

**Cour de cassation  
Chambre commerciale**

**8 Décembre 2009**

**Rejet**

**N° 08-21.714**

Inédit

Société Aéroports de Paris

Société Conrac France; Société Conrac Gmbh

Mme Favre (président), Président

SCP Baraduc et Duhamel, SCP Piwnica et Molinié, Avocat

**REPUBLIQUE FRANCAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Attendu selon le jugement attaqué (Tribunal de commerce de Paris, 4 décembre 2008) que la société Aéroports de Paris (la société ADP), entité adjudicatrice au sens de l'**ordonnance** n° 2005-649 du **6 juin 2005**, a fait paraître, le 29 février 2008, un avis de publicité pour la passation d'un **marché** négocié portant sur la fourniture d'écrans à installer dans les aéroports ; que la société Conrac GMBH (la société Conrac) s'est portée candidate, son offre étant préparée par sa mandataire la société Conrac France, membre du même groupe d'entreprises ; qu'à la suite de la notification par laquelle la société ADP lui a indiqué que son offre n'était pas retenue, la société Conrac, à laquelle s'est jointe la société Conrac France (les sociétés Conrac), l'a poursuivie, sur le fondement de l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-649 du **6 juin 2005**, en lui reprochant divers manquements à ses obligations de mise en concurrence et de transparence et, notamment, le fait d'avoir modifié le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) la veille de la date limite de remise des offres ; que par **ordonnance** du 31 octobre 2008, le président du tribunal de commerce, statuant en la forme des référés, a dit que cette juridiction était compétente et autorisé les sociétés Conrac à assigner la société ADP à jour fixe ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société ADP fait grief au jugement d'avoir prononcé la suspension définitive de la signature du **marché** contesté et de lui avoir, en conséquence, enjoint de se conformer à ses obligations issues de l'**ordonnance** du **6 juin 2005** et du décret du 20 octobre 2005, de reprendre la procédure de passation depuis l'avis de publicité en publiant un nouvel avis de publicité conforme au décret précité, alors selon le moyen,

1°/ que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché sans restriction dans son dispositif ; que le dispositif de l'**ordonnance** du 31 octobre 2008 rendue en la forme des référés qualifie expressément celle-ci d'**ordonnance** avant-dire droit et réserve tous les moyens de fait et de droit, avant de préciser que la compétence du tribunal de commerce de Paris ne repose que sur l'urgence à ordonner la suspension provisoire de la signature du **marché** dans l'attente de la décision à intervenir après examen au fond du litige par une formation collégiale ; qu'en considérant pour déclarer irrecevable l'exception d'incompétence soulevée par la société ADP que cette question avait été précédemment tranchée par une **ordonnance** du 31 octobre 2008, le tribunal a violé l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-1308 du **6 juin 2005** ;

2°/ que les décisions de caractère provisoire sont dépourvues au principal de l'autorité de la chose jugée ; qu'en décidant, pour déclarer irrecevable l'exception de compétence soulevée par la société ADP que cette question avait été précédemment tranchée par une **ordonnance** du 31 octobre 2008, quand celle-ci n'avait reconnu la compétence du tribunal qu'à raison de l'urgence à ordonner la suspension provisoire de la signature du **marché**, le tribunal a, à nouveau, violé l'article 1351 du code civil, ensemble l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-1308 du **6 juin 2005** ;

Mais attendu que l'**ordonnance** du 31 octobre 2008, qui a précédé le jugement attaqué et qui n'est pas critiquée, tranche dans son dispositif la fin de non-recevoir tirée de l'incompétence du tribunal de commerce au bénéfice du tribunal de grande instance et a, en conséquence, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée sur cette contestation ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen :

Attendu que la société ADP fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ que la société qui a été admise à concourir et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du **marché** ne peut pas se prévaloir de manquements se rapportant à une phase antérieure à la sélection de son offre ; qu'en se bornant à retenir, pour accueillir le recours de la société Conrac à raison de manquements commis par la société ADP dans une phase antérieure au dépôt des offres définitives, que la reprise dans un CCTP modifié la veille du dépôt des offres du 28 mai 2008, des ajustements techniques prétendument substantiels acceptés par la société ADP, dont les entreprises postulantes avaient déjà été informées par mail ou par réunions n'avait pas permis à la société Conrac de tenir compte de l'abaissement des exigences techniques modifiant l'objet du **marché** avant de déposer son offre du 28 mai 2008, sans rechercher comme elle y avait été invitée, si à la suite de cette première offre recevable du 28 mai 2008, la société Conrac n'avait pas été en mesure, dans le cadre de la procédure négociée, de prendre en compte l'ensemble des modifications du CCTP et de déposer in fine, en septembre 2008 une offre finale définitive correspondant alors parfaitement à l'objet du **marché**, le tribunal a privé sa décision de base légale au regard de l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-645 du **6 juin 2005** ;

2°/ que seuls les manquements de l'entité adjudicatrice à ses obligations ayant lésé le demandeur au recours peuvent être pris en compte pour apprécier le bien-fondé de la demande ; qu'en affirmant, pour accueillir les demandes de la société Conrac, qu'il y avait lieu d'apprécier les conséquences des modifications du CCTP, notamment pour le demandeur, et que la tardiveté des modifications prétendument substantielles du CCTP avaient pu dissuader certaines entreprises de se porter candidates, ce qui, en toute hypothèse, n'était pas le cas des demanderesse au recours, le tribunal a violé l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-645 du **6 juin 2005** ;

3°/ que les moyens de transmission des informations aux entreprises par l'entité adjudicatrice, sont librement choisis par celle-ci, sous la seule réserve qu'ils soient accessibles à tous les opérateurs et ne restreignent pas l'accès des candidats à la procédure d'attribution ; que les documents écrits peuvent être remplacés par la production d'un support physique électronique ou par un échange électronique ; qu'en affirmant, pour considérer que les entreprises postulantes n'avaient pas disposé du temps nécessaire pour prendre en compte des modifications apportées au CCTP qu'il importait peu qu'elles aient été informées des modifications substantielles du CCTP par des mails ou par réunions, dans la mesure où ce mode de transmission des informations ne peut pas remplacer un texte écrit et définitif sur lequel des bureaux d'études peuvent se pencher quelque jours surtout s'ils sont étrangers et qu'un tel document n'a été mis à la disposition des entreprises que la veille de la remise des offres, le tribunal qui a limité les moyens par lesquels l'entité adjudicatrice est fondée à transmettre des informations aux entreprises intéressées, a violé les articles 13 et 14 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ;

4°/ que les moyens utilisés par l'entité adjudicatrice pour transmettre les informations aux entreprises postulantes doivent être accessibles à tous et non discriminatoires ; qu'en considérant que la rédaction d'un texte écrit s'imposait d'autant plus lorsque les bureaux d'étude sont étrangers, le tribunal a, de nouveau, violé les articles 13 et 14 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ;

5°/ qu'il résulte des propres mentions du jugement attaqué que la candidature de société Conrac GMBH à l'attribution du **marché** négocié litigieux a été préparée par son mandataire, la société Conrac France membre du même groupe ; qu'en affirmant, pour accueillir la demande de la société Conrac GMBH, que les bureaux d'étude étaient étrangers, quand son dossier de candidature a été préparée par une société française, le tribunal a violé de plus fort les articles 13 et 14 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ;

6°/ qu'il résulte de l'article 2-5 du règlement de la consultation que la société "Aéroports de Paris se réserve le droit d'apporter au plus tard 7 jours avant la limite fixée pour la réception des offres, des modifications de détail au dossier de consultation" et que "les candidats devront alors répondre sur la base du dossier modifié sans pouvoir élever la moindre contestation à ce sujet" ; qu'en décidant que ce délai de sept jours n'avait pas été respecté dans la mesure où le CCTP n'avait en l'espèce été modifié que la veille du dépôt des offres peu important que la société ADP ait auparavant informé de ces modifications chacune des entreprises postulantes par mail ou par réunions, quand l'article 2-5 du règlement de la consultation ne prévoit pas que les modifications apportées au CCTP initial ne peuvent être prises en compte qu'à partir de leur insertion dans un CCTP modifié, le tribunal a dénaturé le document susvisé en violation de l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que si la société ADP a évoqué le fait que la société Conrac aurait pu adapter son offre pendant la procédure négociée, elle n'en a toutefois tiré aucun argument juridique quant à la possibilité pour celle-ci de se prévaloir de manquements se rapportant à une phase antérieure à la sélection de son offre ; que le tribunal n'avait pas à effectuer une recherche qui ne lui était pas demandée ;

Attendu, en second lieu, qu'après avoir relevé que les modifications apportées au CCTP étaient substantielles et concernaient non seulement le logiciel software mais aussi le hardware qui par nature demande beaucoup plus de temps pour

estimer le coût dans un sens ou dans l'autre des modifications demandées, le jugement retient que, même si les candidates ont été informées des modifications par mail ou par des réunions, le délai dans lequel ces modifications sont intervenues par écrit ont empêché les bureaux d'études des entreprises candidates de s'y pencher pendant plusieurs jours, ce dont il résulte que ce délai était insuffisant pour permettre à la société Conrac, comme aux autres candidates, d'adapter son offre aux nouvelles prescriptions du CCTP, ce qui était susceptible de la léser dans les négociations ultérieures ; qu'ainsi le tribunal, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les quatrième et cinquième branches a, sans dénaturer le règlement de la consultation, pu statuer comme il a fait ; D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

#### PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Aéroports de Paris aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer à la société Conrac GMBH et à la société Conrac France, la somme globale de 2 500 euros et rejette sa demande ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du huit décembre deux mille neuf.

Moyen produit par Me Le Prado, avocat aux Conseils, pour la société Mutuelle du Corps de Santé Français

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils pour la société Aéroports de Paris

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief au jugement attaqué d'avoir prononcé la suspension définitive de la signature du **marché** contesté et d'avoir, en conséquence, enjoint à la société ADP de se conformer à ses obligations issues de l'**ordonnance** du **6 juin 2005** et du décret du 20 octobre 2005, de reprendre la procédure de passation depuis l'avis de publicité en publiant un nouvel avis de publicité conforme au décret précité, de définir explicitement dans la lettre de consultation les modalités (conditions, bases et délais), de la négociation avec les candidats ainsi que le délai de validité des offres des candidats, de respecter les prescriptions contenues dans la lettre de consultation et d'interdire dans la lettre de consultation toute modification du dossier de consultation moins de sept jours avant la date limite de remise des offres, et ce dans un délai de 45 jours à compter la signification du présent jugement ;

AUX MOTIFS QUE, sur la compétence, le tribunal s'est déjà déclaré compétent, compte tenu de l'urgence, par une **ordonnance** du 31 octobre 2008 ; que l'exception soulevée par la société ADP sera déclarée irrecevable (?) ;

1°) ALORS QUE l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet d'un jugement et a été tranché sans restriction dans son dispositif ; que le dispositif de l'**ordonnance** du 31 octobre 2008 rendue en la forme des référés qualifie expressément celle-ci d'**ordonnance** avant-dire droit et réserve tous les moyens de fait et de droit, avant de préciser que la compétence du tribunal de commerce de Paris ne repose que sur l'urgence à ordonner la suspension provisoire de la signature du **marché** dans l'attente de la décision à intervenir après examen au fond du litige par une formation collégiale ; qu'en considérant pour déclarer irrecevable l'exception d'incompétence soulevée par la société ADP que cette question avait été précédemment tranchée par une **ordonnance** du 31 octobre 2008, le tribunal a violé l'article 1351 du Code civil, ensemble l'article 33 de l'**ordonnance** n° 200 5-1308 du **6 juin 2005** ;

2°) ALORS QUE les décisions de caractère provisoire sont dépourvues au principal de l'autorité de la chose jugée ; qu'en décidant, pour déclarer irrecevable l'exception de compétence soulevée par la société ADP que cette question avait été précédemment tranchée par une **ordonnance** du 31 octobre 2008, quand celle-ci n'avait reconnu la compétence du tribunal qu'à raison de l'urgence à ordonner la suspension provisoire de la signature du **marché**, le tribunal a, à nouveau, violé l'article 1351 du Code civil, ensemble l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-1308 du **6 juin 2005**.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief au jugement attaqué d'avoir prononcé la suspension définitive de la signature du **marché** contesté et d'avoir, en conséquence enjoint à la société ADP de se conformer à ses obligations issues de l'**ordonnance** du **6 juin 2005** et du décret du 20 octobre 2005, de reprendre la procédure de passation en publiant un nouvel avis de publicité conforme au décret précité, de définir explicitement dans la lettre de consultation les modalités (conditions, bases et délais), de la négociation avec les candidats ainsi que le délai de validité des offres des candidats, de respecter les prescriptions contenues dans la lettre de consultation et d'interdire dans la lettre de consultation toute modification du dossier de consultation moins de sept jours avant la date limite de remise des offres, et ce dans un délai de 45 jours à compter la signification du présent jugement ;

AUX MOTIFS QUE sur les violations de l'article 2-5 du règlement de la consultation et le manque de transparence invoqué, il n'est pas contesté que le délai de sept jours devant exister entre les modifications du CCTP et le délai minimum de remise de l'offre n'a pas été respecté ; que le 27 mai 2008 le CCTP était modifié alors que le délai de remise des offres expirait le 28 mai 2008 et qu'il importe donc de statuer sur l'importance des modifications qui y ont été apportées et leurs conséquences notamment pour le demandeur ; que le CCTP sur lequel ont travaillé les sociétés postulantes exigeait une carte PC industrielle intégrée dans l'écran et que le CCTP définitif autorisait une solution n'intégrant pas cette carte PC industrielle qu'il pouvait donc être accolée à l'écran ; qu'après avoir exigé une solution 100 % numérique, le CCTP définitif autorisait si besoin l'utilisation partielle de solutions analogiques ; qu'après avoir exigé quatre ports USB la possibilité qu'il n'y en est que 2 est offerte ; qu'après avoir exigé deux alimentations électriques indépendantes la possibilité de n'en utiliser qu'une est offerte ; qu'enfin, décision est prise que l'ensemble des pièces livrées devrait être équipé d'un système de codes barre fonctionnant avec le logiciel Puma ; que le fait que les sociétés postulantes aient été informées des modifications cidessus par des mails ou des réunions ne peut remplacer un texte écrit et définitif sur lequel des bureaux d'études peuvent se pencher quelque jours surtout s'ils sont étrangers ; que les modifications ci-dessus concernent non seulement le logiciel software mais aussi le hardware qui par nature demande beaucoup plus de temps pour estimer le coût dans un sens ou dans l'autre des modifications demandées ; que de l'aveu même de la société Aéroports de Paris si le premier CCTP ne permettait qu'à une seule société de postuler et que les modifications apportées en apportant plus de souplesse permettaient à d'autres sociétés de répondre à l'appel d'offres avec des solutions, moins performantes peut être, mais déjà utilisées dans d'anciens systèmes ; que l'accumulation des modifications dont bien sûr l'importance est inégale finit par modifier substantiellement la définition du produit sur laquelle la sélection des candidats a eu lieu ; que Conrac estime que les modifications introduites peuvent amener une réduction de prix de l'ordre de 25 % et que ce pourcentage n'apparaît nullement exagéré au tribunal ; qu'en procédant de la sorte la société Aéroports de Paris a pu même involontairement éliminer des sociétés qui auraient pu postuler dans le cadre du CCTP modifié et qui n'ont pas donné suite au vu du premier CCTP et qu'un tel manquement constitue une violation du principe de transparence ; que le tribunal constate que la société Aéroports de Paris a violé les dispositions de l'article 2-5 du règlement de la consultation et que le délai de sept jours devant exister entre les dernières modifications de détail au dossier de consultation et la date limite de réception des offres n'a pas été respectée ; que les modifications apportées sont substantielles en ce sens qu'elles ont modifié la définition technique du produit et son prix ; que sans estimer nécessaire de statuer sur les autres motifs invoqués par le demandeur, le tribunal ordonnera la suspension définitive de la signature du **marché** contesté et condamnera la société Aéroports de Paris dans les termes du dispositif ;

1°) ALORS QUE la société qui a été admise à concourir et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du **marché** ne peut pas se prévaloir de manquements se rapportant à une phase antérieure à la sélection de son offre ; qu'en se bornant à retenir, pour accueillir le recours de la société Conrac à raison de manquements commis par la société ADP dans une phase antérieure au dépôt des offres définitives, que la reprise dans un CCTP modifié la veille du dépôt des offres du 28 mai 2008, des ajustements techniques prétendument substantiels acceptés par la société ADP, dont les entreprises postulantes avaient déjà été informées par mail ou par réunions n'avait pas permis à la société Conrac de tenir compte de l'abaissement des exigences techniques modifiant l'objet du **marché** avant de déposer son offre du 28 mai 2008, sans rechercher comme elle y avait été invitée, si à la suite de cette première offre recevable du 28 mai 2008, la société Conrac n'avait pas été en mesure, dans le cadre de la procédure négociée, de prendre en compte l'ensemble des modifications du CCTP et de déposer in fine, en septembre 2008 une offre finale définitive correspondant alors parfaitement à l'objet du **marché**, le tribunal a privé sa décision de base légale au regard de l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-645 du **6 juin 2005** ;

2°) ALORS QUE seuls les manquements de l'entité adjudicatrice à ses obligations ayant lésé le demandeur au recours peuvent être pris en compte pour apprécier le bien-fondé de la demande ; qu'en affirmant, pour accueillir les demandes de la société Conrac, qu'il y avait lieu d'apprécier les conséquences des modifications du CCTP, notamment pour le demandeur, et que la tardiveté des modifications prétendument substantielles du CCTP avaient pu dissuader certaines entreprises de se porter candidates, ce qui, en toute hypothèse, n'était pas le cas des demanderesse au recours, le tribunal a violé l'article 33 de l'**ordonnance** n° 2005-645 du **6 juin 2005** ;

3°) ALORS QU'EN TOUTE HYPOTHESE les moyens de transmission des informations aux entreprises par l'entité adjudicatrice, sont librement choisis par celle-ci, sous la seule réserve qu'ils soient accessibles à tous les opérateurs et ne restreignent pas l'accès des candidats à la procédure d'attribution ; que les documents écrits peuvent être remplacés par la production d'un support physique électronique ou par un échange électronique ; qu'en affirmant, pour considérer que les entreprises postulantes n'avaient pas disposé du temps nécessaire pour prendre en compte des modifications apportées au CCTP qu'il importait peu qu'elles aient été informées des modifications substantielles du CCTP par des mails ou par réunions, dans la mesure où ce mode de transmission des informations ne peut pas remplacer un texte écrit et définitif sur lequel des bureaux d'études peuvent se pencher quelque jours surtout s'ils sont étrangers et qu'un tel document n'a

été mis à la disposition des entreprises que la veille de la remise des offres, le tribunal qui a limité les moyens par lesquels l'entité adjudicatrice est fondée à transmettre des informations aux entreprises intéressées, a violé les articles 13 et 14 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ;

4°) ALORS QUE les moyens utilisés par l'entité adjudicatrice pour transmettre les informations aux entreprises postulantes doivent être accessibles à tous et non discriminatoires ; qu'en considérant que la rédaction d'un texte écrit s'imposait d'autant plus lorsque les bureaux d'étude sont étrangers, le tribunal a, de nouveau, violé les articles 13 et 14 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ;

5°) ALORS QU' il résulte des propres mentions du jugement attaqué que la candidature de société Conrac GmbH à l'attribution du **marché** négocié litigieux a été préparée par son mandataire, la société Conrac France membre du même groupe ; qu'en affirmant, pour accueillir la demande de la société Conrac GmbH, que les bureaux d'étude étaient étrangers, quand son dossier de candidature a été préparée par une société française, le tribunal a violé de plus fort les articles 13 et 14 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 ;

6°) ALORS QU' il résulte de l'article 2-5 du règlement de la consultation que la société « Aéroports de Paris se réserve le droit d'apporter au plus tard 7 jours avant la limite fixée pour la réception des offres, des modifications de détail au dossier de consultation » et que « les candidats devront alors répondre sur la base du dossier modifié sans pouvoir élever la moindre contestation à ce sujet » ; qu'en décidant que ce délai de sept jours n'avait pas été respecté dans la mesure où le CCTP n'avait en l'espèce été modifié que la veille du dépôt des offres peu important que la société ADP ait auparavant informé de ces modifications chacune des entreprises postulantes par mail ou par réunions, quand l'article 2-5 du règlement de la consultation ne prévoit pas que les modifications apportées au CCTP initial ne peuvent être prises en compte qu'à partir de leur insertion dans un CCTP modifié, le tribunal a dénaturé le document susvisé en violation de l'article 1134 du Code civil.