

[Jurisprudence] L'office du juge judiciaire du référé contractuel atteint d'obésité morbide

Réf. : Cass. com., 5 juin 2024, n° 22-14.703, F-B [N° Lexbase : A14545GX](#)

N9816BZL



par **Elisabeth Fernandez Begault, Avocat associé, spécialiste en droit public et Romain Denilauler, Avocat à la Cour, cabinet Seban Occitanie**

le 02 Juillet 2024

Mots clés : référé contractuel • annulation du contrat • principe du contradictoire • unicité du contentieux • office du juge

Dans un arrêt rendu le 5 juin 2024, la Cour de cassation étend l'office du juge en matière de référé contractuel, en lui permettant d'annuler un contrat dont l'annulation n'avait pas sollicité. Elle y pose, toutefois, une maigre réserve, tenant au respect du principe du contradictoire.

La Région Bretagne avait confié au GIE Vigie ports l'acquisition d'une licence exclusive et le développement d'un logiciel de gestion de marchandises pour ses activités portuaires. Aux fins de ce contrat, le GIE, lui-même soumis au Code de la commande publique, a conclu deux marchés : un contrat de gré à gré avec la société 4SH portant sur la fourniture des codes sources du logiciel SIMAR, dont elle détenait les droits, d'une part, et un contrat d'achat de licence avec la société Infoport, laquelle détenait les droits d'exploitation dudit logiciel.

Une société tierce a assigné le GIE, acheteur, et la société 4SH, selon la procédure accélérée au fond, aux fins de voir prononcer l'annulation du contrat conclu entre les deux entités.

Il convient à ce stade de préciser que le contrat conclu entre le GIE et la société 4SH est un marché public de droit privé. Suivant les dispositions de l'article L. 6 du Code de la commande publique [N° Lexbase : L4463LRQ](#), les marchés publics conclus en application dudit code sont des contrats administratifs s'ils sont passés par des personnes morales ; *a contrario*, et sauf exception, les marchés publics conclus par un acheteur personne privée sont des marchés publics de droit privé.

La qualification de contrat de droit privé emporte l'application d'un régime contentieux particulier ; les litiges afférents à la passation et à l'exécution de ces contrats relèvent de la compétence du juge judiciaire, et plus précisément, de certains tribunaux judiciaires, désignés, conformément aux dispositions des articles L. 211-14 [N° Lexbase : L7730LPY](#) et D. 211-10-2 [N° Lexbase : L1631LS9](#) du Code de l'organisation judiciaire, à l'annexe VIII-II dudit code.

Le contentieux propre à la passation des marchés publics de droit privé est régi par les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relatives aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique [N° Lexbase : L1548IE3](#), tant pour le référé précontractuel (articles 2 à 10) que pour le référé contractuel (article 11 à 21). La procédure est menée, devant le juge judiciaire, selon la procédure accélérée au fond, en application des articles 481-1 [N° Lexbase : L2319LUG](#), 839 [N° Lexbase : L8609LYI](#) et 1441-1 [N° Lexbase : L2332LUW](#) à 1441-3-1 du Code de procédure civile.

Au cas d'espèce, le référé contractuel, dirigé contre le marché conclu entre le GIE et la société 4SH, a donc été porté devant le tribunal judiciaire de Bordeaux. Ce dernier a annulé non seulement le marché passé entre le GIE et la société 4SH, mais également celui qui liait l'acheteur à la société Infoport, alors même que l'annulation de ce dernier n'avait été sollicitée par aucune des parties.

Les décisions du juge judiciaire en matière de référé précontractuel et de référé contractuel sont rendues en dernier ressort (comme prévu par l'article 1441-1, alinéa 3, du Code de procédure civile). L'acheteur s'est donc pourvu directement en cassation.

La Cour de cassation considère qu'il était loisible au juge du référé contractuel d'annuler, d'office, un contrat dont l'annulation ne lui avait pas été demandée :

« Selon l'article 16, alinéa 1^{er}, de cette ordonnance, 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. Selon l'article 19 de la même ordonnance, les mesures mentionnées aux articles 15 à 18 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire. Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière. / 7. Il résulte de l'application combinée de ces textes que le juge du recours contractuel peut, sous réserve de respecter le principe de la contradiction, annuler d'office un contrat dont l'annulation ne lui a pas été demandée ».

L'office du juge judiciaire en matière de référé contractuel est manifestement atteint d'obésité, puisque le juge se trouve à même d'avalier, dans le cadre d'une procédure relative à un marché donné, un autre marché, d'office et sans que cela ne lui ait été demandé par l'une des parties.

Il est vrai que la matière se prête aux décisions *ultra petita*. Il est relativement commun, par exemple, que le juge, judiciaire comme administratif, prononce l'annulation de la procédure de passation alors que le demandeur en sollicite la suspension ; que le juge prononce l'annulation du contrat, quand le demandeur n'en demandait que la résiliation. Ces ajustements ne modifient pas, cependant, l'objet du recours, qui porte sur un même contrat et/ou une même consultation. En d'autres termes, il est, traditionnellement, considéré que le juge du référé précontractuel ou contractuel est lié par le contrat ou la consultation dont il connaît la critique, mais qu'il reste libre du sort à réserver à ce contrat ou cette consultation, par l'usage des différents pouvoirs qui lui sont conférés par les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009.

La décision commentée s'affranchit de cette distinction, en englobant dans la liberté conférée au juge l'objet même du litige. Si la Cour fait, toutefois, ses meilleurs efforts pour lier les deux marchés en cause, et in fine, considérer qu'ils participent d'une seule et même opération, ce qui pourrait passer pour une manière d'intégrer, clopin-clopant, les deux contrats au sein d'un même litige, il n'en reste pas moins que, du point de vue de la commande publique, il s'agit bien de deux marchés distincts, passés selon deux consultations distinctes, et sur un objet distinct.

La Cour de cassation pose une réserve, tenant au principe du respect de la contradiction.

Cette réserve l'amène à casser le jugement entrepris, au motif que le titulaire du marché annulé d'office par le juge, n'avait pas été attrait à la cause. L'on notera, au passage, que cette cassation intervient au visa de l'article 14 du code de procédure civile, qui rappelle un principe général de respect du contradictoire. D'autres fondements, spécifiques à la matière concernée, auraient pu être convoqués, tels que l'article 19 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 (« Les mesures mentionnées aux articles 15 à 18 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire. /Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière ») ou l'article 1441-1, alinéa 2, du Code de procédure civile (« Le juge qui envisage de prendre d'office une des mesures prévues aux articles 3, 6 et 15 à 18 de cette ordonnance doit, au préalable, inviter les parties à présenter leurs observations »).

Le respect du contradictoire paraît, cependant, une bien faible réserve, au regard de l'insécurité juridique générée par le principe dégagé par la Cour de cassation. Sans compter que la nécessité d'appeler une nouvelle partie en cours de procédure ne manquera pas d'allonger encore la durée de la procédure, eu égard aux règles de la procédure civile.

L'article 5 du [projet de loi de simplification de la vie économique](#), en première lecture au Sénat, avait prévu de modifier l'article L. 6 du Code de la commande publique, pour étendre la qualification de contrats administratifs à tous les marchés publics conclus par un acheteur soumis au Code, y compris les acheteurs personnes privées.

Cette modification aurait permis d'unifier le contentieux, en le rapatriant auprès du juge administratif. Outre les mérites habituellement prêtés à l'unicité du contentieux, dont notamment le risque d'une divergence de jurisprudence entre juge administratif et juge judiciaire (et le cas d'espèce est un exemple militant, tant il est vrai que la juridiction administrative n'aurait, selon toute probabilité, pas étendu ainsi l'office du juge en matière de référé contractuel), cela aurait également le mérite de ne plus appliquer la procédure civile, qui est peu adaptée à la matière.

Quel impact dans la pratique ?

Dans le cadre des recours en référé dans le cadre de marché public de droit privé devant le juge judiciaire, les décisions paraissent très contestables et la procédure est bien longue lorsqu'il faut bloquer la signature du marché, la liste des tribunaux compétents en commande publique est peu connue des acheteurs privés.

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable