autorité épiscopale et sous la tutelle diocésaine ; qu'en se bornant à affirmer qu'il participe, en sa qualité d'établissement catholique d'enseignement, aux objectifs et missions du service public tels que définis par les articles L. 121-1 et suivants du code de l'éducation et, qu'en conséquence, il devait être qualifié de pouvoir adjudicateur, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si sa mission n'était pas principalement confessionnelle, à savoir dispenser une éducation catholique aux enfants scolarisés dans ses établissements non publics, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ;

Mais attendu que la décision attaquée constate que l'OGEC participe à la réalisation des objectifs et à l'accomplissement des missions du service public de l'enseignement définis par le code de l'éducation ; que sa nature confessionnelle est sans incidence sur la portée de cette constatation incontestée, lors même que cette activité ne constituerait pas sa mission principale ; qu'il en résulte que l'OGEC a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, à tout le moins, qu'elle y satisfait effectivement ; que le moyen est inopérant ;

Mais, sur le premier moyen, pris en sa deuxième branche, du pourvoi n° F 16-13.455 et le premier moyen, pris en sa troisième branche, du pourvoi n° M 16-13.138, qui est

recevable, réunis :

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour retenir que l'OGEC a la qualité de pouvoir adjudicateur, par application de l'article 3 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 et déclarer en conséquence l'action de la société Régal des îles recevable, l'ordonnance relève que ses ressources se composent majoritairement de contributions, participations et subventions versées par l'Etat et des collectivités territoriales ;

Qu'en s'abstenant d'énoncer aucun motif propre à justifier cette affirmation, le président du tribunal de grande instance n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

Et sur le troisième moyen du pourvoi n° M 16-13.138 :

Vu l'article 624 du code de procédure civile ;

Attendu que la cassation intervenue sur les premiers moyens des deux pourvois entraîne, par voie de conséquence, celle du chef du dispositif de la décision ordonnant la résiliation du contrat conclu le 26 juin 2015 entre l'OGEC et la société Yakka à compter du 15 juin 2016 ;

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

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'ordonnance rendue le 11 février 2016, 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 Saint-Denis de la Réunion, en la personne d'un autre délégataire ;

Condamne la société Régal des îles aux dépens ;

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 sept mars deux

mille dix-huit. MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits au pourvoi n° M 16-13.138 par la SCP Monod, Colin et Stoclet, avocat aux Conseils, pour l'association Organisme de gestion de l'enseignement catholique (OGEC) La Salle Maison Blanche.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré l'action en résiliation du contrat conclu le 26 juin 2015 entre l'OGEC La Salle Maison Blanche et la société Yakka Restauration et Services, intentée par la société Régal des Iles, recevable ;

AUX MOTIFS QUE si l'OGEC La Salle Maison Blanche conteste dans le cadre de la présente procédure être soumise aux dispositions des ordonnances du 6 juin 2005 et du 7 mai 2009, et donc avoir la qualité de pouvoir adjudicateur, il convient de rappeler que lors d'un précédent litige, le juge des référés a considéré qu'un autre OGEC, en l'occurrence l'OGEC Saint-Michel, participait aux objectifs et mission de service public de l'enseignement et que l'ordonnance du 6 juin 2005 lui était applicable ; qu'il n'est pas contestable que l'OGEC La Salle Maison Blanche participe, en sa qualité d'établissement catholique d'enseignement, aux objectifs et missions du service public tels que définis par les articles L. 121-1 et suivants du code de l'éducation ; que l'association est dotée de la personnalité morale ; que les ressources de l'association se composent majoritairement de contributions, participations et subventions versées par l'Etat et des collectivités territoriales ; que ce financement est opéré sans contrepartie pour l'Etat et les collectivités territoriales, s'agissant de subventions visant à financer une activité d'intérêt général au bénéfice des usagers du service public de l'enseignement ; qu'il a été expressément prévu dans ses statuts, l'établissement d'un contrat d'association avec l'Etat ; que, par ailleurs, les dispositions du code de l'éducation, prévoient un contrôle de la gestion des établissements d'enseignement privé sous contrat d'association par l'Etat ; qu'ainsi l'OGEC La Salle Maison Blanche est un organisme de droit privé doté de la personnalité juridique, qui a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ; que la notion d'intérêt général n'est pas incompatible avec le caractère religieux de cet organisme, dans la mesure où son activité de gestion se rattache au service public de l'enseignement qui constitue une activité d'intérêt général ; que, par ailleurs, son activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics, qu'il convient de considérer que l'OGEC La Salle Maison Blanche est qualifiable de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2015 et de celle du 7 mai 2009 et que cet organisme est tenu de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'il convient, en conséquence, de déclarer que l'action intentée par la société Régal des Iles est recevable ;

ALORS, DE PREMIERE PART, QUE les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 sont les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics, dotés de la personnalité juridique, qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; qu'en l'espèce, l'OGEC La Salle Maison Blanche est

une association confessionnelle dont l'objet est d'assumer juridiquement la gestion d'établissements d'enseignement créés par l'autorité canonique compétente ; qu'en d'autres termes, l'objet de cette association est de dispenser un enseignement catholique à travers des structures éducatives confessionnelles placées sous l'autorité épiscopale et sous la tutelle diocésaine ; qu'en se bornant à affirmer que l'OGEC La Salle Maison Blanche participe, en sa qualité d'établissement catholique d'enseignement, aux objectifs et missions du service public tels que définis par les articles L. 121-1 et suivants du code de l'éducation et, qu'en conséquence, il devait être qualifié de pouvoir adjudicateur, sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la mission de l'OGEC La Salle Maison Blanche n'était pas principalement confessionnelle, à savoir dispenser une éducation catholique aux enfants scolarisés dans ses établissements non publics, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ;

ALORS DE DEUXIEME PART, QUE ne peuvent être qualifiés de pouvoir adjudicateur que les organismes de droit privé ci-dessus définis dont, soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance susvisée, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance susvisée, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance susvisée ; que ne constitue pas un financement public au sens de l'ordonnance, les versements effectués en contrepartie de prestations de services ; qu'en l'espèce, l'exposant faisait valoir que devant assurer une contrepartie, à savoir la dispense d'un enseignement général, elle ne pouvait être qualifiée de pouvoir adjudicateur ; qu'en affirmant péremptoirement qu'un versement visant à financer une activité d'intérêt général au bénéfice des usagers du service public de l'enseignement constituait une subvention sans contrepartie, sans autrement expliquer pourquoi la contrepartie constituée par la dispense d'un enseignement général ne pouvait être prise en compte, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

ALORS, DE TROISIEME PART, QUE seul constitue un financement majoritaire celui qui représente plus de la moitié de l'ensemble des revenus dont l'organisme bénéficie ; qu'en l'espèce, pour qualifier l'OGEC La Salle Maison Blanche de pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005, la cour d'appel a affirmé péremptoirement que son activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ; qu'en s'abstenant de rechercher si le financement litigieux constituait plus de la moitié de ses revenus, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 3 de l'ordonnance du 26 janvier 2005 ;

ALORS, DE QUATRIEME PART, QUE la gestion soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à l'ordonnance susvisée se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de l'organisme concerné ; qu'en l'espèce, l'exposant faisait valoir que soumise à l'autorité épiscopale et à la tutelle diocésaine et non à une autorité publique ayant la capacité d'influencer ses décisions de gestion, elle ne pouvait être qualifiée de pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 ; qu'en se bornant à affirmer que les dispositions du code de l'éducation prévoient un contrôle de la gestion des établissements d'enseignement privé sous contrat d'association par l'Etat, sans rechercher si ce contrôle prévalait sur celui de l'évêque et du

diocèse, la cour d'appel a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 3 de l'ordonnance précitée.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré l'action en référé contractuel, intentée par la société Régal des Iles à l'encontre de l'OGEC La Salle Maison Blanche et de la société Yakka Restauration et Services, recevable ;

AUX MOTIFS QUE si le recours en référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours au référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de l'ordonnance du 7 mai 2009, ces dispositions ne rendent pas le référé contractuel irrecevable lorsque le concurrent évincé qui a exercé le référé précontractuel n'a pas été informé du rejet de son offre avant la signature du contrat ; qu'en outre en procédure formalisée, le référé contractuel n'est pas irrecevable lorsque le concurrent, bien qu'informé du rejet de son offre, n'a pas été informé du délai de suspension de la signature du marché ; qu'en l'espèce, force est de constater que le courrier de rejet de son offre en date du 10 juin 2015 et reçu le 22 juin 2015 par la société Régal des Iles ne mentionnait pas le délai de suspension que l'OGEC La Salle Maison Blanche s'imposait entre la date d'envoi du courrier de rejet et la conclusion du marché ; que la société Régal des Iles n'a donc pas été informée du délai de suspension de la signature du marché ; que concernant le délai de saisine de la juridiction, l'article 1441-3 du code de procédure civile dispose qu'en l'absence de la publication de l'avis d'attribution du contrat, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ; que le marché a été conclu le 26 juin 2015 avec la société Yakka Restauration et Services ; que l'action a été introduite dans les délais légaux ; qu'en conséquence, elle est recevable ;

ALORS QU'en application de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur le premier chef de l'arrêt aura pour conséquence la cassation du présent chef.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'avoir ordonné la résiliation du contrat conclu le 26 juin 2015 entre l'OGEC La Salle Maison Blanche et la société Yakka Restauration et Services à compter du 15 juin 2016 ;

ALORS QU'en application de l'article 625 du code de procédure civile, la cassation qui ne manquera pas d'intervenir sur les premier et deuxième chefs de l'arrêt aura pour conséquence la cassation du présent chef. Moyens produits au pourvoi n° F 16-13.455 par la SCP de Nervo et Poupet, avocat aux Conseils, pour la société Yakka restauration et services.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré recevable le recours en référé contractuel présenté par la société Régal des îles ;

AUX MOTIFS QUE, sur la qualité de pouvoir adjudicateur de l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE, si l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE conteste à nouveau dans le cadre de la présente procédure être soumise aux ordonnances du 6 juin 2005 du 7 mai 2009 et donc avoir la qualité de pouvoir adjudicateur, il convient de relever que lors d'un précédent litige soumis à la juridiction de céans le juge des référés a considéré qu'un autre OGEC sis à la Réunion, en l'occurrence l'OGEC SAINT MICHEL participait aux objectifs et missions du service public de l'enseignement et que l'ordonnance du 6 juin 2005 lui était applicable ; Que dans l'ordonnance de référé précontractuel en date du 1er octobre 2015, il a déjà été statué sur la qualité de pouvoir adjudicateur de l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE, l'irrecevabilité de l'action introduite par la SARL REGAL DES ILES ayant été soulevée à ce stade de la procédure ; Qu'il convient de rappeler qu'il n'est pas contestable que l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE participe, en sa qualité d'établissement catholique d'enseignement, aux objectifs et missions du service public de l'enseignement tels que définis aux articles L. 121-1 et suivants du code de l'éducation ; Que l'association est dotée de la personnalité morale ; que les ressources de l'association se composent majoritairement de contributions, participations et subventions versées par l'Etat et des collectivités territoriales ; que ce financement est opéré sans contrepartie pour l'Etat et les collectivités territoriales, s'agissant de subventions visant à financer une activité d'intérêt général au bénéfice des usagers du service public de l'enseignement ; qu'il a été expressément prévu dans ses statuts, l'établissement d'un contrat d'association avec l'Etat ; Que par ailleurs, les dispositions du code de l'éducation, prévoient un contrôle de la gestion des établissements d'enseignement privé sous contrat d'association par l'Etat ; Qu'ainsi l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE est un organisme de droit privé doté de la personnalité juridique, qui a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; que la notion d'intérêt général n'est pas incompatible avec le caractère religieux de cet organisme, dans la mesure où son activité de gestion se rattache au service public de l'enseignement qui constitue une activité d'intérêt général ; Que par ailleurs son activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ; Qu'il convient de considérer que l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE est qualifiable de pouvoir adjudicateur au sens de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 et de l'ordonnance du 7 mai 2009 et que cet organisme est tenu de se conformer à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ; Qu'il convient en conséquence de dire que l'action intentée par la société REGAL DES ILES est recevable ;

1° ALORS QUE si l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, la juridiction des référés ne peut, hors le cas, prévu à l'article 488 du nouveau Code de procédure civile, de circonstances nouvelles, la modifier ou la rapporter ; que par ordonnance du 1er octobre 2015, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis a rejeté les conclusions de la société Régal des îles tendant à la résiliation du marché conclu le 26 juin 2015 entre l'OGEC Maison-Blanche et la société Yakka Restauration et Services ; que dès lors, en faisant droit à la nouvelle demande présentée par la société Régal des îles, ayant le même objet, fondée sur la même cause, entre les

mêmes parties, le juge des référés a méconnu l'autorité de la chose jugée attachée à son ordonnance du 1er octobre 2015 et a violé les articles 1351 du Code civil, dans sa rédaction alors applicable et 488 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE le juge, tenu d'une obligation de motivation, ne peut se borner à procéder par voie d'affirmation ; qu'en se bornant à affirmer que l'activité de l'OGEC Maison-Blanche était financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics sans analyser, fut-ce succinctement, les éléments de fait et de droit mis en avant par la société Yakka restauration et services au soutien de la fin de non-recevoir qu'elle avait opposée, et en se bornant à relever que les statuts de l'association lui permettaient de recevoir un financement de la part de l'État et des collectivités territoriales, le juge des référés a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE l'enseignement peut être une activité à caractère industriel et commercial ; qu'en considérant que l'activité de l'OGEC Maison Blanche avait un caractère autre qu'industriel et commercial sans rechercher quelle était la part des ressources versée par les parents d'élèves en contrepartie de la prestation fournie et quelles étaient ses modalités de fonctionnement, le juge des référés a privé sa décision de base légale au regard des dispositions de l'article 3 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 et l'article 1er directive 2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (dispositions reprises par la directive 2014/24 du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014) ;

4°) ALORS QUE l'article 3 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 prévoit que peut être qualifié de pouvoir adjudicateur l'organisme dont la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance ; qu'en jugeant, par des motifs inopérants, que l'OGEC Maison-Blanche devait être qualifiée de pouvoir adjudicateur dès lors qu'il avait été expressément prévu dans ses statuts l'établissement d'un contrat d'association avec l'État et que les dispositions du code de l'éducation prévoient un contrôle de la gestion des établissements d'enseignement privé sous contrat d'association par l'État, sans constater l'existence d'un contrat d'association entre l'OGEC Maison-Blanche et l'État, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis a privé sa décision de base légale au regard de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'avoir déclaré recevable le recours en référé contractuel présenté par la société Régal des îles ;

AUX MOTIFS QUE, sur la recevabilité de l'action en référé contractuel, si le recours en

référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours au référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 de l'ordonnance du 7 mai 2009, ces dispositions ne rendent pas le référé contractuel irrecevable lorsque le concurrent évincé qui a exercé le référé précontractuel n'a pas été informé du rejet de son offre avant la signature du contrat ; Qu'en outre, en procédure formalisée, le référé contractuel n'est pas irrecevable lorsque, le concurrent, bien qu'informé du rejet de son offre, n'a pas été informé du délai de suspension de la signature du marché ; Qu'en l'espèce force est de constater que le courrier de rejet de son offre en date du 10 juin 2015 et reçu le 22 juin 2015 par la société REGAL DES ILES ne mentionnait pas le délai de suspension que l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE s'imposait entre la date d'envoi du courrier de rejet et la conclusion du marché ; que la société REGAL DES ILES n'a donc pas été informée du délai de suspension de la signature du marché ; Que concernant le délai de saisine de la juridiction, l'article 1441-3 du code de procédure civile dispose qu'en l'absence de la publication d'avis d'attribution du contrat, la juridiction peut être saisie jusqu'à l'expiration d'un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat ; Qu'en l'espèce le marché a été conclu le 26 juin 2015 avec la société YAKKA RESTAURATION SERVICES ; Qu'il convient de constater que l'instance a été introduite dans les délais légaux ; Qu'en conséquence il convient de déclarer recevable la présente action en référé contractuel ;

1°) ALORS QUE le juge, tenu d'une obligation de motivation, ne peut se borner à procéder par voie d'affirmation ; qu'en se bornant à affirmer que le courrier de rejet de son offre en date du 10 juin 2015 et reçu le 22 juin 2015 par la société REGAL DES ILES ne mentionnait pas le délai de suspension que l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE s'imposait entre la date d'envoi du courrier de rejet et la conclusion du marché, sans analyser, fut-ce succinctement, les éléments de fait et de droit mis en avant par la société Yakka restauration et services qui faisait valoir que, la valeur des prestations « restauration » étant prépondérante, l'OGEC Maison Blanche n'était pas soumise à la règle du respect d'un délai entre la date d'information des candidats et la date de signature du marché résultant de l'article 46 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, le juge des référés a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE l'article 9 du code de procédure civile prévoit qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ; qu'en considérant, pour faire droit au moyen de la société Régéal des îles tenant à la violation du décret du 30 décembre 2005, qu'il n'était pas démontré que les activités de restauration auraient été prépondérantes au sein du marché conclu, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis a violé les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE l'article 9 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 prévoit que les dispositions de ce décret ne s'appliquent pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à la liste limitative mentionnée à son article 8 ; qu'en considérant que l'obligation de respecter un délai entre la date d'information des candidats évincés et la date de signature du marché prévu à l'article 46 du décret précité du 30 décembre 2005 s'appliquait à un marché pour lesquelles la valeur des prestations «

restauration », non mentionnées à l'article 8 du décret, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis a violé les dispositions du décret du 30 décembre 2005 précité.

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

IL EST FAIT GRIEF à l'ordonnance attaquée d'avoir prononcé la résiliation du contrat conclu le 26 juin 2015 entre l'OGEC Maison Blanche et la société Yakka Restauration et services ;

AUX MOTIFS QUE sur l'irrégularité de la procédure de passation du marché, la société YAKKA RESTAURATION ET SERVICES soutient que la passation d'un contrat relatif à des prestations de restauration ne doit pas faire l'objet d'une procédure formalisée ; Que cependant il convient de relever que le marché litigieux comprenait à la fois des prestations de restauration et d'entretien-nettoyage ; Que ces prestations d'entretien et nettoyage sont expressément prévues à l'article 8 du décret du 30 décembre 2005 ; Que l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE a fait le choix de passer un marché unique pour l'ensemble des prestations ; Qu'il n'est pas démontré que l'activité de restauration serait prépondérante au sein du marché conclu ; Qu'au demeurant il convient de relever que l'absence de précision quant à la part des différentes prestations de la part de l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE démontre l'imprécision de sa demande préalable et de son besoin en contradiction avec l'article 10 de l'ordonnance du 6 juin 2005 ; Qu'il résulte du fait que, s'agissant d'un marché unique pour plusieurs prestations, l'ensemble du marché, dès lors que certaines prestations étaient soumises à la procédure formalisée, devait être soumis à cette procédure ; qu'il appartenait à l'OGEC de présenter deux marchés distincts si elle entendait exclure une partie du marché de la procédure formalisée ; Qu'au demeurant même si le décret du 30 décembre 2005 prévoit qu'un marché de services peut-être passé selon une procédure adaptée en raison de son objet, elle ne dispense pas le pouvoir adjudicateur de respecter les principes généraux de libre accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats, et de transparence des procédures, ce qui n'a pas été fait en l'espèce, qu'en effet il n'est pas contesté que l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE n'a pas réalisé les obligations de publicité qui aurait du être les siennes dans la mesure où elle a remis en mains propres aux candidats le cahier des charges ; qu'aucun avis d'appel public à la concurrence n'a été fait alors même que le montant estimé du marché s'élevait à 700 000 € ; Que d'autre part il convient de relever que l'article 2 du cahier des charges prévoit que «le marché est conclu pour une durée de un an à compter de la date de la notification, renouvelable par tacite reconduction» ; que l'article du décret du 30 décembre 2005 prohibe les prestations conçues de manière illimitée, qui constituent une violation des obligations de remise en concurrence périodique ; Qu'en outre même en procédure adaptée, pour assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution de marchés publics est nécessaire dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats ; Qu'en l'espèce et en l'absence d'avis de publicité, il convient de constater que le cahier des charges ne mentionnait pas les critères au regard desquels les offres seraient jugées ; Que d'autre part conformément aux dispositions de l'article 46-III du décret du 30 décembre 2005, le pouvoir adjudicateur communique à tout candidat écarté les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre dans les 15 jours de

la réception d'une demande écrite ; Que doivent être communiqués aux candidats, les motifs du rejet de leur offre, les caractéristiques et les avantages de l'offre retenue et le nom de l'attributaire du marché ; Qu'ainsi, à défaut d'avoir communiqué les motifs du rejet de l'offre aux candidats évincés, il revenait au pouvoir adjudicateur de le faire dans la lettre de réponse à la demande d'information dans le délai fixé par l'ordonnance du 30 décembre 2005 ; Qu'il est incontestable que le courrier de rejet en date du 15 juin 2015 ne contenait aucune indication permettant à la requérante de connaître les conditions de l'attribution et d'en contester les conditions ; Que malgré sa demande complémentaire adressée le 4 juin 2015, l'OGEC LA SALLE MAISON BLANCHE n'a apporté aucune réponse ; Qu'ainsi il convient de constater qu'en raison de ces manquements, la procédure a été entachée d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi qu'aux principes d'information des candidats et de transparence des procédures et que la procédure est irrégulière ; Que conformément à l'article 17 de l'ordonnance du 7 mai 2009, dans les cas prévus à l'article 16, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général ; Qu'en l'espèce et s'agissant d'un marché de restauration et d'entretien nettoyage d'établissements scolaires, et s'agissant d'une raison impérieuse d'intérêt général, il convient de prononcer la résiliation du contrat à compter du 15 juin 2016, pour permettre au pouvoir adjudicateur de lancer une nouvelle consultation ;

1°) ALORS QUE qu'en présence d'un contrat mixte 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'au cas d'espèce, ayant constaté que si formellement, le contrat proposé par la l'OGEC Maison Blanche se présentait comme un contrat unique, il n'en demeurerait pas moins que deux types de prestations étaient exécutées, le juge, qui avait ainsi fait ressortir que le contrat litigieux stipulait deux obligations, ne pouvait déclinier la qualification de deux contrats, sans méconnaître les conséquences légales de ses propres constatations ; et sans relever que la société requérante rapportait la preuve de l'existence d'un contrat unique et homogène insusceptible de traitement différencié ; 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, ensemble les articles 1134 du code civil, et 12 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE l'article 9 du code de procédure civile prévoit qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ; qu'en considérant, pour faire droit au moyen de la société Régale des îles tenant à la violation du décret du 30 décembre 2005, qu'il n'était pas démontré que les activités de restauration auraient été prépondérantes au sein du marché conclu, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis a violé les dispositions de l'article 9 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE l'article 9 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 prévoit que les dispositions de ce décret ne s'appliquent pas aux marchés de services ayant pour objet des prestations non mentionnées à la liste limitative de son article 8 ; qu'en considérant que les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues aux articles 15 et suivants du décret 30

décembre 2005 s'appliquaient à un marché pour lesquelles la valeur des prestations « restauration », non mentionnées à l'article 8 du décret, le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Denis a violé les dispositions du décret du 30 décembre 2005 précité ;

4°) ALORS QUE seuls les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles d'avoir lésé le requérant peuvent fonder une mesure de résiliation prononcée par le juge du référé précontractuel ; qu'en faisant droit aux moyens soulevés par la société Regal des Iles sans rechercher si ceux-ci avaient été susceptibles de la léser, le juge des référés a entaché sa décision d'un défaut de base légale au regard de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

5°) ALORS QUE les articles 16 et 18 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique limitent les pouvoirs de résiliation du juge du référé contractuel aux contrats soumis aux exigences de publicité et de mise en concurrence prévues au décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 ; qu'en résiliant un marché, qui avait pour élément prépondérant des prestations de restauration non régies par le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, le juge des référés a excédé ses pouvoirs et violé les dispositions des articles 16 et 18 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.

Décision attaquée : Tribunal de grande instance de Saint-Denis de la Réunion , du 11 février 2016