

**Fiche n° 1**  
**LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS I :**  
**LES RECOURS D'URGENCE (avant et après la signature du contrat)**

**BIBLIOGRAPHIE**

- BERBARI (M.) *et al.*, *La pratique des référés contractuels*, Paris, Le Moniteur, 2004, 277 p.  
CASSIA (P.), « Coup d'arrêt au référé précontractuel », *AJDA* 2008, pp. 2374-2378.  
Dossier « Contentieux des contrats publics », *AJDA* 2011, pp. 308-329.  
BOULOUIS (N.), « Fasc. 55 : référés en matière de contrats publics », *Juris-Classeur Justice administrative*, 8 février 2012.  
BRACONNIER (S.), « Elargissement des moyens invocables en référé précontractuel », *RDI* 2015, p. 581.  
BERTHON (G.), « La suspension juridictionnelle du contrat administratif entre 'référé suspension' et 'référé contractuel' », *RFDA* 2009, p. 1215.  
LLORENS (F.), « Les conséquences de la nullité des marchés publics et des délégations de service public », *CJEG* 2002, p. 571.  
MARTIN (J.), « L'élaboration du régime du référé précontractuel par le juge administratif », *D.* 2005, p. 2732.  
POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, 598 p.  
POUYAUD (D.), « Recours pour excès de pouvoir des tiers et contrats publics », *BJDCP* 1999, n° 3, p. 238.  
SYMCHOWICZ (N.), PROOT (P.), « Développements jurisprudentiels récents autour de la nullité des contrats publics », *BJDCP* 2008, p. 150.

**RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

- Référence 1 :** Ccass. Ch. Com., 6 décembre 2016, n°15-26414  
**Référence 2 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 24 mai 2017, Ville de Paris  
**Référence 3 :** CE, 24 mai 2017, Ville de Paris, n°407047  
**Référence 4 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 26 juin 2018 ADEME  
**Référence 5 :** CE, 26 juin 2018, ADEME, n°401321

**DÉCISIONS DU CORPUS**

- CE, 4 août 1905, Martin,  
CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires du quartier de Croix de Seguey-Tivoli,  
CE, 1<sup>er</sup> octobre 1993, Société Le Yacht-Club international de Bormes-Les-Mimosas,  
CE Sect., 7 octobre 1994, Epoux Lopez,  
CE Ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg,  
CE Sect., 3 novembre 1995, CCI de Tarbes et des Hautes-Pyrénées,  
CE Ass., 10 juillet 1996, Cayzeele,  
CE Sect., 30 octobre 1998, Ville de Lisieux,  
CE Sect., 26 mars 1999, Sté Hertz France,  
CE Sect., 20 octobre 2000, Société Citécâble-est,  
CE, 10 décembre 2003, Institut de recherche pour le développement,  
CE, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation,  
CE Sect., 28 décembre 2009, Commune de Béziers,  
CE, 21 février 2011, Société Ophrys, communauté agglomération Clermont-Ferrand,  
CE Ass., 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne

**EXERCICES SUGGÉRÉS :**

**Épreuve théorique : dissertation**

- *Le juge des référés et le contrat administratif*

## **Épreuve pratique : le ministère de l'intérieur et la société MARGOULIN**

### Faits :

Le ministère de l'intérieur a lancé, sur la plateforme des achats de l'État : PLACE, le 7 janvier 2018 un appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché public portant sur le nettoyage de plusieurs sites pour une durée de quatre ans.

La PME MARGOULIN a déposé le 18 février 2018 une offre dématérialisée pour le lot n°3 dont l'objet est le nettoyage de la préfecture de Marseille. Le 15 avril, le pouvoir adjudicateur a informé la société du rejet de son offre au motif que l'acte d'engagement n'était pas signé électroniquement. Suite à une indiscretion du cabinet du préfet, la société MARGOULIN obtient des documents démontrant que son offre est moins disante que celle de la société HONET qui a été retenue et qu'elle aurait obtenu le marché sans son éviction.

Cette dernière décide de déposer le 25 avril devant le tribunal administratif de Marseille un référé précontractuel sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative (CJA). La société n'a pas transmis le recours au pouvoir adjudicateur.

Le tribunal administratif, par l'intermédiaire de l'application « télérecours » à laquelle est inscrite le ministère, a transmis le référé précontractuel le 26 avril 2018 à 9h. A 12h le même jour, le pouvoir adjudicateur - dans l'ignorance du dépôt du référé du fait de l'absence du correspondant télérecours de la sous-direction achat - a signé avec la société HONET le contrat correspondant au lot n°3.

Le 4 mai 2018, la société requérante s'est désistée du référé précontractuel et a introduit le même jour un référé contractuel demandant l'annulation du contrat sur le fondement de l'article L. 551-13 du CJA. Elle soutient que la signature électronique apposée sur les documents de son offre était valide et se prévaut d'un rapport de vérification attestant sa conformité à la réglementation en vigueur. Sollicité sur ce dernier point, la société qui réalise la maintenance applicative de PLACE ne vous a fourni aucun élément d'explication permettant d'expliquer pourquoi l'acte d'engagement est apparu comme dépourvu de signature valide.

En tant que juriste dans la sous-direction du contentieux du ministère on vous pose les questions suivantes :

### Questions :

1/ Le référé contractuel est-il recevable ? Pour ce faire vous devrez d'abord calculer la computation du délai de standstill, son articulation avec le délai de l'article L. 551-4 du CJA, puis les conséquences juridiques de l'absence du correspondant télérecours et de la non-transmission de la requête par la société requérante.

2/ Le référé contractuel, à supposer qu'il soit recevable, peut-il prospérer au fond ? Vous rappellerez d'abord le fonctionnement de la charge de la preuve. Ensuite, vous envisagerez quels types d'arguments vous permettront de défendre le ministère.

3/ A supposer que le juge annule le contrat, vous évalueriez les conséquences indemnitaires. Vous rappellerez les principes qui permettent d'engager la responsabilité de l'administration puis les préjudices dont pourrait se prévaloir la société HONET sachant que le contrat est exécuté depuis 4 mois sans aucune difficulté.

**Référence 1 :** Ccass. Ch. Com., 6 décembre 2016, n°15-26414

Attendu, selon l'ordonnance attaquée, rendue en la forme des référés par le président d'un tribunal de grande instance, que l'association Hôpital Saint-Joseph de Marseille (l'association), qui gère les activités de la fondation du même nom, a lancé, le 23 décembre 2014, un appel d'offres pour « l'externalisation de l'activité d'anatomo et cytologie pathologiques » ; que la société Prado pathologie, la société Civatte - Crebassa - de Fromont - Mathoulin-Portier - Vacheret, la société des docteurs Jean-Claude Poluzzi et Philippe Roux, la société des docteurs Evelyne Pellegrin et Fabienne Martin et la société des docteurs Sophia Gompel et Marianne Tortel (les requérants) ont présenté une offre commune, qui n'a pas été retenue ; que l'association leur ayant notifié ce rejet par une lettre du 1er juin 2015, puis ayant refusé de leur communiquer les informations complémentaires qu'ils demandaient, ils ont saisi le juge des référés précontractuels, afin qu'il soit ordonné à l'association d'indiquer les caractéristiques et avantages de l'offre retenue, et de communiquer le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres, et en demandant qu'en tout état de cause, la procédure de mise en concurrence, ainsi que la décision de la commission de sélection soient annulées et qu'il soit enjoint à l'association de reprendre l'intégralité de cette procédure, en faisant notamment connaître aux candidats potentiels l'intégralité des critères et sous-critères qui seraient mis en oeuvre pour l'attribution du marché ;

Sur le second moyen :

Attendu que les requérants font grief à l'ordonnance de rejeter leurs demandes tendant, d'une part, à la condamnation sous astreinte de l'association à se conformer à son obligation d'information du candidat évincé incluant les motifs détaillés du rejet, les caractéristiques et avantages de l'offre retenue et les motifs ayant conduit au choix de l'offre retenue en fournissant au débat le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres et, d'autre part, à l'annulation de l'ensemble de la procédure de mise en concurrence et de la décision de la commission de sélection des offres alors, selon le moyen :

1°/ que dès lors que le pouvoir adjudicateur a procédé au choix de l'attributaire du marché et a informé les autres candidats du rejet de leur offre, le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres sont définitifs et ne peuvent être regardés comme des documents préparatoires non achevés ; qu'en jugeant le contraire, le juge des référés précontractuels a violé les articles 1 et 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal ;

2°/ qu'en vertu de l'article 3 l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, le juge peut prendre les mesures provisoires tendant à ce qu'il soit ordonné à la personne morale responsable du manquement de se conformer à ses obligations ; qu'à ce titre, le juge des référés précontractuels peut ordonner la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché de nature à établir la violation par le pouvoir adjudicateur de ses obligations en matière de publicité et de mise en concurrence ; qu'en jugeant qu'il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'ordonner la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché, le président du tribunal de grande instance a méconnu son office et

violé l'article 3 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

3°/ que l'obligation mise à la charge du candidat évincé, de rapporter la preuve parfaite de la partialité du pouvoir adjudicateur est contraire au principe d'effectivité et à l'exigence d'un recours efficace posés à l'article 1er § 1 de la directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 ; qu'en énonçant, pour rejeter le recours des requérantes, que celles-ci n'avaient pas démontré l'existence de sous-critères tenus secrets, le juge a violé l'article 2 de l'ordonnance 2009-515 du 7 mai 2009, interprété à la lumière de l'article 1er § 1 de la directive 89/665 du Conseil du 21 décembre 1989 ;

Mais attendu, en premier lieu, que l'ordonnance retient exactement qu'il n'entre pas dans l'office du juge des référés précontractuels d'ordonner la communication de documents relatifs à la procédure de passation du marché, tels que le rapport de présentation des offres et le procès-verbal de la commission de sélection des offres ;

Et attendu, en second lieu, que, sous le couvert du grief non fondé de violation de la loi, le moyen ne tend, en sa troisième branche, qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par le président du tribunal de grande instance, des éléments de preuve qui lui étaient soumis ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en sa première branche, qui critique des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 46 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, en sa rédaction applicable en la cause ;

Attendu que pour rejeter l'ensemble des demandes formées par les requérants, y compris celle tendant à la communication du prix de l'offre retenue, l'ordonnance retient que le courrier envoyé par l'association aux requérants le 1er juin 2015 indique clairement le classement des offres, le nom de la société attributaire et les notes respectivement obtenues pour chaque critère par les requérants et la société attributaire et en déduit que l'obligation d'information du candidat évincé a ainsi été pleinement remplie ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'acheteur soumis aux règles de la commande publique doit communiquer aux candidats dont l'offre a été écartée pour un autre motif que son caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue et notamment, dans le cadre d'un appel d'offres mettant en oeuvre des critères de sélection fondés sur cet élément, son prix, sauf à établir, ce qui n'était pas invoqué en l'espèce, qu'une telle divulgation serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial, serait contraire à l'intérêt public, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, le président du tribunal de grande instance a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, sauf en ce qu'elle rejette la demande de la société Prado pathologie, de la société Civatte - Crebassa - de Fromont - Mathoulin-Portier - Vacheret, de la société des docteurs Jean-Claude Poluzzi et Philippe Roux, de la société des docteurs Evelyne Pellegrin et Fabienne Martin et de la société des docteurs Sophia Gompel et Marianne Tortel tendant à obtenir communication du rapport de présentation des offres et du procès-verbal de la commission de sélection des offres, et en ce qu'elle statue sur les dépens, l'ordonnance rendue le 21 septembre 2015,

entre les parties, par le président du tribunal de grande instance de Marseille ; remet, en conséquence, sur les autres points, 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 Lyon ;

Condamne l'association Hôpital Saint-Joseph de Marseille aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Prado pathologie, la société Civatte - Crebassa - de Fromont - Mathoulin-Portier - Vacheret, la société des docteurs Jean-Claude Poluzzi et Philippe Roux, la société des docteurs Evelyne Pellegrin et Fabienne Martin et la société des docteurs Sophia Gompel et Marianne Tortel la somme globale de 3 000 euros ;

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 partiellement 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 six décembre deux mille seize.

**Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 24 mai 2017 Ville de Paris**

L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira de nouveau à choisir entre des approches objective et subjective dans l'application des règles de recevabilité du référé contractuel. Elle se pose dans une configuration inédite.

Au terme d'une procédure concurrentielle avec négociation en vue de l'attribution d'un marché à bons de commandes portant sur la fourniture de petits véhicules utilitaires, la ville de Paris a notifié au groupement constitué des sociétés Concepts et collectivités, Services et équipements et Proconcept 2 roues, le rejet de son offre en l'informant d'un délai de suspension de la signature du contrat de 11 jours, soit jusqu'au 15 novembre 2016. Elle a cependant signé le marché la veille de cette date. Le 18 novembre, les sociétés membres du groupement évincé ont formé un référé précontractuel devant le TA de Paris, qui a été rejeté comme irrecevable en raison de la signature du contrat. Elles ont alors, le 14 décembre, saisi la même juridiction d'un référé contractuel. Par une ordonnance du 4 janvier 2017 contre laquelle la ville de Paris se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté les demandes tendant à la suspension ou à l'annulation des contrats et infligé à la ville une amende de 10 000 euros en application de l'article L. 551-20 du CJA, à titre de sanction pour avoir méconnu ses obligations en matière de suspension de la signature du contrat.

Le premier moyen est tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant recevable le référé contractuel alors que, dans les circonstances de l'espèce, la méconnaissance du délai de suspension que le pouvoir adjudicateur avait notifié au candidat évincé n'avait pas eu pour effet de le priver de la possibilité d'effectuer un référé précontractuel puisqu'il l'a formé au-delà de ce délai.

Rappelons que le référé contractuel n'est ouvert au demandeur dont le référé précontractuel a été rejeté comme irrecevable du fait de la conclusion du contrat que lorsque celle-ci est intervenue en méconnaissance des règles de suspension de la signature du contrat qui s'imposaient au pouvoir adjudicateur ou lorsqu'il ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce

recours. La méconnaissance des règles de suspension de la signature du contrat peut résulter de l'absence de notification de ce délai de suspension (10 novembre 2010, Ets public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer), n° 340944, aux T ; 24 juin 2011, Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines et société Seni, n° 346746, aux T ; 30 novembre 2011, Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon, n° 350788, 350792, au Recueil sur un autre point), de la notification d'un délai irrégulier, car inférieur au minimum légal (17 juin 2015, sté Proxiserve, n° 388457, aux T) ainsi, bien entendu, que de la signature du contrat alors que le juge du référé précontractuel est saisi (art L. 551-14 ; 17 octobre 2016, Min de la défense c/ Sté Tribord, n° 400791, aux T ; 14 février 2017, sté des eaux de Marseille, n° 403614, aux T).

Il ne fait aucun doute qu'en l'espèce le pouvoir adjudicateur a méconnu son obligation de s'abstenir de signer le marché pendant le délai de suspension qu'il avait indiqué au candidat évincé puisqu'il l'a fait un jour avant son expiration.

Mais il ne fait guère plus de doutes que cette méconnaissance n'a pas privé le candidat évincé de la possibilité de former utilement un référé précontractuel puisqu'il ne l'a fait qu'après l'expiration du délai notifié par le pouvoir adjudicateur, à une date à laquelle ce dernier aurait en tout état de cause pu avoir régulièrement signé le marché depuis trois jours.

L'approche objective, qui consiste à s'en tenir à la constatation de la méconnaissance pour admettre la recevabilité du référé contractuel, a pour principal avantage la simplicité, laquelle n'est pas à négliger dans un dispositif dont ce n'est pas la caractéristique la plus évidente. Elle a également un effet dissuasif de nature à inciter les pouvoirs adjudicateurs à veiller à respecter les délais qu'ils ont indiqué. Cet objectif n'est pas étranger au régime du référé contractuel : comme le souligne l'exposé des motifs de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 relative aux recours en matière de passation des marchés publics, « Afin de prévenir toute violation grave de l'obligation de délai de suspension et de suspension automatique, qui sont des conditions indispensables pour qu'un recours soit efficace, il convient que des sanctions effectives soient appliquées ». L'article L. 551-20 du CJA dispose ainsi que « dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ». La pénalité financière doit être infligée lorsqu'en l'absence de manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence il n'y a pas lieu d'annuler le contrat (30 nov 2011, Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon, n° 350788, au rec). La formulation très objective de cette disposition peut inciter à la rigueur.

De telles considérations vous ont déjà conduits à adopter des solutions qui pouvaient sembler sévères : vous avez ainsi jugé, pour admettre la recevabilité du référé contractuel, qu'un pouvoir adjudicateur n'avait pas correctement informé le candidat évincé de la procédure de passation d'une délégation de service public en lui notifiant un délai de suspension selon les règles applicables aux marchés publics, alors même qu'elles sont plus contraignantes (25 octobre 2013, Cne de La Seyne-sur-Mer, n° 370393, aux T sur ce point ; 23 janvier 2017, sté Decremps BTP, aux T).

Vous avez également refusé de tenir compte de la date à laquelle le marché avait été effectivement signé et le référé précontractuel formé, dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur avait notifié

un délai inférieur au minimum réglementaire. Cette seule circonstance a suffi à rendre recevable le référé contractuel, alors même que le pouvoir adjudicateur avait attendu l'expiration du délai légal pour signer le contrat et que le référé précontractuel avait été formé après l'expiration de ce délai légal minimum (17 juin 2015, sté Proxiserve, n° 388457, aux T).

Ces raisons ne nous paraissent cependant pas conduire nécessairement à faire prévaloir une approche objective dans le cas de figure qui vous est soumis aujourd'hui.

En premier lieu, il est très différent des précédents que nous avons cités. La rigueur de la jurisprudence Cne de la Seyne-sur-Mer s'explique par votre volonté de ne pas demander au juge du référé de s'interroger en présence de manquements à des règles sur l'éventualité d'une application de règles de portée équivalente, ce qui n'est jamais simple. La solution de la décision sté Proxiserve s'explique par le fait que le délai minimum posé par le législateur n'est pas un délai par défaut, qui s'appliquerait en l'absence de délai fixé par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier doit toujours le fixer lui-même, sans même pouvoir se borner à renvoyer au texte (29 juin 2012, société Signature, n° 357617, inédite).

Par conséquent, la circonstance que le pouvoir adjudicateur ait, dans les faits, respecté ce délai minimum, ne réduisait en rien l'irrégularité qu'il avait commise en fixant un délai inférieur à ce délai légal. Vous ne pouviez dès lors considérer que le candidat évincé n'avait été privé d'aucun droit en formant un recours après ce délai réglementaire dès lors que ce délai ne lui aurait jamais été opposable, seul celui fixé par le pouvoir adjudicateur pouvant l'être.

En l'espèce, le candidat évincé a été régulièrement informé d'un délai conforme aux exigences de l'article 99 du décret du 25 mars 2016. Dans ce cas, ce n'est pas une irrégularité de l'information sur le délai de suspension qui a pu le priver de la possibilité de former utilement un référé précontractuel, mais, éventuellement, la signature anticipée du marché qui rend irrecevable le référé précontractuel. S'il a déposé son recours dans le délai, en l'occurrence le dernier jour, cette signature anticipée le prive de la totalité du délai auquel il avait droit, lui ouvrant la voie du référé contractuel. Mais, dès lors qu'il a formé son recours plusieurs jours après l'expiration du délai, il nous semble que ce n'est pas cette signature anticipée qui l'a empêché de le faire utilement, mais son absence de diligence. Si le pouvoir adjudicateur avait signé le marché le lendemain, alors qu'aucun recours n'avait été formé, cette signature aurait été régulière et aurait rendu irrecevable le recours contractuel déposé postérieurement.

Tenir ainsi compte du caractère en tout état de cause tardif du référé précontractuel pour neutraliser le caractère prématuré de la signature du contrat nous paraît une solution équilibrée, qui assure l'efficacité des recours juridictionnels sans faire preuve d'une rigueur excessive et par conséquent injustifiée.

Tout d'abord, elle ne réduit en rien les garanties que représente pour les candidats évincés le dispositif de suspension de la signature du contrat puisque le référé contractuel leur sera toujours ouvert s'ils ont formé leur recours dans le délai conforme aux dispositions réglementaires qui leur a été régulièrement notifié. Il leur sera également ouvert, comme vous l'avez jugé par vos décisions précitées, lorsque ce délai n'était pas conforme ou ne leur a pas été régulièrement notifié. S'ils ont été dissuadés de former un référé précontractuel dans le délai parce qu'ils ont eu connaissance de la signature prématurée du contrat qui rendait inutile un référé précontractuel, ils formeront directement un référé contractuel qui sera alors recevable. Mais ce cas de figure devrait être rare, les requérants ayant le plus souvent connaissance

de la signature du contrat par le mémoire en défense à leur référé précontractuel.

Ensuite, elle répond aux objectifs du référé contractuel, qui vise à offrir une voie de recours aux candidats évincés qui n'ont pu former utilement un référé précontractuel du fait d'une méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses obligations de suspension de la signature du contrat. Or, dans le cas de figure qui est celui qui nous occupe, la cause de l'échec du référé précontractuel n'est en réalité pas le manquement du pouvoir adjudicateur mais le fait qu'il a été formé tardivement.

Enfin, elle procède d'un pragmatisme qui a toujours animé votre jurisprudence. Elle n'affaiblit pas l'effet dissuasif de la pénalité financière prévue par l'article L. 551-20 du CJA, qui restera due lorsque le référé contractuel sera recevable mais qu'il n'y a pas eu de manquements. Ce n'est que dans des cas comme ceux de la présente espèce, où la signature un jour avant l'expiration du délai résulte très probablement davantage d'une erreur de computation du délai que d'une volonté de priver le requérant de son droit au recours, et qui n'a eu aucune incidence sur ce dernier, que l'irrecevabilité du référé contractuel lui épargnera une amende. La directive recours n'impose pas aux Etats d'infliger une pénalité financière pour tout manquement aux obligations de suspension. Elle ouvre au contraire à leurs instances un large pouvoir d'appréciation pour tenir compte de tous les facteurs pertinents (art 2 sexes), qui peut donc jouer dès l'appréciation de la recevabilité du recours.

Précisons pour être parfaitement clair que cette solution ne doit pas être étendue au-delà du cas particulier du recours introduit postérieurement au délai de suspension régulièrement notifié. Il ne s'agit aucunement d'apprécier la recevabilité du référé contractuel à l'aune de ses chances de succès.

Le seul inconvénient que nous voyons finalement à cette solution est d'être d'application moins simple que l'approche objective, car le juge ne pourra pas se contenter de constater une signature prématurée du marché, mais devra aussi vérifier que le recours a été introduit postérieurement au délai régulièrement notifié sans que cette tardiveté soit imputable à la signature du marché.

Mais la complexité résultant de la souplesse que nous vous proposons d'introduire dans l'application des règles est limitée : le juge aura simplement à constater que le référé précontractuel a été formé postérieurement au délai de suspension pour neutraliser une signature prématurée, sauf à ce que le requérant soutienne qu'il a formé son recours après le délai car il savait que la signature prématurée le privait de la possibilité de le faire utilement dans les jours du délai qui restaient à courir après cette signature. Mais il aura alors logiquement formé directement un référé contractuel, qui sera recevable.

Si vous nous suivez, vous ferez droit au moyen du pourvoi, puisque l'auteur de l'ordonnance attaquée a fondé la recevabilité du référé contractuel sur la seule circonstance que le marché avait été conclu durant le délai de suspension, sans tenir compte du fait que le recours avait été introduit postérieurement à ce délai.

Réglant l'affaire au titre de la procédure de référé, vous jugerez que le groupement évincé, qui a introduit un référé précontractuel postérieurement au délai de suspension qui lui avait été régulièrement notifié et qui ne soutient pas avoir été privé de la possibilité de l'introduire utilement dans le délai du fait de la signature prématurée du marché, n'est pas recevable à former un référé contractuel.

Si vous ne nous suivez pas, il vous faudra tout de même casser l'ordonnance attaquée, rendue irrégulièrement, le juge n'ayant pas, comme le prévoit l'article L. 521-1 du CJA, préalablement informé les parties qu'il était susceptible d'infliger une pénalité financière.

Sur le fond, le seul objet du litige est cette pénalité financière, aucun manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence n'étant reproché à la ville de Paris. Les sociétés requérantes contestaient uniquement l'absence de notification de la conclusion du marché, qu'au demeurant aucune disposition n'impose.

Comme vous l'avez indiqué par votre décision précitée Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon, le juge du référé constatant un manquement à l'obligation de ne pas signer le contrat doit prononcer, en l'absence de tout autre manquement, au moins une pénalité financière, dont le montant dépend de la nature et l'ampleur de la méconnaissance constatée, de ses conséquences pour l'auteur du recours, du comportement du pouvoir adjudicateur ainsi que du montant et de la durée du contrat en cause. En l'espèce, la méconnaissance consistant à avoir signé le contrat la veille de l'expiration du délai de suspension est certaine mais elle est très probablement involontaire et n'a eu aucune conséquence pour l'auteur du recours. Une pénalité symbolique nous paraît être la juste sanction de cette erreur. Vous pourrez donc condamner la ville de Paris à une amende de 100 euros. Ce qui montre bien que, dans un tel cas de figure, l'enjeu d'un contentieux ne le vaut pas et qu'il est préférable de l'arrêter au stade de la recevabilité.

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée ;
- Rejet du référé contractuel ;
- Vous pourrez en revanche, dans les circonstances de l'espèce, rejeter également les conclusions de la ville de Paris au titre des frais exposés dans cette instance.

**Référence 3 :** CE 24 mai 2017, Ville de Paris, n°407047

Vu la procédure suivante :

La société Concepts et Collectivités, la société Services et Equipements " Urbacar " et la société Proconcept 2 roues ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, d'une part, la suspension de l'exécution des lots n°s 1 et 2 du marché à bons de commande portant sur la fourniture de véhicules utilitaires conclu le 14 novembre 2016 entre la ville de Paris et, respectivement, la société Le Poids lourds 92 et la société Matériel et Appareillage Mécanique, et, d'autre part, l'annulation de ces contrats ou, à titre subsidiaire, leur résiliation.

Par une ordonnance n° 1621533 du 4 janvier 2017, le juge des référés de ce tribunal a rejeté cette demande et infligé à la ville de Paris une pénalité financière de 10 000 euros à verser au Trésor public, sur le fondement de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Par un pourvoi sommaire et deux mémoires complémentaires, enregistrés les 20 janvier, 3 février et 14 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la ville de Paris demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance en tant qu'elle lui a infligé une

pénalité financière de 10 000 euros ;

2°) réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, de rejeter le surplus de la demande de la société Concepts et Collectivités, de la société Services et Equipements " Urbacar " et de la société Proconcept 2 roues ;

3°) de mettre à la charge solidaire des sociétés Concepts et Collectivités, Services et Equipements " Urbacar " et Proconcept 2 roues la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée qu'après l'échec d'une procédure d'appel d'offres, la ville de Paris a engagé, par lettre du 10 juin 2016, une procédure concurrentielle avec négociation en vue de l'attribution d'un marché à bons de commande portant sur la fourniture de petits véhicules utilitaires, en deux lots ; que le groupement d'entreprises composé de la société Concepts et Collectivités, de la société Services et Equipements " Urbacar " et de la société Proconcept 2 roues a déposé une offre pour ces deux lots ; que par courrier du 4 novembre 2016, la ville de Paris l'a informé du rejet de ses offres et de l'attribution des deux lots à la société Le Poids Lourds 92 et à la société Matériel et Appareillage Mécanique ; que la société Concepts et Collectivités, la société Services et Equipements " Urbacar " et la société Proconcept 2 roues ont saisi le 18 novembre 2016 le juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant notamment à l'annulation de la procédure de passation du marché ; que leur référé précontractuel a été rejeté comme irrecevable, les contrats relatifs aux deux lots en cause ayant été signés le 14 novembre 2016, avant la saisine du juge des référés précontractuels ; que les sociétés requérantes ont alors demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, l'annulation des contrats en cause ou, à titre subsidiaire, leur résiliation ; que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté la demande des sociétés mais a infligé d'office une pénalité financière de 10 000 euros à la ville de Paris, à verser au Trésor public ; que la ville de Paris se pourvoit en cassation contre cette ordonnance en tant qu'elle lui a infligé une pénalité financière ;

Sur l'ordonnance attaquée :

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section " ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 du même code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé

à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours “ ; qu’aux termes de l’article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : “ II. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, l’acheteur, dès qu’il décide de rejeter une candidature ou une offre, notifiée à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre en lui indiquant les motifs de ce rejet. / Lorsque cette notification intervient après l’attribution du marché public, elle précise, en outre, le nom de l’attributaire et les motifs qui ont conduit au choix de son offre. Elle mentionne également la date à compter de laquelle l’acheteur est susceptible de signer le marché public dans le respect des dispositions du I de l’article 101 “ ; que l’article 101 de ce même décret dispose : “ I. - Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, un délai minimal de onze jours est respecté entre la date d’envoi de la notification prévue au deuxième alinéa du II de l’article 99 et la date de signature du marché public par l’acheteur. Ce délai minimal est porté à seize jours lorsque cette notification n’a pas été transmise par voie électronique “ ;

3. Considérant qu’il résulte des dispositions qui précèdent que, s’agissant des marchés passés selon une procédure formalisée, sont seuls recevables à saisir le juge d’un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice n’a pas communiqué la décision d’attribution aux candidats non retenus ou n’a pas observé, avant de signer le contrat, un délai de onze jours après cette communication, ainsi que ceux qui ont engagé un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice n’a pas respecté l’obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du code de justice administrative ou ne s’est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé ;

4. Considérant qu’il ressort des énonciations de l’ordonnance attaquée que la ville de Paris s’est engagée, dans le courrier du 4 novembre 2016 par lequel elle a notifié au mandataire du groupement composé de la société Concepts et Collectivités, de la société Services et Equipements “ Urbacar “ et de la société Proconcept 2 roues le rejet de ses offres portant sur les lots n° 1 et n° 2, à respecter un délai minimum de onze jours entre la date d’envoi de ce courrier et la date de signature du contrat ; que les sociétés requérantes n’ont, toutefois, introduit un référé précontractuel que le 18 novembre 2016, soit trois jours après l’expiration de ce délai ; qu’en jugeant recevable le référé contractuel au seul motif que la signature du marché était intervenue le 14 novembre 2016, soit la veille de l’expiration du délai de onze jours, et que la ville n’avait pas respecté le délai qu’elle s’était imposé, alors que, eu égard à la date à laquelle les sociétés avaient introduit leur référé précontractuel, cette seule circonstance ne pouvait suffire à les avoir empêchées d’introduire utilement leur référé précontractuel, même si elles n’avaient pas été informées de la signature du marché, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu’il soit besoin d’examiner les autres moyens du pourvoi, la ville de Paris est fondée à demander l’annulation de l’article 2 de l’ordonnance attaquée, qui lui a infligé une pénalité financière de 10 000 euros ;

5. Considérant que, dans les circonstances de l’espèce, il y a lieu, en application des dispositions de l’article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l’affaire au titre de la procédure de référé engagée, dans la mesure de l’annulation prononcée ;

Sur la recevabilité du référé contractuel :

6. Considérant qu’ainsi qu’il a été dit au point 4, la société

Concepts et Collectivités, la société Services et Equipements “ Urbacar “ et la société Proconcept 2 roues ont saisi le tribunal administratif de Paris d’un référé précontractuel après l’expiration du délai de onze jours que la ville de Paris leur avait régulièrement notifié ; qu’alors même que la ville de Paris a signé le contrat la veille de l’expiration de ce délai, les sociétés requérantes, qui n’ont intenté un référé précontractuel que trois jours après l’expiration de ce délai et qui ne soutiennent pas avoir été empêchées de saisir le juge du référé précontractuel durant ce délai du fait du comportement du pouvoir adjudicateur, n’ont pas été privées de la possibilité de saisir utilement le juge du référé précontractuel ; que, par suite, elles n’étaient pas recevables à saisir le juge d’un référé contractuel ; que, dès lors, leur demande présentée sur le fondement des dispositions de l’article L. 551-13 de ce code ne peut qu’être rejetée ;

7. Considérant qu’il y a lieu, dans les circonstances de l’espèce, de mettre à la charge de la société Concepts et Collectivités, de la société Services et Equipements “ Urbacar “ et de la société Proconcept 2 roues la somme de 1 000 euros chacune à verser à la ville de Paris, au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative ;

D E C I D E :

-----

Article 1er : L’article 2 de l’ordonnance du 4 janvier 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Paris est annulé.

Article 2 : La demande présentée par la société Concepts et Collectivités, la société Services et Equipements “ Urbacar “ et la société Proconcept 2 roues devant le juge des référés du tribunal administratif de Paris est rejetée.

Article 3 : La société Concepts et Collectivités, la société Services et Equipements “ Urbacar “ et la société Proconcept 2 roues verseront à la ville de Paris la somme de 1 000 euros chacune au titre de l’article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la ville de Paris.

**Référence 4 : Conclusions sur CE, 26 juin 2018, ADEME**

Vous avez depuis longtemps admis qu’une personne publique puisse recourir au juge administratif pour lui demander de prendre à l’encontre de son cocontractant des mesures propres à le contraindre à exécuter ses obligations contractuelles lorsqu’elle ne dispose pas des moyens de le faire elle-même (Section, 13 juillet 1956, OPHLM du département de la Seine, n° 37656, p. 343 : mesures d’injonction) et plus récemment jugé qu’elle pouvait pour ce faire, sous certaines conditions, recourir à la procédure du référé dit « mesures utiles » de l’article L. 521-3 du code de justice administrative (29 juillet 2002, Centre hospitalier d’Armentières, p. 307 ; 1er mars 2012, Société assistance conseil informatique professionnelle, n° 354628, aux Tables sur ce point ; 3 juillet 2013, sté Véolia Transport Valenciennes Transvilles, n° 367760, aux T sur ce point). La décision que vous rendrez dans l’affaire qui vient d’être appelée ne sera donc qu’une nouvelle illustration de la mise en oeuvre en matière contractuelle des conditions d’application de cette procédure que vous avez posées par les décisions précitées.

En janvier 2014, l’Agence de l’environnement et de la maîtrise de l’énergie (ADEME) a commandé à la société GFI Progiciels la fourniture et la mise en oeuvre d’une nouvelle application informatique de type progiciel de gestion budgétaire et comptable

et de gestion des achats, destinée à devenir l'outil de gestion financière de l'établissement. Le marché était conclu pour une durée de 7 ans, pour un montant forfaitaire d'un peu plus de 510 000 euros HT. Il incluait l'acquisition par l'ADEME d'un certain nombre de licences permettant l'utilisation par ses agents de l'application : 180 licences « utilisateurs complets », 20 licences « utilisateurs réguliers », 140 licences « utilisateurs occasionnels », 20 licences « utilisateurs légers », 8 licences serveur.

Au cours de la première année d'exécution du contrat, consacrée à la conception du progiciel, la société GFI a informé l'ADEME d'une modification de la répartition des licences, à coût constant, consistant en une augmentation substantielle du nombre de licences « utilisateurs réguliers » (10 fois plus) et « utilisateurs occasionnels » (presque 7 fois plus) en contrepartie d'une diminution de plus du double du nombre de licences « utilisateurs complets ». Cette nouvelle répartition s'est immédiatement révélée inadaptée aux besoins réels des utilisateurs de l'ADEME, conduisant la société à leur donner beaucoup plus de licences « utilisateurs complets » que prévu initialement (280), tout en réduisant celles d'utilisateurs occasionnels à 7. Le coût global de ces licences étant plus élevé que celui prévu par le contrat, la société a réclamé à l'établissement le versement d'une somme d'environ 321 000 euros HT. L'ADEME ayant refusé, la société lui a fait part de son intention de supprimer un certain nombre d'accès des utilisateurs au progiciel à compter de la fin du mois de janvier 2018.

C'est pour contrer cette menace que l'ADEME a saisi le juge des référés du TA de Nantes sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, afin qu'il enjoigne à son cocontractant de maintenir, jusqu'au terme du contrat ou, au minimum, jusqu'à ce que le juge du fond, simultanément saisi du litige, statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre à ses besoins, sous astreinte de 20 000 euros par jour de suppression, même partielle, de ces droits.

Ajoutons pour compléter le tableau que ce différend financier entre les parties s'inscrit dans un contexte de nombreux dysfonctionnements du progiciel lors de son déploiement, début 2016, qui sont probablement imputables à sa conception, puisqu'ils affectent également un certain nombre d'autres organismes publics utilisateurs.

La compétence de la juridiction administrative pour connaître du litige opposant l'ADEME à son cocontractant peut donner matière à hésitation, mais probablement pas suffisamment pour considérer que les mesures sollicitées étaient « manifestement insusceptibles de se rattacher à un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative » (16 février 1996, SARL Bretagne Desosse, n° 165537, p. 44 ; 5 juin 2015, M. Sieradzki, n° 389178, aux T).

L'hésitation porte sur la nature juridique du contrat : l'ADEME étant un établissement public industriel et commercial national, le marché qu'il a passé avec la société GFI ne relève pas du code des marchés publics, en vigueur à la date de sa conclusion, mais de l'ordonnance du 6 juin 2005. Son caractère administratif dépend donc des critères traditionnels relatifs à son objet ou à ses clauses. Sur le premier critère, même si le contrat a pour objet de fournir à l'établissement les moyens de son fonctionnement, il ne fait pas participer son cocontractant à l'exécution même de ses missions de service public. Le critère de la clause exorbitante, désormais définie comme la « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs » (TC, 13 avril 2014, sté Axa France Iard, n° 3963, au rec) n'est pas d'un maniement aisé,

d'où l'hésitation qu'il peut faire naître. La stipulation selon laquelle la résiliation du marché en cas de manquement du titulaire ne lui ouvre droit à aucune indemnité (art 5) ne nous paraît présenter de caractère ni particulièrement original ni exorbitant. En revanche, l'application au marché du CCAG-Techniques de l'information et de la communication (TIC), que prévoit l'article 4, peut remplir cette condition : vous avez jugé avant la décision précitée du TC que la référence à un CCAG qui confère à la personne publique un pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général, comme le fait le CCAG-TIC, constituait une clause exorbitante du droit commun (5 juil 1999, Union des groupements d'achats publics, n° 3167 ; 14 nov 2011, Union des groupements d'achats publics, n° 3813, au rec). Une telle prérogative fait partie, vous le savez, des règles applicables, indépendamment des stipulations du contrat, aux contrats administratifs (Assemblée 2 mai 1958, Distillerie de Magnac Laval, p 246).

Par conséquent, une telle clause nous semble bien traduire la soumission du contrat à un régime exorbitant du droit commun, dans l'intérêt général puisque, si ce contrat ne fait pas participer le cocontractant à l'exécution même du service public, il procure à la personne publique un outil essentiel au bon exercice de ses missions.

Ces remarques suffisent à démontrer que le litige n'est pas manifestement insusceptible de relever de la juridiction administrative. Il appartiendra au juge du fond d'en décider positivement.

Par une ordonnance du 7 février 2018 contre laquelle l'ADEME se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté sa demande au motif que la mesure d'injonction sollicitée de maintenir les droits d'usage jusqu'au terme du contrat présentait un caractère définitif, alors que seules des mesures provisoires peuvent être prononcées par le juge du référé « mesures utiles ».

Vous ferez droit au moyen du pourvoi tiré de ce que l'auteur de l'ordonnance attaquée n'a pas répondu à toutes les conclusions dont il était saisi. Il a en effet rejeté les conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint à la société prestataire de maintenir les droits d'utilisation jusqu'au terme du contrat comme tendant au prononcé de mesures définitives, sans statuer sur les conclusions subsidiaires tendant à ce que cette injonction soit prononcée jusqu'à ce que le juge du fond ait statué. Or une telle mesure était non seulement différente de l'injonction demandée à titre principal mais ne se heurtait plus à la condition opposée aux conclusions principales.

Réglant l'affaire au titre de la demande de référé, vous devrez vérifier que les différentes conditions posées par votre jurisprudence pour qu'il y soit fait droit sont remplies. Il ressort des motifs de vos décisions précitées que le juge des référés peut ordonner au cocontractant de la personne publique, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du CJA, « de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse ». Vous avez précisé par la décision sté Véolia Transport Valenciennes Transvilles que « les obligations du cocontractant doivent être appréciées en tenant compte, le cas échéant, de l'exercice par l'autorité administrative du pouvoir de modification unilatérale dont elle dispose en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs ».

Nous avons vu que la demande de maintenir les droits d'utilisation jusqu'à ce que le juge du fond ait tranché le litige présentait bien un caractère provisoire.



Il ne fait aucun doute que le maintien des droits d'utilisation de l'outil informatique au moyen duquel est effectuée la gestion budgétaire et comptable et la gestion des achats d'un établissement public est nécessaire au bon fonctionnement de ce dernier et, par conséquent, à la continuité du service public qu'il assure.

L'utilité de la mesure demandée s'apprécie au regard des autres voies de droit dont dispose éventuellement le demandeur pour obtenir de son cocontractant l'exécution de ses obligations. Cette condition nous paraît également remplie : l'établissement demandeur n'a aucune possibilité matérielle de maintenir des droits que maîtrisait entièrement son cocontractant. La circonstance qu'il pourrait payer la somme demandée pour que ce dernier exécute ses obligations, autrement dit qu'il pourrait céder au chantage, est sans incidence sur l'appréciation de l'utilité de la mesure (29 juil 2002, Centre hospitalier d'Armentières, p. 307). Les pouvoirs dont dispose la personne publique cocontractante dans la conduite du contrat sont soit trop faibles, soit trop forts, mais dans les deux cas impuissants à obliger son cocontractant à agir dans un sens déterminé dans le cadre de l'exécution du contrat : les pénalités, notamment de retard, sont seulement incitatives ; la résiliation unilatérale est une sanction trop puissante qui détruit l'outil qu'il s'agit au contraire de faire fonctionner.

La condition d'urgence présente en l'espèce une petite originalité car la demande ne tend pas à vaincre une réticence établie mais à éviter la mise à exécution d'une menace. Dans les précédentes affaires que nous avons citées, il s'agissait d'obliger une personne privée à exécuter des prestations qu'elle se refusait à exécuter. En l'espèce, à la date à laquelle l'ADEME a saisi le juge des référés, la société n'avait pas encore retiré les droits comme elle menaçait de le faire et, d'après nos informations, elle ne l'a jamais fait. La question est donc de savoir si l'urgence implique que le bon fonctionnement ou la continuité du service soit effectivement affecté afin que la mesure demandée soit regardée comme nécessaire pour le rétablir. Une telle position de principe nous paraît excessivement rigide et constituer un risque pour les finalités que cette procédure a précisément pour objet de garantir. Attendre que le service public soit effectivement perturbé pour obtenir des mesures propres à le rétablir revient à exiger qu'une partie du dommage soit déjà causée pour le prévenir. A l'inverse, il ne faudrait pas non plus que le juge des référés soit submergé de demandes tendant à anticiper d'éventuelles inexécutions contractuelles. L'appréciation de l'urgence est ici affaire de circonstances et elle sera constituée en présence d'une menace lorsque celle-ci apparaît suffisamment imminente. Tel nous semble être le cas en l'espèce : la société avait fixé début janvier un délai d'un mois à l'établissement pour lui payer la somme demandée. Le risque était donc réel et imminent et il le demeurerait après l'expiration de cet ultimatum, la société pouvant à tout moment retirer les droits dont elle avait l'entière maîtrise. La mesure demandée ne fait pas obstacle à l'exécution d'une décision administrative.

Elle ne se heurte enfin à aucune contestation sérieuse. La contestation qu'il s'agit ici d'apprécier n'est pas celle qui oppose les parties au contrat mais celle qui pourrait affecter l'obligation du cocontractant dont la personne publique demande au juge d'assurer l'exécution. Or cette obligation, qui est en l'espèce de maintenir les droits d'utilisation des licences, est certaine, que ces droits soient inclus dans le contrat principal ou qu'ils résultent d'une modification du contrat destinée à en assurer la bonne exécution. Comme nous l'avons dit, vous avez jugé que les obligations du cocontractant étaient aussi celles résultant de l'exercice par la personne publique de son pouvoir de

modification unilatérale. Cette solution vaut à notre avis également pour toutes les prestations nécessaires à la bonne exécution du contrat dans les règles de l'art, qui sont regardées comme voulues par les parties et pour lesquelles le cocontractant a droit à être rémunéré (17 octobre 1975, cne de Canari, n° 93704, au rec).

En l'espèce, le différend entre l'ADEME et son cocontractant ne porte pas sur l'obligation d'ouvrir les droits nécessaires pour adapter le progiciel aux besoins de l'établissement mais sur la partie au contrat devant supporter la charge du coût que représente cette adaptation. Sa résolution dépend d'une interprétation du contenu du contrat, pour savoir si les droits supplémentaires doivent être regardés comme compris ou non dans le prix forfaitaire. Mais, quelle que soit la solution qui sera finalement retenue quant à la partie qui devra supporter le coût de la prestation, il appartient dans tous les cas au titulaire de l'exécuter. Toutes les conditions nous semblent donc remplies pour qu'après avoir cassé l'ordonnance attaquée, vous prononciez la mesure qui vous est demandée et que vous enjoigniez à la société GFI Projiciels de maintenir l'ensemble des droits d'utilisateurs du progiciel fournis nécessaires à sa mise en oeuvre adapté aux besoins de l'établissement, jusqu'à ce que le juge du fond ait statué. Il ne nous paraît en revanche pas utile de fixer une astreinte, l'injonction prononcée n'appelant aucune mesure d'exécution positive.

Vous pourrez enfin mettre à la charge de la société GFI Projiciels le versement à l'ADEME d'une somme de 4 000 euros au titre des frais exposés devant vous et devant le JRTA. Tel est le sens de nos conclusions.

**Référence 5 : CE, 26 juin 2018, ADEME, n°418493**

Vu la procédure suivante :

L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a saisi, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'une demande tendant à enjoindre à la société GFI Projiciels de maintenir envers elle jusqu'au terme normal ou anticipé du marché et à tout le moins jusqu'à ce que le juge du fond statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels, sous astreinte de 20 000 euros par jour de suppression, même partielle, de ce droit d'usage à compter de la date de la notification de l'ordonnance à intervenir. Par une ordonnance n° 1800631 du 7 février 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté la demande de l'ADEME.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 22 février, 9 mars et 7 juin 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'ADEME demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande ;
- 3°) de mettre à la charge de la société GFI Projiciels la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :  
- le code des marchés publics ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-3 du code de justice administrative : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune mesure administrative* » ;

2. Considérant que, s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans l'exécution d'un marché public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire ; qu'en cas d'urgence, le juge des référés peut, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse ; que les obligations du cocontractant doivent être appréciées en tenant compte, le cas échéant, de l'exercice par l'autorité administrative du pouvoir de modification unilatérale dont elle dispose en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs ;

3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter les conclusions dont il était saisi par l'ADEME sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a estimé que la mesure sollicitée par l'agence, tendant à enjoindre à la société GFI Progiciels, prestataire informatique de cette agence, le maintien « jusqu'au terme normal ou anticipé du contrat » du droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs du progiciel intégrant les fonctions comptables, budgétaires et achats de l'ADEME, ne revêtait pas un caractère provisoire ; que, toutefois, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que ce dernier était également saisi de conclusions visant à accorder un tel maintien « à tout le moins jusqu'à ce que le juge du fond statue » ; qu'en omettant de statuer sur ces conclusions formées par l'ADEME à titre subsidiaire, le juge des référés a entaché son ordonnance d'irrégularité ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, l'ADEME est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

4. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par l'ADEME ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'ADEME a attribué le 17 janvier 2014 un marché informatique à la société GFI Progiciels pour mettre en place une application informatique de type progiciel prenant en charge toutes les fonctions comptables, budgétaires et gestion des achats de l'agence ; que le marché prévoyait, conformément aux préconisations de la société et sur la base des besoins exprimés par l'ADEME dans son cahier des charges, que le prestataire fournirait un certain nombre de licences d'utilisation de la solution progicielle, variant selon les profils d'utilisateurs ; qu'au cours de la phase de conception et d'installation du progiciel, une modification de la répartition des

catégories de licences a fait l'objet, à l'initiative de la société GFI Progiciels, d'un bon de commande signé par l'ADEME ; que cette nouvelle répartition du nombre et de la nature des licences s'est révélée inadaptée pour satisfaire les besoins des utilisateurs du progiciel au sein de l'agence ; que la société GFI Progiciels a, en conséquence, ouvert aux utilisateurs de l'ADEME un nombre d'accès différent de cette répartition, en augmentant sensiblement le nombre de licences « utilisateurs complets » ; qu'estimant que la société GFI Progiciels était responsable, en sa qualité de concepteur de la solution logicielle, de l'écart constaté entre les prévisions de licences et la réalité des besoins des utilisateurs, l'ADEME a refusé de prendre en charge le surcoût résultant de cette augmentation ; que, par courrier en date du 14 décembre 2017, la société GFI Progiciels a indiqué à l'ADEME son intention, en l'absence de régularisation de l'agence par le biais d'un bon de commande ou d'un avenant, de « *supprimer un certain nombre d'accès (...) au plus tard le 31 janvier 2018* » ; qu'en l'absence de réponse à son courrier du 12 janvier 2018 et compte tenu du caractère imminent de la date de cette suppression de droits d'accès, l'ADEME a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, pour demander qu'il soit enjoint à la société GFI Progiciels de maintenir jusqu'au terme normal ou anticipé du marché et, à tout le moins, jusqu'à ce que le juge du fond statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels, sous astreinte ;

6. Considérant, d'une part, que la société GFI Progiciels a conçu et installé une application informatique de type progiciel « cœur de système », qui constitue l'unique outil comptable, budgétaire et achats de l'ADEME ; que, dans la mesure où une part importante des agents de cette agence ont besoin d'accéder à ce progiciel pour exercer leurs missions quotidiennes, l'annonce par la société de sa décision de supprimer de façon indistincte et unilatérale, à très brève échéance, des droits d'accès ouverts aux utilisateurs de ce progiciel, est de nature à porter une atteinte immédiate au bon fonctionnement de l'ADEME ; que la mesure demandée par l'ADEME présente ainsi un caractère d'urgence ;

7. Considérant, d'autre part, que l'ADEME ne dispose pas d'une autre voie de droit pour faire obstacle à cette menace de suppression imminente et unilatérale des droits d'accès de ses agents aux licences du progiciel conçu et installé par la société GFI Progiciels ; que, dès lors, la mesure sollicitée est utile ; qu'en outre, cette mesure ne fait obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ;

8. Considérant, enfin, qu'ainsi qu'il a été dit au point 2 ci-dessus, les mesures que le juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties, mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat ; que si la société GFI Progiciels soutient que l'utilisation des licences par l'ADEME contrevient aux stipulations du marché initial et se heurte aux droits de propriété intellectuelle de la société prestataire et de la société Microsoft, la solution étant composée d'un progiciel Microsoft et de développements logiciels réalisés par la société GFI Progiciels, ces circonstances, à supposer qu'elles puissent être regardées comme fondées, sont sans incidence sur l'absence de contestation sérieuse qui s'attache à ce que la mesure sollicitée soit ordonnée ; qu'il suit de là que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'ordonner à la société GFI Progiciels de maintenir l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels de cette agence jusqu'à ce que le juge saisi au fond se prononce ; qu'en revanche, il n'y a pas lieu, en l'absence de mise à exécution de la menace de la société GFI Progiciels de supprimer des droits d'accès à son progiciel, d'assortir cette injonction d'une astreinte ;

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de l'ADEME, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'en revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société GFI Progiciels la somme de 4 000 euros à verser à l'ADEME au titre des frais exposés par l'agence, tant devant le Conseil d'Etat que devant le tribunal administratif de Nantes ;

D E C I D E :

-----

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du 7 février 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la société GFI Progiciels de maintenir envers l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie jusqu'à ce que le juge du fond statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la demande est rejeté.

Article 4 : La société GFI Progiciels versera à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions de la société GFI Progiciels au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie et à la société GFI Progiciels.1. La présente affaire vous donnera l'occasion de préciser les conditions de mise en œuvre de votre jurisprudence « Béziers II » en matière de référé suspension.