

Cour de cassation, 3^{ème} ch. civile, 12 mars 2014, n° 13-11183, Sté Jaffre c./ Sté Atland et Sté Atland Lanester Arcibia **** Décision commentée

E-RJCP - mise en ligne le 22 août 2014

Thèmes :

- Consultation de contrat de travaux passé par un organisme privé d'habitation de construction (art. L. 433-1 et R. 433-5 du code de la construction et de l'habitation, ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005).
- Devis retenu valant accord sur la chose et le prix engageant les parties (art. 1134 du Code civil).
- Juge pouvant apprécier l'intérêt général du maître de l'ouvrage à ne pas donner suite à la présente consultation tenant notamment à l'équilibre financier prévisionnel de l'opération et à son impact sur le résultat d'exploitation de l'entreprise tel qu'énoncé au règlement particulier de consultation.
- La résiliation du contrat prononcée aux torts exclusifs des maîtres d'ouvrage.
- Juge pouvant souverainement apprécier la réalité et l'importance du préjudice à indemniser à l'entrepreneur dont le contrat a irrégulièrement résilié.

Résumé :

1. Un organisme privé d'habitation de construction et de gestion de logements sociaux a lancé un appel d'offres régi par les articles L. 433-1 et R. 433-5 du code de la construction et de l'habitation, donc soumis aux dispositions 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 le 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 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

2. Le règlement particulier de consultation précisait en son article 3 : « A tout moment en cours d'appel d'offres et jusqu'à la signature des marchés par les entreprises, le maître d'ouvrage se réserve le droit de ne pas donner suite à la présente consultation pour des raisons d'intérêt général tenant notamment à l'équilibre financier prévisionnel de l'opération et à son impact sur le résultat d'exploitation de l'entreprise. Aucune indemnité ne

pourra être versée à un candidat, même s'il a été avisé que son offre a été retenue, et même en cas d'études complémentaires »

Par courrier la société gérante de la SCI maître de l'ouvrage a accepté le devis de l'entrepreneur.

Il résulte de l'ensemble des éléments du dossier que les deux sociétés avaient volontairement entretenu une confusion sur leur rôle qui ne permettait pas d'exclure la qualité de maître d'ouvrage de la société gérante.

Ce courrier constitue un **accord sur la chose et le prix engageant les parties**, en application de l'article 1134 du Code civil qui dispose que « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. / Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. / Elles doivent être exécutées de bonne foi. »

La cour d'appel a pu **apprécier souverainement l'intérêt général** et retenir que les **maîtres d'ouvrage** étaient **mal fondés** à invoquer cette disposition du règlement particulier de consultation. En effet :

- les **modifications** du projet, notamment par la réduction du nombre d'emplacements de stationnement et la création d'une rampe, même si elles avaient nécessité le dépôt d'une demande de permis de construire modificatif, n'étaient **pas substantielles** ou de nature à affecter l'**équilibre financier** de l'opération, puisque le dernier devis de l'entrepreneur retenu après adaptations était d'un **montant inférieur** à son devis initialement arrêté ;

- **aucune** pièce du dossier n'établissait l'existence d'un **second appel d'offres** et aucun courrier ou mail adressé à l'entrepreneur retenu n'y faisait allusion ;

- les devis successifs présentés par l'entrepreneur retenu étaient établis sur la base des **mêmes prix que celui d'origine**, les seuls postes modifiés correspondant aux changements du projet ;

La preuve n'était **pas** rapportée que l'entrepreneur retenu aurait **renoncé à sa désignation** dont il avait été l'objet dans le courrier retenant son devis d'origine.

La résiliation du contrat doit donc être prononcée aux **torts exclusifs des maîtres d'ouvrage**.

3. La **cour d'appel** a **souverainement apprécié la réalité et l'importance du préjudice**.

La cour d'appel a pu chiffrer le préjudice à la somme de 280.000 € TTC, estimant que l'entrepreneur réclamant la somme de 395.182,32 € TTC n'avait d'une part pas justifié des frais allégués pour 5.620 € HT et d'autre part que le montant du bénéfice calculé sur une marge brute de 39,1 % apparaissait excessif.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Dans cette affaire, la Cour de cassation a indemnisé l'entrepreneur dont le devis avait été accepté par le maître de l'ouvrage à la suite d'une procédure d'appel d'offres passé en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et le décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 (transposition du droit européen des marchés publics pour les non-ressortissants du Code des marchés publics), estimant que le contrat a été irrégulièrement résilié en l'absence d'intérêt général qui justifierait de ne pas ne donner suite au devis retenu.

En l'espèce, la Cour de cassation poursuit la même logique que le juge administratif, qui lui permet d'apprécier si le motif d'intérêt général est de nature à justifier la décision de l'administration de ne pas donner suite au marché et de ne pas signer le marché, et de déterminer le montant de l'éventuelle indemnisation du candidat lésé dont l'offre avait été choisie.

Cette jurisprudence nationale est conforme à la jurisprudence communautaire qui estime que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres, et donc de ne pas lui donner une suite, doit pouvoir faire l'objet d'une procédure de recours et pouvoir être annulée par le juge national au motif qu'elle a violé le droit communautaire en matière de marchés publics ou les règles nationales transposant ce droit (CJCE du 18 juin 2002, affaire C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik Planungs contre Gesellschaft mbH (HI) et Stadt Wien* «Hospital Ingénieur-Krankenhausstechnik Planungs»).

Ce retrait peut être notamment justifié par le fait que l'autorité adjudicatrice aurait commis une erreur de procédure lui imposant de la relancer (CJCE le 16 octobre 2003, affaire C-244/02, *Kauppatalo Hansel Oy et Imatran kaupunki*), ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire.

Si l'entreprise est victime du classement sans suite de son offre sur le fondement d'un « motif d'intérêt général » irrégulier, elle est en droit d'être indemnisée de son manque à gagner (CAA de Marseille, 25 mai 2007, n° 04MA00093, *Département de la Haute-Corse* - mon commentaire sous E-RJCP n° 45 du 18 février 2008), comme dans le cas ici jugé par la Cour de cassation.

On notera néanmoins une particularité de raisonnement du juge administratif qui estime que « *lorsque*

l'administration informe un soumissionnaire que son offre est acceptée, cette décision ne crée pour l'attributaire aucun droit à la signature du marché ; que par suite, le soumissionnaire dont l'offre a été retenu ne peut, pour critiquer la décision par laquelle l'administration a renoncé à conclure un marché pour un motif d'intérêt général, faire valoir utilement qu'il était titulaire d'un droit dont la méconnaissance par l'administration lui ouvrirait droit à indemnisation » (CAA de Lyon, 15 décembre 2011, n° 10LY02078, *SARL TECHNIC ELEC*).

Ainsi, la CAA de Bordeaux a pu estimé qu'un candidat « *ne pouvait se croire titulaire* » d'un marché lorsqu'il a été informé que son offre avait été retenue par la commission d'appel d'offres « *en l'absence d'un contrat signé* » (6 mars 2007, n° 04BX00948 et 04BX01559, *Office Public d'Aménagement et de construction (OPAC) des Hautes-Pyrénées* - mon résumé sous E-RJCP n° 11 du 2 avril 2007).

Le juge administratif recherche ensuite l'éventuelle responsabilité du pouvoir adjudicateur, non sur la nature contractuelle de la notification de l'offre retenue, mais sur la nature de la faute qu'il aurait éventuellement commise.

En effet, contrairement aux contrats passés par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, le Code des marchés public impose à son article 81 une notification des marchés « *Sauf dans le cas de l'échange de lettres prévu au 1° du II de l'article 35* ^[marché négocié pour urgence impérieuse], *les marchés et accords-cadres d'un montant supérieur à 15 000 euros HT sont notifiés avant tout commencement d'exécution.* »

Ainsi, en application de ce Code des marchés publics, pour tous les marchés de seuil dépassant 15 000 euros HT non passés par marché négocié pour urgence impérieuse, la notification d'une offre retenue ne peut donc être considérée comme un accord sur la chose et le prix engageant les parties.

C'est pourquoi pour ces marchés publics, le juge administratif, au contraire du juge judiciaire pour les contrats relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, ne considère pas l'acceptation de l'offre du candidat retenu comme constituant à elle seul un accord contractuel, au sens de l'article 1134 du Code civil, si cette acceptation de l'offre n'est pas suivie de la notification du marché et donc de la signature de celui-ci.

Cela n'empêche pas le juge administratif de rechercher la faute du pouvoir adjudicateur sur le terrain de la responsabilité quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle de ne pas avoir donné suite à l'acceptation du candidat et d'indemniser le préjudice subi par l'entreprise initialement retenue. Ce raisonnement est aussi proche de celui opéré par le juge judiciaire lorsque ce dernier

sanctionne la rupture fautive ou abusive de pourparlers (sur cette notion, je vous renvoie à mon commentaire détaillé dans E-RJCP n° 3 du 29 janvier 2007, sous l'arrêt Cour de cassation, 9 janvier 2007, n° 05-14365, *Société d'économie mixte La Madeleine (SAIEM)*).

Il faut aussi remarquer que si selon le second alinéa de l'article 11 du Code des marchés publics « *Pour les marchés passés selon les procédures formalisées, l'acte d'engagement et, le cas échéant, les cahiers des charges en sont les pièces constitutives* », cette disposition n'existe pas pour les ressortissants de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Pour ces derniers, un simple devis accepté peut donc valablement constituer un contrat, si les éléments du dossier de consultation n'imposent pas d'autres pièces spécifiques, tel qu'un acte d'engagement.

Lorsque le classement sans suite est fondé sur un motif d'intérêt général valable, le juge administratif, a dans un premier temps exclu en principe toute indemnisation d'un préjudice à indemniser au candidat concerné ; si le candidat a néanmoins été incité par le pouvoir adjudicateur à exécuter les travaux avant la signature du marché, le candidat retenu ne pouvait justifier d'un préjudice à indemniser que s'il avait réellement commencé cette exécution (CAA de Nancy, 19 avril 2007, n° 04NC01074, SA Beauvallet c/ Département de la Haute-Marne, mon commentaire sous E-RJCP n° 18 du 31 mai 2007).

Puis dans un second temps, le juge administratif, a reconnu que le candidat lésé par cette décision de ne pas donner suite pouvait avoir droit au remboursement des frais de constitution de son dossier de candidature et d'offre si la raison du classement sans suite résultait d'une procédure de consultation irrégulièrement lancée par le pouvoir adjudicateur, tout en excluant son application si le candidat a ensuite réitéré son offre dans les mêmes conditions dans le cadre d'un second appel d'offres (CAA de Lyon précité, 15 décembre 2011, n° 10LY02078), ou lorsque le candidat a proposé une offre pour l'attribution d'un marché alors qu'il connaissait l'irrégularité relevée, et en a d'ailleurs alerté le pouvoir adjudicateur, commettant ainsi une imprudence de nature à exonérer totalement la responsabilité du pouvoir adjudicateur (CAA de Marseille, 4 juin 2012, n° 09MA04827, *Cabinet MPC AVOCATS*).

Si la faute de l'administration résulte de décisions commises après la notification de l'acceptation de l'offre du candidat, le juge administratif donne droit à l'indemnisation du manque à gagner de ce candidat (CAA de Marseille, 25 mai 2007, n° 04MA00093, *Département de la Haute Corse*, mon commentaire sous E-RJCP n° 45 du 18 février 2008 - administration ayant renoncé à la conclusion du marché au motif qu'il ne pouvait être transmis au service préfectoral chargé du contrôle de la légalité des actes des collectivités territoriales, et notifié, dans le délai de validité des

offres, alors qu'il appartenait à l'administration de prendre les mesures nécessaires pour que les délais de procédure soient respectés).

On notera également que le juge pénal a jugé que le classement sans suite d'une consultation pour des raisons illégitimes, telle la volonté d'éliminer le candidat retenu en imposant par la suite des critères de sélection plus stricts afin d'exclure ce candidat lors des relances de la consultation, relève du délit dit « de favoritisme » réprimé par l'article 432-14 du Code pénal (Cour de cassation, chambre criminelle, 12 décembre 2007, n° 07-80177, « maire de Cazères », mon commentaire sous E-RJCP n° 49 du 28 mars 2008).

Les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, qui ne seraient pas cités dans la liste des personnes concernées par de ce délit de favoritisme, tel le cas apparemment dans cette affaire des sociétés maîtres d'ouvrage, pourraient alors se voir poursuivies par le juge pénal non sur le terrain du délit dit « de favoritisme », mais sur le terrain du délit d'entente anticoncurrentielle (articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce), selon la même pratique judiciaire que le délit de favoritisme (CA de Douai, 6ème chambre correctionnelle, 27 octobre 2005, n° 05/00646). L'article L. 420-6 du Code de commerce instaure pour ce délit une peine deux fois plus lourde que celle prononcée en matière de délit dit de « favoritisme » : « *Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2...* »

*
**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000028733173>

Cour de cassation chambre civile 3

Audience publique du mercredi **12 mars 2014**

N° de pourvoi : 13-11183

Non publié au bulletin Rejet

M. Terrier (président), président, SCP Boré et Salve de Bruneton, SCP Bouleuz, avocat(s)

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

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

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 12 décembre 2012), que la société Jaffre, estimant que le devis du 31 mars 2008, d'un montant de 2 320 000 euros, qu'elle avait établi pour la réalisation du lot gros oeuvre d'un projet de construction de trois bâtiments de logements collectifs, avait été accepté, le 5 mai 2008, par les sociétés Atland et Atland Lanester Arcibia, maîtres de l'ouvrage, qui n'avaient pas donné suite à leur engagement, les a assignées en indemnisation ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Atland et la société Atland Lanester Arcibia, **maîtres de l'ouvrage, font grief à l'arrêt de prononcer la résiliation d'un marché de travaux**, prétendument conclu le 5 mai 2008 au profit de la société Jaffre, à **leurs torts exclusifs et de les condamner à payer la somme de 280 000 euros** à la société Jaffre, alors, selon le moyen :

1° que la clause d'un règlement de consultation organisant une procédure d'appel d'offres en matière de marchés de travaux, qui stipule que, jusqu'à signature du marché, le maître d'ouvrage se réserve le droit de ne pas donner suite à la procédure, est opposable à l'attributaire ; qu'en l'espèce, **la cour d'appel, qui a énoncé que le courrier du 5 mai 2008 de la société Atland caractérisait un accord sur la chose et le prix engageant les parties**, quand ce courrier se bornait à déclarer la société Jaffre attributaire du marché « terrassements - gros oeuvre », sans créer de droit à son profit, puisque l'article 4.3 du règlement particulier de consultation stipulait que, jusqu'à signature du marché, le maître d'ouvrage pouvait déclarer la procédure sans suite, a violé **les articles 1134 du code civil, L. 433-1, R. 433-5 du code de la construction et de l'habitation, ensemble le 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 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics ;

2° que la poursuite de négociations sur le montant d'un marché et sur l'objet caractérise le fait qu'aucun accord ferme n'est intervenu ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a estimé que le courrier du 5 mai 2008 avait engagé la société Atland à l'égard de la société Jaffre, quand les négociations s'étaient ensuite poursuivies entre les parties quant au prix du marché, ce qui avait donné lieu à l'établissement de pas moins de quatre nouveaux devis de la part de la candidate à l'attribution du marché, a violé l'article 1134 du code civil ;

3° que la clause d'un règlement de consultation permettant à un maître d'ouvrage de déclarer la procédure d'appel d'offres sans suite pour un motif d'intérêt général, n'est pas potestative ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a énoncé le contraire, concernant l'article 4.3 du règlement particulier de consultation opposable à la société Jaffre, a violé l'article 1134 du code civil ;

4° que les juges du fond ne peuvent dénaturer les termes clairs et précis des actes dont ils sont saisis ; qu'en l'espèce, la cour d'appel qui, saisie de l'application de l'article 4.3 du règlement particulier de consultation ouvrant la possibilité au maître d'ouvrage de déclarer la procédure d'appel d'offres sans suite « *pour des raisons d'intérêt général tenant notamment à l'équilibre financier prévisionnel de l'opération et à son impact sur le résultat d'exploitation de l'entreprise* », a énoncé que les sociétés Atland ne pouvaient se prévaloir d'aucun motif général, car les modifications du projet de construction dont elles s'étaient prévaluées pour abandonner la procédure de consultation « n'étaient pas de nature à affecter l'équilibre financier de l'opération », quand l'article 4.3 n'était pas limitatif, le bouleversement de l'équilibre financier de l'opération ne constituant qu'un exemple de motif d'intérêt général qui pouvait être invoqué par les sociétés Atland, a dénaturé les termes clairs et précis de cette clause, en violation de l'article 1134 du code civil ;

5° que la clause qui permet à un maître d'ouvrage de construction de logements sociaux de déclarer sans suite une procédure de consultation doit être justifiée par un **motif d'intérêt général, lequel ne se réduit généralement pas, dans les règlements applicables aux procédures de consultation, à un bouleversement de l'équilibre financier de l'opération** ; qu'en

l'espèce, la cour d'appel, qui a réduit [NDLA : *probablement « déduit » et non « réduit »*] le motif d'intérêt général susceptible de justifier, au sens de l'article 4.3 du règlement particulier de consultation opposable à la société Jaffre, l'abandon de la procédure d'appel d'offres à un bouleversement de l'équilibre financier de l'opération, sans s'expliquer sur un autre motif d'intérêt général résultant de la nécessité d'adapter le projet à la construction de logements sociaux destinés au parc locatif d'HLM qui doivent répondre à des spécifications particulières avait été invoqué par les maîtres de l'ouvrage, a privé sa décision de base légale au regard l'article 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la clause 4-3 du règlement particulier de consultation prévoyait la **possibilité pour le maître d'ouvrage de déclarer la procédure d'appel d'offres sans suite " pour des raisons d'intérêt général tenant notamment à l'équilibre financier prévisionnel de l'opération et à son impact sur le résultat d'exploitation de l'entreprise "**, la cour d'appel, qui a pu en déduire, abstraction faite d'un motif erroné mais surabondant et sans dénaturation, qu'il convenait de vérifier si, en l'espèce, l'intérêt général justifiait que les maîtres de l'ouvrage ne donnent pas suite à la retenue de l'offre de la société Jaffre, a, appréciant souverainement cet intérêt, pu retenir que ces derniers étaient mal fondés à invoquer l'article 4-3 et a légalement justifié sa décision de ce chef ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que la cour d'appel a **souverainement apprécié la réalité et l'importance du préjudice** ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Atland et la société Atland Lanester Arcibia aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du douze mars deux mille quatorze.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Bouleuz, avocat aux Conseils, pour les sociétés Atland et Atland Lanester Arcibia

PREMIER MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt **infirmatif attaqué d'avoir prononcé la résiliation d'un marché de travaux, prétendument conclu** le 5 mai 2008 au profit d'une attributaire (la société JAFFRE), aux torts exclusifs des maîtres d'ouvrage (les sociétés ATLAND et ATLAND LANESTER ARCIBIA) et d'avoir condamné la société ATLAND SAS et la société ATLAND LANESTER ARCIBIA à payer la somme de 280.000 € à la société JAFFRE ;

AUX MOTIFS QUE la société JAFFRE faisait valoir l'existence d'un contrat conclu le 5 mai 2008 avec la société ATLAND en raison de l'acceptation par celle-ci de son devis du 31 mars 2008 constituant un accord sur la chose et le prix ; qu'elle soutenait que les modifications apportées ultérieurement à son devis ne constituaient que des adaptations aux changements non substantiels apportés au projet d'origine et, en aucun cas, une

participation à un second appel d'offres dont elle n'avait pas été informée ; que l'article 3 du règlement particulier de consultation était nul comme étant une clause léonine et potestative ne dépendant que du bon vouloir de la société ATLAND ; que la société ATLAND soutenait qu'elle n'avait jamais eu la qualité de maître d'ouvrage, qu'elle n'était intervenue dans l'opération qu'en qualité de dirigeant de la société ATLAND DEVELOPPEMENT, elle-même gérante de la SCI ATLAND LANESTER ARCIBIA, maître d'ouvrage ; que la société ATLAND LANESTER ARCIBIA indiquait être seule concernée par le litige en sa qualité de maître d'ouvrage de l'opération sur les bâtiments B et C, le bâtiment A relevant de la maîtrise d'ouvrage de la société AIGUILLON LES AJONCS ; que, cependant, force était de relever que la SAS ATLAND était intervenue directement à plusieurs reprises dans le cadre de l'opération sans qu'il soit indiqué qu'elle agissait pour le compte de la société ATLAND LANESTER ARCIBIA ; qu'ainsi, c'était sur son papier à en-tête et par son directeur technique qu'elle avait confirmé sa désignation à la société JAFFRE, le 5 mai 2008 ; que, par ailleurs, son nom était mentionné à plusieurs reprises en qualité de maître d'ouvrage : la société CETRAC maître d'oeuvre avait lancé un appel d'offres à son nom et celui de la société AIGUILLON LES AJONCS ; que les devis étaient établis à son nom ; que des rendez-vous étaient pris (5/03/08) et de nombreux mails étaient échangés entre ses techniciens (BROSSOLET, VENIARD) et la société JAFFRE ou la société CETRAC ; que le marché finalement conclu avec MODICOM, le 26 novembre 2008, mentionnait « ATLAND SAS » en qualité de maître d'ouvrage et était signé sous le tampon « SCI ATLAND LANESTER ARCIBIA » ; qu'en conséquence, même si la SCI ATLAND LANESTER ARCIBIA prétendait être la seule concernée, et si c'était par un courrier à en-tête au nom de celle-ci que la société JAFFRE avait été informée de ce qu'elle n'était finalement pas retenue, il résultait de l'ensemble des éléments du dossier que les deux intimés avaient volontairement entretenu une confusion sur leur rôle qui ne permettait pas d'exclure la qualité de maître d'ouvrage de la société ATLAND ; qu'il était constant que le contrat naît de la rencontre des consentements des parties sur la chose à laquelle elles s'obligent réciproquement ; qu'en l'espèce, il n'était pas contestable que, par son courrier du 5 mai 2008, la SAS ATLAND avait donné son accord à la société JAFFRE pour sa désignation pour le lot gros-oeuvre du programme selon devis estimatif du 31 mars 2008 ; que cet accord sur la chose et le prix était constitutif, en soi, d'un engagement contractuel qui obligeait les parties, même si les modalités d'exécution n'avaient pas été définies ; que les sociétés intimées opposaient la clause 3 du « Règlement Particulier de Consultation » et faisaient valoir qu'à la suite du rachat du bâtiment C par la société LES AJONCS, des transformations importantes avaient dû être apportées au projet avec demande de permis de construire modificatif, en raison du changement de la destination de ce bâtiment en logements sociaux, qu'il s'en était suivi un second appel d'offres et que la société JAFFRE, qui n'était pas la moins-disante, n'avait pas été retenue ; que le **règlement particulier de consultation** précisait en son article 3 : « **A tout moment en cours d'appel d'offres et jusqu'à la signature des marchés par les entreprises, le maître d'ouvrage se réserve le droit de ne pas donner suite à la présente consultation pour des raisons d'intérêt général tenant notamment à l'équilibre financier prévisionnel de l'opération et à son impact sur le résultat d'exploitation de l'entreprise. Aucune indemnité ne pourra être versée à un candidat, même s'il a été avisé que son offre a été retenue, et même en cas d'études complémentaires** » ; qu'il n'était pas contestable que le règlement dans le cadre duquel le devis de la société JAFFRE avait été émis était, par principe, opposable à la société JAFFRE ; que, néanmoins, sauf à considérer que par cet article le maître d'ouvrage se donnait la possibilité, à son gré et sans contrôle ni contrepartie, de rompre ses engagements nés de la retenue de l'offre, ce qui aurait pour effet de rendre la clause potestative et par là non écrite, il convenait de vérifier si, en l'espèce, « l'intérêt général » justifiait que le maître d'ouvrage ne

donne pas suite à la retenue de la société JAFFRE ; qu'il ressortait du dossier que la société AIGUILLON LES AJONCS, maître d'ouvrage pour le bâtiment A, avait acquis en l'état futur d'achèvement le bâtiment C destiné à devenir un immeuble de logements sociaux ; qu'il en serait résulté, d'après les intimées, des modifications du projet, notamment par la réduction du nombre d'emplacements de stationnement et la création d'une rampe d'accès dans le bâtiment A, justifiant un second appel d'offres ; que, néanmoins, même si elles avaient nécessité le dépôt d'une demande de permis de construire modificatif, il n'était pas démontré que ces modifications étaient substantielles, ni qu'elles étaient de nature à affecter l'équilibre financier de l'opération, puisque le dernier devis de la société JAFFRE après adaptations était d'un montant inférieur au devis initialement arrêté en mai 2008 ; qu'enfin, aucune pièce du dossier n'établissait l'existence d'un second appel d'offres et aucun courrier ou mail adressé à la société JAFFRE n'y faisait allusion ; qu'il résultait de l'étude des devis successifs présentés par l'appelante que ceux-ci étaient établis sur la base des mêmes prix que celui du 31 mars 2008, les seuls postes modifiés correspondant aux changements du projet ; qu'en conséquence, la preuve n'était pas rapportée que la société JAFFRE aurait renoncé à la désignation dont elle avait été l'objet le 5 mai 2008 ; qu'il résultait de l'ensemble de ces éléments que les sociétés intimées étaient mal fondées à invoquer l'article 3 précité pour justifier la résiliation du contrat conclu le 5 mai 2008 par la confirmation de la désignation de la société JAFFRE pour le lot gros-oeuvre de l'opération ; que la résiliation du contrat devait donc être prononcée à leurs torts exclusifs ;

1°) **ALORS QUE** la clause d'un règlement de consultation organisant une procédure d'appel d'offres en matière de marchés de travaux, qui stipule que, jusqu'à signature du marché, le maître d'ouvrage se réserve le droit de ne pas donner suite à la procédure, est opposable à l'attributaire ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a énoncé que le courrier du 5 mai 2008 de la société ATLAND caractérisait un accord sur la chose et le prix engageant les parties, quand ce courrier se bornait à déclarer la société JAFFRE attributaire du marché « terrassements - gros oeuvre », sans créer de droit à son profit, puisque l'article 4.3 du règlement particulier de consultation stipulait que, jusqu'à signature du marché, le maître d'ouvrage pouvait déclarer la procédure sans suite, a violé les articles 1134 du code civil, L 433-1, R 433-5 du Code de la construction et de l'habitation, ensemble le 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 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics ;

2°) **ALORS SI TEL N'EST PAS LE CAS QUE** la poursuite de négociations sur le montant d'un marché et sur l'objet caractérise le fait qu'aucun accord ferme n'est intervenu ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a estimé que le courrier du 5 mai 2008 avait engagé la société ATLAND à l'égard de la société JAFFRE, quand les négociations s'étaient ensuite poursuivies entre les parties quant au prix du marché, ce qui avait donné lieu à l'établissement de pas moins de quatre nouveaux devis de la part de la candidate à l'attribution du marché, a violé l'article 1134 du Code civil ;

3°) **ALORS QUE** la clause d'un règlement de consultation permettant à un maître d'ouvrage de déclarer la procédure d'appel d'offres sans suite pour un motif d'intérêt général, n'est pas potestative ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a énoncé le contraire, concernant l'article 4.3 du règlement particulier de consultation opposable à la société JAFFRE, a violé l'article 1174 du Code civil ;

4°) **ALORS QUE** les juges du fond ne peuvent dénaturer les termes clairs et précis des actes dont ils sont saisis ; qu'en l'espèce, la cour d'appel qui, saisie de l'application de l'article 4.3 du règlement particulier de consultation ouvrant la possibilité au maître d'ouvrage de déclarer la procédure d'appel d'offres sans suite « pour des raisons d'intérêt général tenant notamment à l'équilibre financier prévisionnel de l'opération et à son impact sur le résultat d'exploitation de l'entreprise », a énoncé que les sociétés ATLAND ne pouvaient se prévaloir d'aucun motif général, car les modifications du projet de construction dont elles s'étaient prévaluées pour abandonner la procédure de consultation « n'étaient pas de nature à affecter l'équilibre financier de l'opération », quand l'article 4.3 n'était pas limitatif, le bouleversement de l'équilibre financier de l'opération ne constituant qu'un exemple de motif d'intérêt général qui pouvait être invoqué par les sociétés ATLAND, a dénaturé les termes clairs et précis de cette clause, en violation de l'article 1134 du Code civil ;

5°) **ALORS SI TEL N'EST PAS LE CAS QUE** la clause qui permet à un maître d'ouvrage de construction de logements sociaux de déclarer sans suite une procédure de consultation doit être justifiée par un motif d'intérêt général, lequel ne se réduit généralement pas, dans les règlements applicables aux procédures de consultation, à un bouleversement de l'équilibre financier de l'opération ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a réduit le motif d'intérêt général susceptible de justifier, au sens de l'article 4.3 du règlement particulier de consultation opposable à la société JAFFRE, l'abandon de la procédure d'appel d'offres à un bouleversement de l'équilibre financier de l'opération, sans s'expliquer sur un autre motif d'intérêt général résultant de la nécessité d'adapter le projet à la construction de logements sociaux destinés au parc locatif d'HLM qui doivent répondre à des spécifications particulières avait été invoqué par les exposantes, a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1134 du Code civil ;

SECOND MOYEN DE CASSATION :

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt attaqué d'avoir condamné in solidum les sociétés ATLAND et ATLAND LANESTER ARCIBIA à régler à la société JAFFRE la somme de 280.000 € TTC, pour résiliation abusive d'un marché de travaux ;

AUX MOTIFS QUE la société JAFFRE chiffrait le préjudice résultant de cette résiliation à la somme de 395.182,32 € TTC qui correspondrait au bénéfice qu'elle aurait tiré de l'exécution de son contrat pour 324.800 € HT et aux frais exposés pour 5.620 € HT ; qu'il n'était pas justifié des frais allégués et le montant du bénéfice calculé sur une marge brute de 39,1 % apparaissait excessif ; qu'il y avait lieu de chiffrer le préjudice à la somme de 280.000 € TTC ;

1°) **ALORS QUE** le candidat à un appel d'offres évincé après attribution du marché ne peut prétendre qu'à la réparation intégrale de son préjudice ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a indemnisé la société JAFFRE sur la base de devis concernant non seulement les bâtiments B et C dont la société ATLAND était maîtresse d'ouvrage, mais aussi le bâtiment A pour lequel elle n'avait pas cette qualité, a violé l'article 1147 du Code civil ;

2°) **ALORS QUE** le défaut de réponse à conclusions équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui a chiffré le préjudice subi par la société JAFFRE en fonction du bénéfice que celle-ci escomptait retirer du marché proposé par les sociétés ATLAND, sans répondre aux conclusions des exposantes ayant fait valoir que l'appelante avait reconnu avoir ensuite traité d'autres marchés en lieu et place de celui qu'elle escomptait obtenir des intimées, ce qui réduisait d'autant son préjudice, a violé l'article 455 du Code de procédure civile..