

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

**BIBLIOGRAPHIE**

POUYAUD (D.), *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1991, 598 p.  
MARTIN (J.), « L'élaboration du régime du référé précontractuel par le juge administratif », *D.* 2005, p. 2732.  
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*  
BRACONNIER (S.), « Elargissement des moyens invocables en référé précontractuel », *RDI* 2015, p. 581.

**RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS**

**Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 10 octobre 2018, Communauté intercommunale Réunion Est  
**Référence 2 :** CE, 10 octobre 2018, Communauté intercommunale Réunion Est, n°419406  
**Référence 3 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 janvier 2019, Société Uniparc Cannes  
**Référence 4 :** CE, 25 janvier 2019, Société Uniparc Cannes, n°424846  
**Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 janvier 2019, Bureau Européen D'assistance Hospitalière  
**Référence 6 :** CE, 25 janvier 2019, Bureau Européen D'assistance Hospitalière, n°423159

**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 : Conclusions sur CE, 10 octobre 2018, Communauté Intercommunale Réunion Est**

1. La présente affaire est particulière à divers d'égards.

L'importance économique du contrat litigieux, d'abord : un marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement, valorisation des déchets non dangereux, pour un montant de 243 millions d'euros sur une durée de 15 ans. Il a été conclu à La Réunion, le 10 novembre 2017, par le syndicat intercommunal de traitement des déchets du Nord et de l'Est (SYDNE), constitué entre la Communauté intercommunale du Nord de La Réunion (CINOR), majoritaire au conseil syndical et la Communauté intercommunale Réunion Est (CIREST). A ce jour, en effet, les deux tiers des 200 000 tonnes annuelles de déchets traités par le syndicat sont enfouis dans une installation de stockage qui devrait être saturée à moyen terme.

Le montage juridique du projet constitue la seconde particularité. La solution adoptée le 26 avril 2017 par le conseil syndical combine un marché de prestations de services – qui nous occupe aujourd'hui – pour la mise en place d'un centre de tri optimisé (CTO), un marché global de performance pour créer une unité de traitement des déchets verts (UDV), enfin une délégation de service public pour unité de production d'électricité (UPE) utilisant le combustible issu du centre de tri. C'est donc un marché, non un contrat de concession, qui a été conclu pour la réalisation de l'investissement principal, lequel ne se verra donc pas appliquer le régime des biens de retour. Ajoutons qu'il a été passé selon la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence prévue à l'article 30 du décret du 25 mars 2016.

La dernière particularité de notre dossier est contentieuse, puisque nous sommes en présence d'un référé tendant à la suspension de l'exécution d'un contrat, formé parallèlement à un recours en contestation de sa validité. Ces requêtes ont été formées par la Communauté intercommunale Réunion Est (CIREST), en qualité de membre du SYDNE et par M. Virapoullé, président de la CIREST et premier vice-président du SYDNE. Les mêmes ont également demandé, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3, la communication des pièces du marché et des documents relatifs à sa passation.

Le juge des référés a rejeté ce dernier chef de conclusions par une ordonnance du 12 janvier 2018. Il a également rejeté la demande de suspension par l'ordonnance du 13 février 2018 qui fait l'objet du présent pourvoi. Il a, certes, considéré que la condition d'urgence était remplie en raison de l'insuffisante information des membres du conseil syndical. En revanche, il a estimé qu'aucun des moyens soulevés n'était de nature à susciter un doute sérieux, au triple motif que le défaut d'information était régularisable, que le choix d'un marché négocié répondait aux contraintes administratives et techniques, enfin que la durée de ce marché ne semblait pas contraire aux dispositions de l'article 16 du décret du 25 mars 2016.

Les auteurs du pourvoi ont parallèlement déposé, le 4 mai 2018, une nouvelle demande de suspension ayant le même objet, rejetée par une ordonnance du 11 juin 2018, motivée cette fois-ci par l'absence d'une situation d'urgence.

2. Les deux moyens de régularité du pourvoi ne sont à l'évidence pas fondés. En revanche, c'est sans hésitation que nous vous proposons d'annuler l'ordonnance en accueillant le moyen tiré de ce que le juge a commis une erreur de droit en considérant que le moyen tiré du défaut d'information du conseil syndical n'était pas

propre à créer un doute sérieux.

Quelques mots sur le déroulement des faits. Les élus ont été convoqués le 31 octobre 2017 à une séance du conseil syndical qui s'est tenue le 9 novembre suivant, afin d'autoriser leur président à signer le marché. La note de synthèse qui accompagnait la convocation ne comportait aucune information sur les prix unitaires ni sur le montant global du marché, pas plus que le projet de contrat ni aucun document de la consultation.

Le juge des référés, au point 4 de l'ordonnance attaquée, a considéré à juste titre que l'insuffisance d'information du conseil syndical était avérée (cf. pour une illustration récente, au sujet d'un contrat de partenariat, CE, 11 mai 2016, M. Rouveyre, n° 383768, 383789, p. 173). Il en a déduit que la condition d'urgence était remplie dès lors que les requérants pouvaient ainsi se prévaloir d'une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts défendus par les membres de l'organe délibérant – et nous reviendrons sur ce point au stade du règlement de l'affaire. Le juge a toutefois considéré, au point suivant, « qu'à supposer que la gravité du défaut d'information (...) soit de nature à entraîner l'annulation du contrat litigieux, il est constant qu'un tel vice est au nombre de ceux qui peuvent être régularisés par l'adoption d'une nouvelle délibération » et qu'ainsi « en l'état de l'instruction, aucun des moyens soulevés n'est de nature à susciter un doute sérieux quant à l'existence d'une illégalité du marché en litige susceptible d'en entraîner inéluctablement l'annulation ».

Il est certain que si nous sommes bien en présence d'un vice affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement, il s'agit d'un vice régularisable : cf. la décision citée M. Rouveyre à l'occasion de laquelle le Conseil d'Etat a enjoint à la commune de Bordeaux de régulariser, sous quatre mois, la signature du contrat litigieux par une nouvelle délibération du conseil municipal, cette fois-ci dûment informé au préalable, ou à défaut de procéder à la résiliation.

En revanche, considérer que ce vice ne saurait conduire à la suspension de l'exécution du contrat, au seul motif qu'il est susceptible d'être régularisé, constitue une lourde erreur de raisonnement. Comment le juge des référés, qui doit apprécier si les conditions de la suspension sont remplies à la date à laquelle il statue, peut-il anticiper un tel comportement vertueux de la part de la collectivité ? C'est plutôt le prononcé de la suspension qui est susceptible d'inciter la personne publique à régulariser la procédure suivie, ce qui lui permettra ensuite de saisir le juge des référés afin de faire lever la mesure.

3. Après cassation, vous écarterez tout d'abord la fin de non recevoir opposée par la société Inovert, titulaire du contrat, à l'encontre de la CIREST.

En effet, celle-ci finance une part substantielle du budget du SYDNE, sur la base d'une clef de répartition principalement fondée sur le tonnage de déchets traité.

Elle est donc, pour reprendre les termes de votre décision Département de Tarn-et-Garonne, susceptible d'être lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat litigieux. Elle est par conséquent recevable à former un recours au fond devant le juge du contrat et à l'assortir d'une demande au titre des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Toutefois, en tant que tiers « non privilégié », la CIREST ne pourra invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt dont elle se prévaut ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les

relever d'office. En revanche M. Virapoullé, membre du conseil syndical et donc « tiers privilégié », est non seulement recevable, mais pourra soulever tout moyen.

4. Nous en revenons donc à la question de l'urgence. Nous vous proposons de considérer que cette condition est remplie, mais pour des motifs différents de ceux de l'ordonnance attaquée qui s'est fondée, nous l'avons dit, sur l'insuffisante information du conseil syndical.

Vous avez jugé par votre décision CE, 18 septembre 2017, M. Humbert et autres, n° 408894, T. p. 684-735, s'agissant d'un recours formé par les membres de l'organe délibérant, que « pour apprécier si la condition d'urgence est remplie, le juge des référés peut prendre en compte tous éléments, dont se prévalent ces requérants, de nature à caractériser une atteinte suffisamment grave et immédiate à leurs prérogatives ou aux conditions d'exercice de leur mandat, aux intérêts de la collectivité ou du groupement de collectivités publiques dont ils sont les élus ou, le cas échéant, à tout autre intérêt public. ».

4.1. En l'espèce, le juge des référés a déduit directement l'existence d'une situation d'urgence de la seule constatation du défaut d'information des membres du conseil syndical, sans se livrer à aucune appréciation concrète. Autrement dit, l'irrégularité procédurale aurait automatiquement pour effet de créer une situation d'urgence au sens de l'article L. 521-1 dès lors qu'elle atteint un certain seuil de gravité et ici, il faut convenir qu'elle est caricaturale.

Un tel raisonnement nous semble méconnaître le caractère bien distinct des deux conditions mises au prononcé d'une mesure de référé-suspension. Il peut certes s'autoriser d'un précédent, CE, 6 mars 2009, Société Biomérieux, n°324064, p. 97, mais cette dernière décision a été rendue dans un contexte très particulier, à une époque où la saisine du juge du référé précontractuel ne suspendait pas automatiquement la signature du contrat, ce qui supposait que ce juge prenne à cette fin une ordonnance ad hoc. C'est dans le cas où une collectivité signe un marché malgré l'injonction de suspendre cette signature et où la personne publique méconnaît ainsi le caractère exécutoire de l'ordonnance du juge du référé, que vous avez accepté de présumer remplie la condition d'urgence.

Aucune circonstance de cette nature, ici, ne nous semble justifier qu'il soit dérogé à la règle posée par votre décision CE, Sect., 19 janvier 2001, Confédération nationale des radios libres, n°228815, p. 29, selon laquelle l'urgence doit s'apprécier concrètement, au regard des effets de la décision litigieuse sur la situation du requérant. L'irrégularité procédurale en cause dans notre affaire justifie-t-elle que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution du marché soit suspendue ?

A la date à laquelle vous statuez, il ne résulte pas de l'instruction que ce soit le cas.

D'une part, il est constant que le SYDNE a entre-temps communiqué les pièces du marché et de sa procédure de passation. D'autre part et en tout état de cause, le défaut d'information a déjà produit ses effets, à savoir l'adoption de la délibération contestée par le conseil syndical. C'est au juge du contrat, saisi au fond, non plus au juge du référé-suspension, qu'il appartient d'en tirer les conséquences.

4.2. Cela ne signifie pas que nous avons un doute sur l'existence d'une situation d'urgence. La décision citée M. Humbert et autres, particulièrement topique, précise que : « une atteinte suffisamment grave et immédiate aux intérêts défendus par les

membres de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales est susceptible d'être caractérisée lorsque le coût des travaux qui font l'objet d'un marché public risque d'affecter de façon substantielle les finances de la collectivité ou du groupement concerné et que l'engagement des travaux est imminent et difficilement réversible ».

A cet égard, notre collègue Gilles Pellissier précisait dans ses conclusions que « Le coût du marché pour la collectivité n'est pas étranger à l'urgence, à condition qu'il soit appréhendé non pas en lui-même mais au regard des conséquences de l'exécution immédiate dont la suspension est demandée. (...) Il (...) appartient donc [aux requérants] d'établir qu'en cas d'exécution du contrat, le coût que représentera pour la collectivité la résolution ou la résiliation du marché qui sera éventuellement décidée par le juge du contrat s'il fait droit à leur recours sera d'une importance telle qu'il est préférable de suspendre son exécution. En d'autres termes, le coût pour la collectivité qui devra être démontré est précisément celui lié au fait qu'il aura été exécuté avant d'être résilié ou résolu. Ce n'est donc ni le montant du marché, (...) ni même le coût de sa résiliation pour la collectivité, qu'elle devra au cocontractant quelle que soit l'exécution qu'il aura reçue, mais bien les conséquences financières de l'exécution même pendant la durée de l'instance contentieuse au fond. ».

Au regard de cette grille d'analyse, l'existence d'une situation d'urgence peut être constatée à partir de éléments qui ressortent clairement de l'instruction.

Le premier réside dans les conséquences financières, potentiellement très lourdes pour le syndicat, de l'exécution immédiate d'un marché de cette ampleur. Vous jugez, depuis l'origine, que la condition d'urgence doit être regardée comme remplie lorsque la décision contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à la situation du requérant et aux intérêts qu'il entend défendre, alors même que cette décision n'aurait un objet ou des répercussions que purement financiers : cf. décision citée Confédération nationale des radios libres ou encore CE, 6 avril 2001, France Télécom, n°230338, T. pp. 1023-1108-1114-1124.

Or, compte tenu de l'importance des investissements prévus, l'exécution du marché en cause engage les choix de la collectivité en matière de tri et de valorisation des déchets d'une façon difficilement réversible. Sans parler même des conséquences indemnitaires d'une éventuelle résolution ou résiliation du marché, évoquées par les requérants, il ne fait guère de doute que le syndicat ne pourrait revenir sur le parti technique que traduit le marché – la création centre de tri optimisé en vue de la production de combustible solide de récupération –, une fois engagée l'exécution de celui-ci, qu'en exposant des dépenses supplémentaires très lourdes.

Le second élément à prendre en considération est tiré de ce que la société Inovert détient à la fois un permis de construire et une autorisation d'exploitation, au titre de la législation sur les installations classées, pour un centre de valorisation de déchets non dangereux. Ainsi, aucune autorisation administrative ne vient s'interposer entre la signature du marché et l'engagement des travaux de construction de l'ouvrage : celui-ci peut être immédiat, ce qui accentue le caractère potentiellement irréversible de la situation créée par l'exécution du marché.

En défense, Inovert et le SYDNE invoquent l'urgence à ne pas suspendre (cf. CE, Sect., 28 février 2001, Préfet des Alpes-Maritimes - Société Sud-Est Assainissement, nos229562, 229563, 229721, p. 109 et JRCE, 28 février 2001, Union syndicale Groupe

des 10, n°229881, T. pp. 1108-1113), résultant d'un risque de saturation du site actuel d'enfouissement des déchets en 2020. Ce point est toutefois très contesté par les requérants, qui apportent divers éléments chiffrés de nature à jeter un fort doute sur l'horizon temporel de cette saturation. Nous y reviendrons. Il ne résulte donc pas de l'instruction que la suspension du marché pendant quelques mois, dans l'attente d'une décision du juge du fond, pourrait préjudicier gravement et immédiatement à un intérêt public.

5. La condition tenant à l'existence d'un doute sérieux nous semble tout aussi remplie, contrairement à ce qu'a considéré le juge du référé-suspension dans l'ordonnance attaquée. En effet, deux moyens nous semblent de nature à faire naître un tel doute.

5.1. Le premier est tiré de l'illégalité du recours à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence. Les conditions en sont précisées au I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) / b) Des raisons techniques. (...) / Les raisons mentionnées aux b (...) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public ».

En l'espèce, pour justifier la négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fondait sur un double motif : le risque de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et le fait que la société Inovert, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en oeuvre dans le courant de l'année 2019.

Toutefois, ni l'absence totale de solution alternative ou de remplacement raisonnable, ni l'existence de raisons techniques impliquant que les prestations en cause ne puissent être fournies que par la seule société Inovert ne ressortent de l'instruction. En effet, le monopole « réglementaire » d'Inovert, seul titulaire des deux autorisations administratives nécessaires, résulte en réalité de la volonté du SYDNE de hâter la conclusion du marché en lançant une procédure dès 2017. Le syndicat a d'ailleurs reconnu clairement devant le juge des référés que cette anticipation visait à permettre le lancement de travaux du centre de valorisation avant le mois de septembre 2019, afin d'éviter que l'autorisation d'exploiter délivrée à Inovert en septembre 2016 pour une durée de trois ans ne devienne caduque.

Quant à la saturation du site d'enfouissement actuel, il résulte de l'instruction que la zone dite « phase III », ouverte courant 2016, peut accueillir au total 1 250 000 tonnes de déchets, étant précisé que la quantité effectivement déposée tous les ans est inférieure à 215 000 tonnes et que le maximum autorisé de 250 000 tonnes : c'est donc pour fin de l'année 2021, voire en 2022, que la question se pose. Enfin, il n'apparaît pas – et n'est d'ailleurs même pas soutenu – qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été moins anticipé.

Nous vous proposons donc de considérer que le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions de l'article 30 du décret est de nature à créer un doute sérieux.

5.2. Ce n'est pas tout. Les requérants soutiennent également que la nature des prestations en cause ne justifie en aucun cas une durée de quinze ans pour le contrat litigieux. Ils soulignent que celle du précédent marché était de cinq ans. Selon eux, une durée aussi exceptionnelle revient à faire financer les investissements de la société par la collectivité publique, sous couvert d'un marché de services qui ne prévoit pas le retour de ces biens à l'issue du contrat.

Ce sont les dispositions du I de l'article 16 du décret dont la méconnaissance est invoquée : « Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ».

Inovert soutient en défense, pour l'essentiel, que l'exigence d'une remise en concurrence périodique ne signifie pas que celle-ci doit intervenir à intervalles rapprochés et que la durée de 15 ans est justifiée au regard de l'amortissement de l'ouvrage en cause, qui est de 20 à 30 ans. Cet argument nous semble toutefois difficilement recevable s'agissant d'un marché de services de très longue durée : il revient en effet à faire assumer, ainsi que le soutiennent les requérants, le financement complet par la collectivité d'un équipement dont elle n'aura pas l'usage exclusif et dont la propriété ne lui reviendra pas à l'issue du contrat.

Enfin, si le juge des référés s'est appuyé sur la circonstance que les solutions techniques retenues s'inscrivaient dans le cadre des exigences du plan de prévention et de gestion des déchets non dangereux de La Réunion et de la Loi sur la transition énergétique de 2015, cette considération nous semble par elle-même inopérante pour justifier la durée du contrat.

Nous vous proposons donc de faire droit aux conclusions présentées devant le juge des référés et de suspendre l'exécution du marché litigieux.

6. Nous vous proposons en revanche de rejeter les autres conclusions de la demande.

6.1. Tout d'abord, il ne ressort pas des écritures des requérants que la communication des documents contractuels qu'ils demandent (acte d'engagement, bordereau des prix, CCAP avec ses annexes, etc.) serait nécessaire dans le cadre de l'instance devant le juge des référés.

6.2. Ensuite, nous ne pensons pas que le mémoire complémentaire des requérants contienne d'imputation à caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire, au sens des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative. Il s'agit des passages suivants :

« On y ajoutera qu'il est tout particulièrement élevé [au sujet du risque d'atteinte au principe de non-discrimination] lorsqu'il s'agit de traiter avec des mastodontes du marché, très peu goûteux des principes de libre concurrence, et tout, tout particulièrement élevé loin de la métropole... » (p.11) ;

« Cela se passait à Saint-Benoît, où la société INOVERT a son siège social... » : ce membre de phrase vise la signature, par cette société, d'un autre marché négocié, ayant le même objet qu'un marché précédemment annulé par le juge administratif et dont elle était titulaire (p.12) ;

« C'est à ce prix que l'on parviendra à venir à bout de résistances qui doivent plus à la paresse – ou à des arrangements inavoués – qu'à la raison. » (p.18).

Ces passages, pour regrettables que soient certains d'entre eux, ne

nous semble pas excéder les limites de la controverse entre parties dans le cadre d'une procédure contentieuse

EPCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance du 12 février 2018 du juge des référés du tribunal administratif de La Réunion ;
- à la suspension de l'exécution du marché litigieux ;
- à ce que le SYDNE et la société Inovert versent à la CIREST une somme de 2 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions qu'elles ont-elles-mêmes présentées à ce titre ;
- au rejet du surplus des conclusions de la CIREST et de M. Virapoullé ;
- au rejet des conclusions de la société Inovert et du SYDNE tendant à l'application des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative.

**Référence 2 :** CE, 10 octobre 2018, Communauté Intercommunale Réunion Est, n° 419406

Vu la procédure suivante :

La communauté intercommunale Réunion Est (CIREST) et M. Jean-Paul Virapoullé ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de La Réunion de suspendre, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, l'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017, et, d'autre part, d'exiger la communication de toutes les pièces du contrat.

Par une ordonnance n° 1800022 du 13 février 2018, le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a rejeté leur demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 29 mars et 12 avril 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la CIREST et M. Virapoullé demandent au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) de mettre à la charge du syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est (SYDNE) et de la société Inovert la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code de l'environnement ;
- la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est (SYDNE) a conclu, le 10 novembre 2017, avec la société Inovert, sans publicité ni mise en concurrence préalables, un marché de services de tri, traitement, stockage et enfouissement des déchets non dangereux, pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans ; que la communauté intercommunale Réunion Est (CIREST), membre du SYDNE, et son président M. Virapoullé, premier vice-président du comité syndical du SYDNE, ont présenté un recours en contestation de la validité de ce marché devant le tribunal administratif de La Réunion ; qu'ils ont également présenté,

devant le juge des référés de ce tribunal, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, une demande de suspension de l'exécution du marché et de communication de l'ensemble des documents contractuels ; que le juge des référés du tribunal administratif de La Réunion a rejeté cette demande par une ordonnance du 13 février 2018 contre laquelle la CIREST et M. Virapoullé se pourvoient en cassation ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision (...)* » ; que, lorsque le tribunal administratif est saisi d'une demande contestant la validité d'un contrat, le juge des référés peut être saisi, sur ce fondement, d'une demande tendant à la suspension de son exécution ; que lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la validité de ce contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation, eu égard aux intérêts en présence, il peut ordonner la suspension de son exécution ;

3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée qu'après avoir relevé que le comité syndical du SYDNE avait, par une délibération du 9 novembre 2017, autorisé son président à signer le contrat litigieux au vu d'un rapport qui ne comportait pas le prix du marché et sans disposer du projet de contrat ni d'aucun document préparatoire ou annexe, et sans pouvoir, en conséquence, appréhender la totalité des modalités d'exécution et les risques financiers de ce contrat, le juge des référés s'est fondé sur la circonstance qu'un tel vice, alors même qu'il serait de nature à entraîner l'annulation du contrat, était au nombre de ceux qui peuvent être régularisés par l'adoption d'une nouvelle délibération, pour en déduire qu'il n'était pas de nature à susciter un doute sérieux quant à la légalité du marché en litige ; qu'en jugeant ainsi qu'un vice affectant les conditions dans lesquelles la personne publique a donné son consentement à être liée par un contrat ne saurait conduire à sa suspension, au seul motif qu'il est susceptible d'être régularisé et n'est donc pas de nature à entraîner inéluctablement l'annulation du contrat, le juge des référés a entaché son ordonnance d'erreur de droit ; que, par suite, les requérants sont fondés, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, à en demander l'annulation ;

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 ;

Sur la recevabilité de la demande :

5. Considérant, d'une part, que les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui a conclu un contrat administratif sont recevables à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité de celui-ci, dès lors que ce recours est exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées relatives à sa conclusion, et peuvent l'assortir d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de son exécution ; que M. Virapoullé, membre du comité syndical du SYDNE, est, par suite, recevable à demander la suspension du marché conclu par le SYDNE ;

6. Considérant, d'autre part, que tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est également recevable à former un tel recours et à l'assortir d'une demande tendant à la suspension du contrat ; qu'il ressort des pièces du dossier que la CIREST et la communauté intercommunale du Nord de la Réunion ont constitué, en 2014, le SYDNE pour exercer leurs compétences en matière de traitement des déchets ; que la CIREST finance une part importante du budget du SYDNE, en fonction notamment du tonnage de déchets traités ; que la passation du marché, compte tenu notamment de son montant et de sa durée, est susceptible de la léser dans ses intérêts de façon directe et certaine ; qu'ainsi, la fin de non recevoir soulevée par la société Inovest à l'encontre du SYDNE doit être écartée ;

#### Sur l'urgence :

7. Considérant qu'ainsi qu'il a été dit au point 1, le marché dont la suspension est demandée a été conclu pour un montant de 243 millions d'euros et une durée de quinze ans afin de permettre la mise en œuvre de l'objet statutaire du syndicat, dont il engage une part importante des ressources ; qu'il implique que soient entrepris dans un bref délai les travaux de construction d'un centre de valorisation des déchets, pour lequel la société Inovest a parallèlement obtenu une autorisation préfectorale au titre de la législation sur les installations classées pour la protection de l'environnement ; que l'exécution du marché risque ainsi d'affecter de façon substantielle les finances du SYDNE et est susceptible de créer, à brève échéance, une situation difficilement réversible ; que les requérants soutiennent en outre, sans être sérieusement contestés, que les conséquences indemnitaires d'une annulation ou d'une résiliation du contrat par le juge du fond seraient d'autant plus graves pour les finances du syndicat que les investissements liés à l'exécution du marché auraient déjà été réalisés ; que ces circonstances caractérisent une atteinte grave et immédiate aux intérêts du SYDNE dont peuvent se prévaloir tant M. Virapoullé que, dans les circonstances de l'espèce, la CIREST ;

8. Considérant, par ailleurs, qu'il ne résulte pas de l'instruction que le site actuel de stockage des déchets arriverait à saturation dans un délai tel que la suspension du marché contesté porterait une atteinte grave et immédiate à un intérêt public ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la condition d'urgence prévue par l'article L. 521-1 du code de justice administrative doit être regardée comme remplie ;

#### Sur l'existence d'un moyen propre à faire naître un doute sérieux quant à la légalité du contrat et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation :

10. Considérant qu'aux termes du I de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : « *Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants : (...) / 3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes : (...) / b) Des raisons techniques. (...) / Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public* » ;

11. Considérant, en premier lieu, que, pour justifier le recours à une procédure de négociation sans publicité ni mise en concurrence, l'avis d'attribution du marché se fonde sur un risque

de saturation de l'installation de stockage des déchets non dangereux dès 2020 et sur le fait que la société Inovest, qui a obtenu un permis de construire et une autorisation d'exploiter portant sur un centre de valorisation des déchets non dangereux, serait le seul opérateur en capacité de répondre aux besoins du SYDNE et d'apporter une solution de tri et de valorisation des déchets non dangereux pouvant être mise en œuvre courant 2019 ; qu'il résulte toutefois de l'instruction que compte tenu des flux actuels d'enfouissement des déchets et des capacités de l'installation de stockage, celle-ci ne devrait pas être saturée avant la fin de 2021 ; que l'objectif tenant à ce que l'exploitation du nouveau centre de traitement des déchets soit effective au plus tard en septembre 2019 est lié à la circonstance que l'autorisation délivrée à la société Inovest par un arrêté préfectoral du 15 septembre 2016 est susceptible d'être frappée de caducité au terme d'un délai de trois ans ; qu'il n'apparaît pas qu'aucun autre opérateur économique n'aurait pu se manifester si le calendrier retenu par le SYDNE avait été différent ; que, par suite, le moyen tiré de ce qu'il existait une solution alternative ou de remplacement raisonnable, de ce que l'absence de concurrence résultait d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public et de ce que, par voie de conséquence, le SYDNE, en passant le marché sans publicité ni mise en concurrence, a méconnu les dispositions de l'article 30 du décret est de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur sa validité et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;

12. Considérant, en second lieu qu'aux termes du I de l'article 16 du décret du 25 mars 2016 : « *Sous réserve des dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée et du présent décret relatives à la durée maximale de certains marchés publics, la durée d'un marché public est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* » ; qu'eu égard à la circonstance que le contrat litigieux est un marché de services, au terme duquel le centre de tri qui doit être réalisé par la société Inovest n'est pas destiné à faire retour à la collectivité, le moyen tiré de ce que sa durée, fixée à quinze ans, méconnaît ces dispositions, est également de nature, en l'état de l'instruction, à créer un doute sérieux sur la validité du marché et à conduire à la cessation de son exécution ou à son annulation ;

13. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CIREST et M. Virapoullé sont fondés à demander la suspension de l'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017 ;

#### Sur les autres conclusions de la demande :

14. Considérant que la communication aux requérants de certains documents contractuels dont ils soutiennent n'avoir pu obtenir connaissance ne se révélant pas nécessaire dans le cadre de la présente instance, les conclusions de la CIREST et de M. Virapoullé tendant à ce qu'il soit enjoint au SYDNE de les leur communiquer ne peuvent qu'être rejetées ;

15. Considérant, enfin, que le mémoire complémentaire de la CIREST et de M. Virapoullé ne contient pas d'imputation à caractère injurieux, outrageant ou diffamatoire, au sens des dispositions de l'article L. 741-2 du code de justice administrative, de nature à en faire prononcer la suppression ; qu'il n'y a pas lieu, par suite de faire droit aux conclusions de la société Inovest tendant à une telle suppression ;

16. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du SYDNE et de la société Inovest la

somme de 2 000 euros chacun à verser à la CIREST et à M. Virapoullé au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

#### **DECIDE :**

**Article 1<sup>er</sup>** : L'ordonnance du 13 février 2018 du juge des référés du tribunal administratif de La Réunion est annulée.

**Article 2** : L'exécution du marché de services de tri, traitement, stockage, enfouissement et valorisation des déchets non dangereux au centre de valorisation des déchets situé sur la commune de Sainte-Suzanne, signé le 10 novembre 2017, est suspendue.

**Article 3** : Le syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est et la société Inovert verseront à la communauté intercommunale Réunion Est et à M. Virapoullé une somme de 2 000 euros chacun au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

**Article 4** : Le surplus des conclusions de la communauté intercommunale Réunion Est et de M. Virapoullé est rejeté.

**Article 5** : Les conclusions de la société Inovert et du syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est tendant à l'application de l'article L. 741-2 du code de justice administrative sont rejetées.

**Article 6** : La présente décision sera notifiée à la communauté intercommunale Réunion Est, à M. Jean-Paul Virapoullé, au syndicat mixte de traitement des déchets du Nord et de l'Est et à la société Inovert.

#### **Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 janvier 2019 Société Uniparc Cannes**

Parce qu'elle conduit à un juge disposant de nombreux pouvoirs, la voie de l'action en reprise des relations contractuelles ouverte par votre décision de Section du 21 mars 2011, cne de Béziers (n° 304806), dite Béziers II, bien qu'étroite, a donné lieu à de nombreuses décisions précisant l'office du juge, auxquelles s'ajoutera celle que vous rendrez sur l'affaire qui vient d'être appelée.

Par une convention de délégation de service public conclue le 31 mars 1995, la ville de Cannes a confié à la société Uniparc Cannes l'exploitation de huit parcs de stationnement, sept existants et un à construire, pour une durée de 30 ans. Par une délibération du 16 juillet 2018, le conseil municipal de Cannes a autorisé le maire à prononcer la résiliation de cette convention pour un motif d'intérêt général tiré de sa durée excessive, ce que le maire a fait quelques jours plus tard en fixant la prise d'effet de cette décision au 1er mars 2019, afin de respecter le délai de préavis conventionnel. La société Uniparc a saisi le TA de Nice de conclusions en reprise des relations contractuelles, assorti de conclusions aux fins de suspension de l'exécution de la résiliation et de reprise provisoire des relations contractuelles. Par l'ordonnance du 20 septembre 2018 contre laquelle la société Uniparc se pourvoit en cassation, le juge des référés du TA de Nice a rejeté sa demande.

Après avoir rappelé l'office du juge du contrat saisi en référé d'une demande de reprise des relations contractuelles à titre provisoire et longuement décrit les projets de la commune en vue de faciliter le stationnement en centre ville afin d'y attirer une clientèle qui s'en détourne au profit des centres commerciaux

périphériques, l'auteur de l'ordonnance attaqué a estimé « qu'une reprise des relations contractuelles serait, en tout état de cause, dans les circonstances de l'espèce, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général défini comme il a été dit dans la politique commune du stationnement à Cannes » et rejeté la demande « sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition tenant à l'existence d'une situation d'urgence ».

La principale question que pose cette ordonnance est celle de savoir si son auteur n'a pas méconnu son office en se prononçant directement et uniquement sur l'atteinte à l'intérêt général que porterait la reprise des relations contractuelles qui lui était demandée, en faisant l'économie, que traduisent les mots « en tout état de cause », de l'appréciation de la validité de la mesure de résiliation.

La description que vous avez donnée de l'office du juge du contrat saisi de conclusions en reprise des relations contractuelles, au fond comme en référé, dans votre décision de Béziers II, semble à première vue faire obstacle à un tel raccourci. Nous en rappellerons les principaux traits, en faisant abstraction des règles relatives à l'indemnisation du préjudice du titulaire, qui ne sont pas en débat.

Commençons par l'office du juge du contrat saisi au fond « par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles ». Il lui incombe, « lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité (...). / Pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse ».

Le raisonnement du juge se déroule en deux temps : il doit tout d'abord décider s'il y a matière à reprise des relations contractuelles, c'est-à-dire si cette demande de reprise a une cause légitime et un objet.

La cause légitime, qui fonde la demande, est l'irrégularité, au sens large, de la résiliation. Celle-ci constitue en quelque sorte le fait générateur de la possibilité d'une reprise. Les appréciations ultérieures que le juge devra effectuer visent toutes à déterminer les conséquences de cette irrégularité de la résiliation, au regard de la nature des vices dont elle est entachée mais aussi des effets d'une éventuelle reprise des relations contractuelles. La question d'une éventuelle reprise des relations contractuelles ne se pose pas si la résiliation est régulière et bien fondée. Elle se pose mais peut être écartée immédiatement si la résiliation est entachée d'irrégularités de pure forme (CAA Nancy, 21 juin 2016, sté Artélia Eau et Environnement, n° 14NC00335, pour une insuffisance de motivation de la résiliation) ou qui ont été régularisées.

Le juge doit également s'assurer que la demande de reprise conserve un objet, autrement dit que les relations contractuelles ne sont pas arrivées à leur terme conventionnel et, faut-il ajouter au considérant de principe de votre décision de Section, que cet objet



n'est pas illicite, puisque vous avez très logiquement jugé que l'illicéité d'une relation contractuelle, qu'il devrait notamment soulever d'office pour écarter le contrat s'il était saisi d'une demande relative à son exécution, fait obstacle à ce que le juge puisse en ordonner la reprise (CE, 1er octobre 2013, Sté Espace Habitat Construction, n° 349099, aux T sur ce point).

Mais l'originalité de l'office du juge du contrat, ici comme dans le cadre des autres recours dont il peut être saisi, réside dans le deuxième temps de son office, celui qui le conduit à déterminer s'il y a lieu, alors qu'il y a matière, de faire droit à la demande. Le premier temps est commun à tout juge chargé d'apprécier la validité d'une décision administrative. Le deuxième étend son office à l'évaluation des effets sur l'intérêt général et les droits des tiers de ce qui serait la conséquence normale des constats effectués dans le premier temps du raisonnement, la reprise des relations contractuelles. Il y procède en mettant en balance la gravité des vices constatés, les manquements du requérant à ses obligations contractuelles, les motifs de la résiliation, et les intérêts auxquels la reprise pourrait porter atteinte, intérêt général ou droits du titulaire d'un nouveau contrat.

L'irrégularité de la décision de résiliation détermine donc à la fois la possibilité et l'opportunité de la reprise des relations contractuelles sur laquelle le juge doit se prononcer.

L'office du juge du contrat saisi dans le cadre du référé suspension d'une demande de reprise des relations contractuelles à titre provisoire est une adaptation des principes directeurs que nous venons de décrire aux conditions de la suspension de l'exécution d'une décision administrative posées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

Ces conditions sont, vous le savez, au nombre de deux, que le juge des référés doit apprécier après avoir vérifié que la demande conserve un objet. Au titre de l'urgence, il doit prendre en compte, « d'une part les atteintes graves et immédiates que la résiliation litigieuse est susceptible de porter à un intérêt public ou aux intérêts du requérant, notamment à la situation financière de ce dernier ou à l'exercice même de son activité, d'autre part l'intérêt général ou l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse, qui peut s'attacher à l'exécution immédiate de la mesure de résiliation ». « Pour déterminer si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse, il incombe au juge des référés d'apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation du préjudice résultant, pour le requérant, de la résiliation ».

Comme précédemment, la reprise provisoire des relations contractuelles n'est possible que s'il existe un doute sérieux sur la validité de la résiliation.

Votre décision de Section, non plus que votre décision du 17 juin 2015, cne d'Aix-en-Provence (n° 388433, aux T) qui en fait l'une des rares applications positives, ne reprend dans cette partie consacrée à l'office du juge des référés le considérant consacré dans la partie précédente à la mise en balance à laquelle doit procéder le juge du fond pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande, dans laquelle intervient les effets d'une reprise des relations contractuelles sur l'intérêt général ou les droits du titulaire d'un nouveau contrat.

Elle ne le fait pas car d'une part la prise en compte des effets d'une éventuelle reprise de ces relations sur l'intérêt général ou

les droits du titulaire d'un nouveau contrat fait partie de l'appréciation de l'urgence, d'autre part la prise en compte de l'atteinte excessive qu'une reprise pourrait porter à l'intérêt général ou aux droits du titulaire d'un nouveau contrat peut être regardée comme comprise dans l'appréciation de la « gravité suffisante » des vices invoqués pour conduire à la reprise des relations contractuelles. En d'autres termes, le juge des référés ne pourrait retenir un moyen sérieux de nature à faire naître un doute sur la validité de la mesure de résiliation que si ce moyen ne conviendrait non seulement que la résiliation est irrégulière, mais qu'elle est d'une irrégularité telle qu'elle justifie la reprise des relations contractuelles, malgré l'intérêt général qui pourrait s'y opposer.

Votre décision Cne d'Erstein, du 16 novembre 2016 (n° 401321, aux T), sur laquelle nous reviendrons, ajoute d'ailleurs ce considérant à la description de l'office du juge des référés et en fait application pour rejeter la demande.

S'il fallait appliquer rigoureusement ces principes, il en découlerait d'une part que le juge du contrat saisi au fond ne peut faire abstraction des vices dont est entachée la décision de résiliation pour ne se prononcer que sur les effets d'une reprise sur l'intérêt général, car ces effets se mesurent notamment « eu égard à la gravité des vices constatés », d'autre part que le juge des référés le peut pour juger que la condition d'urgence n'est pas remplie, puisque cette condition tient uniquement à l'appréciation des effets de la résiliation et de la reprise demandée, mais qu'il ne le peut pas davantage que le juge du fond pour apprécier l'existence d'un doute sérieux.

Le problème est que l'auteur de l'ordonnance attaquée ne s'est pas prononcé sur l'urgence : il le souligne et n'aurait d'ailleurs pas pu tenir dans cette perspective le raisonnement qu'il a suivi car s'il pouvait faire abstraction de l'irrégularité de la résiliation pour apprécier la condition d'urgence, il n'aurait pu, comme il l'a fait, ne tenir compte que de l'intérêt général poursuivi par la commune, sans le mettre en balance avec l'intérêt du titulaire à reprendre les relations contractuelles.

Il ne s'est pas non plus expressément prononcé sur l'existence d'un moyen de nature à faire naître un doute sérieux quant à la validité de la résiliation, qu'il écarte « en tout état de cause », mais dans la mesure où il se prononce directement sur les effets de la reprise des relations contractuelles sur l'intérêt général dans un cadre qui ne peut qu'être celui du considérant décrivant comment le juge du contrat doit déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, cadre qui s'intègre à la condition tenant à l'existence d'un doute sérieux, vous pourrez regarder l'ordonnance comme fondée sur cette seconde condition.

Mais dans ce cadre, nous l'avons vu, il doit en principe apprécier les effets de la reprise sur l'intérêt général « eu égard à la gravité des vices constatés », ce qu'il n'a pas fait.

Il semble s'être inspiré de votre décision Cne d'Erstein, du 16 novembre 2016, que nous avons citée, qui ne va cependant pas aussi loin dans l'ellipse des étapes normales de l'office du juge des référés. Dans cette affaire relative à la résiliation d'une convention de délégation de service public prononcée pour faute, vous avez jugé, au titre du règlement au fond, que « si la société requérante soutient que les fautes commises n'auraient pas atteint un degré de gravité tel qu'il justifiait une résiliation aux torts exclusifs de celle-ci, une reprise des relations contractuelles à titre provisoire serait, en tout état de cause, dans les circonstances de l'espèce, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général ». Mais il ressort de ces motifs que la question qu'il ne

vous a pas semblé nécessaire de trancher, celle qui est sous-entendue dans l'expression « en tout état de cause », porte sur la justification de la résiliation et non sur son principe. Vous avez estimé sans incidence sur l'appréciation des effets de la reprise des relations contractuelles la question de savoir si les manquements du titulaire étaient d'une gravité telle qu'ils justifiaient une résiliation à ses torts exclusifs plutôt qu'une résiliation dans l'intérêt général, laquelle ne fait d'ailleurs pas obstacle à ce que soient prises en considération, pour évaluer l'indemnisation à laquelle il peut prétendre dans ce cas, les fautes qu'il a commises (CE, 10 février 2016, Commune de Bandol, n° 387769, aux T). Mais, et c'est-là la différence essentielle avec l'ordonnance litigieuse, vous n'avez pas fait l'économie de l'évaluation du bien fondé du principe de la résiliation puisque vous relevez, juste avant la phrase que nous avons citée, « que compte tenu notamment des attestations d'usagers, corroborées par les services de l'État et du département, produites par la commune, la matérialité d'une partie des faits reprochés à la société n'apparaît pas, en l'état de l'instruction, sérieusement contestable ». Pour le dire autrement, vous avez seulement jugé qu'à supposer même que les manquements reprochés au titulaire ne justifiaient pas une résiliation à ses torts exclusifs, ils justifiaient une résiliation dans l'intérêt général et faisaient donc obstacle à une reprise à titre provisoire des relations contractuelles.

L'auteur de l'ordonnance attaquée a quant à lui jugé qu'à supposer même que la résiliation soit irrégulière et injustifiée, l'intérêt général faisait obstacle à la reprise des relations contractuelles. Il a donc substantiellement étendu le champ de l'inopérance, du motif d'une résiliation justifiée dans son principe à la justification du principe même de la résiliation.

Devez-vous censurer ce raisonnement ? Plusieurs arguments peuvent inciter à répondre par la négative.

Le premier tient à ce que, contrairement à la résiliation prononcée pour faute pour des motifs qui auraient pu justifier une résiliation dans l'intérêt général, la résiliation prononcée dès l'origine pour un motif d'intérêt général place cette appréciation de l'intérêt général au centre du débat, de sorte que le juge qui constate qu'un intérêt général fait obstacle à la reprise des relations contractuelles doit être regardé comme estimant nécessairement qu'il justifie la résiliation. Rien ne s'opposant a priori à ce que la personne publique fasse valoir devant le juge du contrat un motif justifiant la résiliation différent de celui qu'elle avait retenu initialement, il pourrait sembler excessivement formaliste d'imposer au juge de se prononcer d'abord sur ce motif plutôt que de l'envisager directement dans la perspective des conséquences de la reprise des relations contractuelles sur ce même intérêt général.

Mais c'est oublier que la décision de résiliation peut être entachée d'autres vices n'affectant pas sa justification, comme par exemple les conditions dans lesquelles elle a été prise. L'existence d'un intérêt général justifiant la résiliation suffit-il, parce qu'il peut aussi faire obstacle à la reprise des relations contractuelles, de ne pas se prononcer sur la validité de la résiliation ?

Le second tient plus généralement à l'esprit dans lequel vous avez institué le recours en reprise des relations contractuelles. Comme sa formulation l'indique, éclairée par les conclusions de notre collègue Emmanuelle Cortot-Boucher, vous avez entendu concentrer l'office du juge du contrat sur la finalité du recours qui n'est pas de contrôler la validité d'une décision administrative mais d'obtenir la reprise des relations contractuelles. Dans cette perspective, la question de la validité de la résiliation et de ses motifs, essentielle pour déterminer les droits du titulaire à indemnisation, apparaît secondaire au regard de toute circonstance

susceptible de faire obstacle à la reprise des relations contractuelles. Plus exactement, la validité de la résiliation ne serait qu'une circonstance parmi d'autres susceptibles de faire obstacle à la reprise des relations contractuelles, telle que la survenance du terme normal de la convention ou un intérêt général, et il suffirait au juge d'en relever une pour pouvoir se dispenser de se prononcer sur les autres. Contrairement au séquençage qui semble ressortir des motifs de la décision Béziers II, les causes et conséquences d'une décision de reprise des relations contractuelles pourraient être perçues simultanément, comme des conditions cumulatives, telles que l'existence d'un moyen de nature à faire naître un doute sérieux quant à la légalité d'une décision et d'une situation d'urgence auxquels sont subordonnés la suspension de son exécution.

Cela est certainement vrai pour le non lieu à statuer résultant de la survenance du terme du contrat. Cela est également vrai pour le cas où le contenu du contrat résilié apparaît entaché d'une illicéité d'ordre public. Mais ces hypothèses sont différentes de l'appréciation de l'intérêt général auquel porterait atteinte la reprise des relations contractuelles : elles concernent des causes objectives de rejet, tenant au contrat lui-même, sa durée ou sa licéité.

Or, et c'est la raison principale qui nous paraît conduire à censurer le raisonnement tenu en l'espèce, l'appréciation de l'intérêt général suppose une mise en balance de plusieurs éléments, au nombre desquels figure la gravité des vices de la décision de résiliation. Rappelons les termes de votre décision de Section : « pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse ».

L'intérêt général n'est pas uniquement l'intérêt que poursuit la personne publique en résiliant la convention, sous le contrôle du juge ; il s'agit d'un intérêt général plus vaste que le juge détermine et qui intègre non seulement l'intérêt général que la personne publique a en vue, mais aussi l'intérêt d'assurer la régularité de la décision administrative, qui s'attache à ce qu'une décision irrégulière soit en principe privée d'effet. C'est pourquoi, nous semble-t-il, vous avez subordonné la reprise des relations contractuelles à la condition qu'elle ne porte pas à l'intérêt général une atteinte excessive, adjectif qui ouvre une marge d'appréciation au juge qui doit pouvoir décider de cette reprise alors même qu'elle contrarierait l'action administrative, dès lors qu'elle ne compromet pas gravement un intérêt général, afin de rendre au cocontractant l'intégralité des droits dont il a été irrégulièrement privé.

Cette appréciation de l'intérêt général n'est en ce sens pas si éloignée de celle que le juge de l'annulation pour excès de pouvoir peut être conduit à faire lorsqu'il s'interroge sur l'opportunité d'une modulation dans le temps de ses effets (Ass, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, p. 197). Elle procède d'une mise en balance de l'ensemble des intérêts en présence, parmi lesquels figure l'intérêt d'obtenir la sanction de l'irrégularité de la résiliation. Et si le juge finit par rejeter la demande de reprise des relations contractuelles alors même que la résiliation n'a pas été prononcée régulièrement, c'est parce qu'il estime qu'au vu tant du vice dont la résiliation est entachée que de l'importance de l'intérêt général allégué, ce dernier doit prévaloir.

En se prononçant comme il l'a fait sur l'intérêt général susceptible de faire obstacle à la reprise des relations contractuelles en faisant abstraction de l'examen de la régularité de la résiliation et, par conséquent, au seul vu des objectifs poursuivis par la collectivité cocontractante, l'auteur de l'ordonnance attaquée a donc commis une erreur de droit puisqu'il n'a pas apprécié l'intérêt général au regard de l'ensemble des éléments concourant à son appréciation.

Le cas d'espèce illustre fort bien les risques d'un tel raccourci. L'auteur de l'ordonnance attaquée consacre de très longs développements à décrire « la politique globale de la mobilité et du stationnement [dans laquelle la commune de Cannes s'est engagée] sur son territoire pour les usagers, en recherchant la meilleure gestion des places de stationnement en ouvrage alors qu'elle gère déjà en régie le stationnement sur voirie, en vue de favoriser les déplacements et le stationnement des usagers, de maintenir l'attractivité et l'animation du centre-ville délaissé au profit des zones commerciales périphériques dotées de parkings gratuits », l'échec des efforts entrepris par la ville depuis 2003 en termes de coût des stationnement « pour permettre à l'utilisateur de mieux maîtriser ses frais de stationnement en fonction de ses besoins de déplacement en ville et faire du centre-ville de Cannes le plus grand centre commercial à ciel ouvert de la Côte d'Azur », les nouvelles mesures envisagées par la ville pour réduire significativement les coûts de stationnement (plage de gratuité importante le samedi et le dimanche, forfaits cinéma, restaurant, et toute autre offre aux mêmes fins) ainsi que les avantages, pour mener cette politique, d'une reprise en régie de l'exploitation de ces parcs.

Nous n'avons guère de doutes que ces projets caractérisent un motif d'intérêt général justifiant la résiliation de la convention de délégation de service public conclue 22 ans auparavant. Nous pensons également que, même si la commune a justifié la résiliation qu'elle a prononcée par la durée excessive de la convention, elle pouvait invoquer ce nouveau motif devant le juge pour justifier du bien fondé de la résiliation.

En revanche, ces motifs ne nous paraissent pas faire nécessairement obstacle à une reprise des relations contractuelles. La volonté légitime de mettre en œuvre une politique plus volontariste de stationnement souterrain destinée à attirer en centre ville les consommateurs motorisés résidant à l'extérieur ne représente pas un intérêt général d'une importance telle qu'il prévaille sur toute irrégularité susceptible d'entacher la décision de résiliation, au point que le juge n'examine même pas l'existence de vices aussi graves que, par exemple, l'incompétence de l'auteur de l'acte ou l'insuffisante information du conseil municipal censé avoir décidé de la résiliation anticipée et accepté son coût très élevé pour le budget de la commune. Si une telle irrégularité était avérée, ne devrait-elle pas prévaloir sur l'intérêt général à mettre en œuvre une politique générale qui ne présente aucun caractère d'urgence et dont les modalités n'ont peut-être pas été soumises à l'organe délibérant chargé de la décider ?

Certes, on peut concevoir que dans certains cas l'atteinte à l'intérêt général que causerait une reprise des relations contractuelles prévaille manifestement sur toute irrégularité, aussi grave soit-elle, de sorte qu'il est évident que la demande de reprise ne pourra qu'être rejetée. Vous pourriez donc admettre que le juge se prononce directement sur l'intérêt général, quitte à susciter un débat en cassation sur le point de savoir si cet intérêt général était suffisamment prégnant pour l'emporter par principe sur toute irrégularité. Il n'aurait pas commis d'erreur de droit en omettant de se prononcer sur la régularité de la résiliation mais une erreur de qualification juridique, que vous contrôlez, sur l'appréciation de l'intérêt général.

Cette solution nous semble cependant déplacer en cassation un débat qui doit en principe avoir lieu devant le juge du fond et généraliser en raison de quelques cas où la réponse est évidente une approche trop rapide dans la grande majorité des situations.

Le respect du séquençage des questions qui résulte des motifs de votre décision Béziers II garantit ainsi la prise en compte par le juge des différents éléments d'appréciation de la validité de la décision de résiliation d'abord, puis des conséquences de son éventuelle irrégularité, qui ne sont pas exactement les mêmes. Il ne représente pas une contrainte excessive et évite des raccourcis porteurs d'erreurs de droit de nature à donner aux requérants l'impression que cette voie de recours n'est pas seulement étroite mais aussi en trompe l'œil.

Plus généralement, en rappeler la rigueur montrera aussi que le pragmatisme dont vous faites preuve depuis quelques décennies en étendant l'office du juge à la détermination des conséquences des irrégularités qu'il constate n'est pas sans limite et que la légitimité du juge à prendre des décisions qui restreignent les effets de principe de son contrôle de la régularité de l'action administrative repose sur l'exercice de ce contrôle. Or, en se prononçant comme il l'a fait directement et uniquement sur l'atteinte à l'intérêt général d'une mesure dont il n'a pas examiné les causes juridiques susceptibles de la justifier, sans prendre aucunement en considération les autres intérêts en présence, notamment ceux du titulaire du contrat, comme il aurait dû le faire s'il s'était prononcé sur l'urgence, le juge se comporte plus en administrateur qu'en juge.

Admettriez-vous le rejet de conclusions en contestation de la validité du contrat, par une partie ou par un tiers, au seul motif qu'un intérêt général s'oppose « en tout état de cause » à sa résiliation ou à son annulation, alors même que l'intérêt général dans ces contentieux n'est même pas envisagé au prisme de « l'atteinte excessive » susceptible de lui être portée ? Nous ne le pensons pas. Or valider cette démarche dans le cadre certes étroit d'une reprise des relations contractuelles risque d'ouvrir la porte à de telles dérives.

Nous vous proposons donc d'annuler l'ordonnance attaquée et de régler l'affaire au titre de la demande de référé suspension.

Vous commencerez, comme le précisent les motifs de votre décision Béziers II, par rechercher si la société requérante invoque un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse. Pour ce faire, vous devrez déterminer si les vices invoqués paraissent, en l'état de l'instruction, d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation du préjudice résultant, pour le requérant, de la résiliation.

La société titulaire soutient en premier lieu que le conseil municipal n'aurait pas été suffisamment informé, notamment du montant de l'indemnité que la commune aurait à verser en cas de résiliation anticipée dans l'intérêt général. Ce moyen ne nous paraît pas fondé : il résulte de l'instruction que les commissions du conseil municipal ainsi que ses membres ont reçu en temps utile une information suffisante sur le projet de résiliation, notamment sur la durée excessive de la convention et la politique de la ville qu'elle permettrait de conduire, qui, s'il n'indiquait pas le montant précis de l'indemnité, ne cachait pas qu'une indemnité serait due. Son montant ne pouvait d'ailleurs être fixé, la commune ayant décidé d'organiser une évaluation précise des conséquences financières de cette décision.

Elle soutenait en deuxième lieu qu'elle n'a pas été mise à même de présenter ses observations préalablement à la décision de

résiliation. Ce moyen est inopérant, la résiliation, fondée sur un motif d'intérêt général, n'ayant pas le caractère d'une sanction (CE, 9 novembre 1994, Tigrini, Rec T p 1139 ; CE, 20 mars 1996, Veber, n°121601).

Le dernier manquement critiquait le motif de la résiliation tiré de la durée excessive de la convention. Vous avez fait le choix, pour les contrats conclus après l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, qui a posé le principe selon lequel les délégations de service public devaient être limitées dans leur durée, durée qui ne saurait en principe dépasser la durée normale d'amortissement des installations, de ne pas les considérer comme caducs<sup>1</sup> à partir du moment où ils auraient atteint la limite de cette durée normale, mais comme pouvant être résiliés par la personne publique, la nécessité d'une remise en concurrence constituant un motif d'intérêt général (CE, 7 mai 2013, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne, n° 365043). Ce choix n'est pas sans incidence sur la voie contentieuse de la contestation de cette décision : la caducité du contrat ne permet probablement pas l'action en reprise des relations contractuelles, contrairement à la résiliation.

Le moyen tiré de ce que la durée de la convention n'était pas excessive ne nous paraît pas davantage de nature à créer un doute sérieux en l'état de l'instruction. Certes, comme le fait observer la société titulaire, la commune argumente beaucoup plus sur le fait que les investissements seraient à la date de la résiliation amortis alors que ce qui est déterminant pour savoir si la durée de la convention était excessive est l'amortissement tel qu'il était conçu lors de la conclusion du contrat et le temps qui pouvait être raisonnablement escompté pour ce faire. Il n'en demeure pas moins qu'il ressort des différents documents produits ainsi que de la convention de délégation, qui ne prévoyait la construction que d'un seul parc, que la durée de 30 ans pouvait dès l'origine apparaître excessive.

Au demeurant, à supposer même que ce motif ne vous paraisse pas justifier la résiliation, celui invoqué devant vous tenant à la nécessité de reprendre en régie un service dont les modalités d'exploitation ne correspondaient plus aux enjeux de la politique de la ville constitue bien un intérêt général justifiant cette décision.

Le choix de l'un ou l'autre motif aura certainement des conséquences pour la détermination du droit du titulaire à indemnité. Mais il n'en a pas pour savoir si la résiliation pouvait être décidée.

Si vous nous suivez sur l'absence de moyen de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité de la résiliation, vous rejetterez la demande de reprise des relations contractuelles à titre provisoire sans avoir à vous prononcer sur l'existence d'une situation d'urgence, ni à vous interroger sur l'éventuelle atteinte à l'intérêt général d'une reprise des relations contractuelles.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;  
- Rejet de la demande de reprise des relations contractuelles à titre provisoire ;  
- A ce que vous mettiez à la charge de la société Uniparc Cannes le versement à la commune de Cannes d'une somme de 4 000 euros au titre des frais exposés.

**Référence 4 :** CE 25 janvier 2019, Société Uniparc Cannes, n°424846

Vu la procédure suivante :

La société Uniparc Cannes a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à ce qu'il soit ordonné, d'une part, de suspendre la décision du maire de Cannes du 27 juillet 2018 mettant en œuvre la résiliation pour motif d'intérêt général au 1<sup>er</sup> mars 2019 de la convention de délégation de service public portant sur divers parcs de stationnement de la commune de Cannes et, d'autre part, de reprendre à titre provisoire les relations contractuelles avec la commune de Cannes.

Par une ordonnance n° 1803597 du 20 septembre 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté ces demandes.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 12 et 22 octobre 2018 et 1<sup>er</sup> janvier 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Uniparc Cannes demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à ses conclusions de première instance ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Cannes la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative : « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision* ».

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nice que la commune de Cannes a confié à la société Uniparc Cannes, par un contrat de délégation de service public conclu le 31 mars 1995, la construction et l'exploitation d'un parc de stationnement ainsi que l'exploitation de sept parcs de stationnement existants. Le conseil municipal de Cannes a, par une délibération du 16 juillet 2018, décidé de résilier cette convention à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019. Cette décision a été notifiée le 27 juillet 2018 par le maire de Cannes à la société Uniparc Cannes. Celle-ci a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de la décision de résiliation du contrat dont elle était titulaire et à ce que soit ordonnée la poursuite des relations contractuelles. La société Uniparc Cannes se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 20 septembre 2018 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté ses demandes.

3. Il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à

sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité. Dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles.

4. Pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse.

5. Il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour déterminer si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse, d'apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation du préjudice résultant, pour le requérant, de la résiliation.

6. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter la demande de suspension de la société Uniparc Cannes, le juge des référés du tribunal administratif de Nice s'est borné, après avoir relevé que la société soutenait que la décision litigieuse était entachée de plusieurs vices, à juger que la reprise provisoire des relations contractuelles serait, en tout état de cause, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général tenant à la volonté de la commune de Cannes de s'engager dans une nouvelle politique et une gestion plus dynamique du stationnement sur son territoire. En s'abstenant de rechercher si les vices invoqués par la société Uniparc Cannes à l'encontre de la mesure de résiliation étaient d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation de la société, c'est-à-dire si, eu égard à leur gravité et, le cas échéant, à celle des manquements de la société à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, une telle reprise n'était pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a entaché son ordonnance d'une erreur de droit, l'existence d'un motif d'intérêt général s'opposant à la reprise des relations contractuelles ne pouvant être appréciée indépendamment de la gravité des vices affectant la mesure de résiliation. Par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la société Uniparc Cannes est fondée à en demander l'annulation.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Uniparc Cannes en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

8. En premier lieu, il résulte de l'instruction que préalablement à la délibération du 16 juillet 2018, les membres du conseil

municipal de Cannes ont reçu une information sur la teneur de la mesure de résiliation envisagée et sur le risque indemnitaire inhérent à cette mesure. Il leur a été notamment indiqué que le conseil municipal serait conduit à se prononcer ultérieurement sur le montant de l'indemnité à verser éventuellement au délégataire, la commune estimant en l'état qu'aucune indemnisation du manque à gagner de la société n'était due. Par suite, le moyen tiré de ce que les membres du conseil municipal n'auraient pas bénéficié d'une information suffisante avant la délibération du 16 juillet 2018, notamment du fait de l'absence de chiffrage du montant de l'indemnisation due au délégataire, n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation prononcée.

9. En deuxième lieu, le moyen tiré de ce que la décision litigieuse aurait été prise en méconnaissance du principe du contradictoire et des droits de la défense au motif que la société n'aurait pas été mise en mesure de présenter des observations préalables, ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'une décision de résiliation pour motif d'intérêt général, qui ne revêt pas le caractère d'une sanction. Au demeurant, il résulte de l'instruction que plusieurs échanges ont eu lieu entre la société délégataire et la commune de Cannes avant l'adoption de la délibération du 16 juillet 2018.

10. Enfin, en admettant même que la convention de délégation de service public litigieuse ne puisse être regardée comme ayant été conclue pour une durée excessive, eu égard à la nature des prestations demandées et aux investissements mis à la charge du délégataire, il résulte de l'instruction que la mesure de résiliation est également fondée sur le motif d'intérêt général tiré de la nécessité d'une reprise en régie de la gestion des parcs de stationnement afin de permettre la mise en oeuvre d'une nouvelle politique du stationnement dans la ville.

11. Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun des vices invoqués par la société Uniparc Cannes n'est de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse. Il suit de là que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition tenant à l'existence d'une situation d'urgence, la demande de la société Uniparc Cannes tendant à la reprise provisoire des relations contractuelles doit être rejetée.

12. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que la somme demandée à ce titre par la société Uniparc Cannes soit mise à la charge de la commune de Cannes qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. Il y a lieu, en revanche, au titre des mêmes dispositions et pour l'ensemble de la procédure, de mettre à la charge de la société requérante une somme de 4 000 euros à verser à la commune de Cannes.

D E C I D E :

Article 1<sup>er</sup> : L'ordonnance du 20 septembre 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Nice est annulée.

Article 2 : La demande de la société Uniparc Cannes est rejetée.

Article 3 : La société Uniparc Cannes versera à la commune de Cannes une somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées par la société Uniparc Cannes au même titre sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société Uniparc Cannes et la commune de Cannes.

**Référence 5: Conclusions sur CE, 25 janvier 2019, Bureau Européen D'assistance Hospitalière**

Le litige qui oppose la Sté hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM), candidate évincée de l'attribution par le Centre hospitalier intercommunal (CHI) de Fréjus Saint-Raphaël d'un marché d'assurance, à ce dernier et à la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), mandataire du groupement avec lequel il l'a conclu le 23 décembre 2017, ne vous est pas inconnu. Vous avez ainsi annulé par une décision du 25 juin 2018 (Sté hospitalière d'assurance mutuelle (SHAM), n° 417734, aux T) l'ordonnance du juge des référés du TA de Toulon qui avait rejeté le référé contractuel de la candidate évincée au motif que si le contrat avait bien été signé après que le Centre hospitalier avait reçu notification du référé précontractuel qu'elle avait formé, cette notification ne lui était pas opposable faute d'avoir été accompagnée de l'accusé de réception du dépôt et de l'enregistrement de sa requête. Vous avez censuré pour erreur de droit cette exigence et renvoyé l'affaire au juge du référé contractuel qui, par une ordonnance du 17 juillet 2018 contre laquelle la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) se pourvoit en cassation, a prononcé la résiliation du marché à compter du 1er mars 2019.

Il a considéré que les prestations prévues par les stipulations du marché relatives à la protection juridique des agents, et en particulier son volet défense pénale, figurant à l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières, étaient des prestations d'assurance de protection juridique au sens du droit des assurances et constaté que le BEAH, courtier gestionnaire et mandataire du groupement, de disposait pas, en qualité d'intermédiaire d'assurances, d'un mandat de la société Areas Assurances, membre du groupement désigné comme étant celle qui devait garantir les risques relatifs à la protection juridique, en méconnaissance tant de l'article 4.1 du règlement de la consultation que des articles 48 à 54 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, qui imposent, dans le cas où le dossier de candidature est présenté par un intermédiaire d'assurances, le mandat en vertu duquel cet intermédiaire représentait la société candidate à l'attribution du marché. Il en a donc conclu que le pouvoir adjudicateur avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en retenant une offre irrégulière.

Il a ensuite relevé que l'offre de la candidate évincée auteur du recours était également irrégulière, de sorte que le manquement commis par le pouvoir adjudicateur n'avait pas affecté ses chances d'obtenir le contrat, ce qui faisait obstacle à ce qu'il pût faire droit à ses conclusions en annulation du contrat en application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative. Il devait toutefois infliger l'une des autres sanctions prévues par l'article L. 551-20, à savoir la résiliation du contrat, la réduction de sa durée ou une pénalité financière et nous avons dit qu'il avait fait le choix de la résiliation avec effet différé.

Le principal moyen du pourvoi est tiré de ce que le juge du référé aurait commis une erreur de droit en jugeant que les prestations d'assurances prévues par les stipulations relatives à la défense pénale, qui visent « à défendre les intérêts des assurés exposés au risque du prononcé d'une sanction pénale, ne peuvent être regardées comme s'exerçant en même temps dans l'intérêt de l'assureur », de sorte qu'elles devaient être regardées comme des prestations de protection juridique.

Ce raisonnement porte sur les dispositions combinées des articles L. 127-1 et L. 127-6 du code des assurances. Le premier définit

l'opération d'assurance de protection juridique comme recouvrant « toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi ». Aux termes du second, « Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas : (...) 2° A l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsqu'elle s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur ». Dans ce dernier cas, les prestations d'assurance relèvent non de l'assurance « protection juridique » mais de l'assurance « responsabilité civile ».

Contrairement à ce que soutient la SHAM en défense, l'erreur éventuellement commise par le juge du référé quant à la qualification juridique des prestations d'assurance n'est pas sans incidence sur le dispositif de son ordonnance en tant qu'il fait grief à l'auteur du pourvoi. Cette qualification fonde le constat de l'irrégularité du marché litigieux, qui fonde à son tour le choix de la sanction prononcée en application de l'article L. 551-20, lequel ouvre au juge du référé contractuel le choix entre l'annulation du contrat, sa résiliation ou une pénalité financière. La société BEAH ayant intérêt à contester la résiliation du marché qui lui a été attribuée a donc intérêt à critiquer les motifs qui la justifient aux yeux du juge du référé. Que l'irrégularité de la passation du contrat ait été invoquée par l'auteur du référé contractuel à l'appui de conclusions en annulation du contrat qui ont finalement été rejetées par le juge ne rend donc pas inopérante sa critique par le titulaire du contrat.

La question de savoir si les prestations objet d'un contrat d'assurances relèvent de la « protection juridique » ou de la « responsabilité civile » est une question de qualification juridique qui, comme toute opération de qualification juridique, comporte une part de raisonnement juridique et une part d'interprétation des stipulations du contrat. Si cette dernière est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, vous contrôlez au titre de l'erreur de droit le maniement du critère légal qui conduit à déterminer de quelle catégorie juridique relèvent les prestations du contrat (voyez par exemple, pour la qualification de missions d'intermédiation d'assurance de prestations dont le contenu est souverainement constaté par les juges du fond : CE, 10 février 2014, Société Cabinet Henri Abecassis, n° 367262, aux T).

En l'occurrence, la question posée par le pourvoi ne porte pas sur la détermination des prestations d'assurance qui, aux termes de l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières, consistent « à défendre l'assuré, le directeur de l'établissement et les personnes ayant reçu une délégation de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les agents placés sous l'autorité de l'assuré pendant leur service, lorsqu'ils sont personnellement poursuivis devant une juridiction répressive à l'occasion d'un dommage garanti au titre du contrat « Assurance Responsabilité Civile » », mais sur l'application à ces prestations du critère légal tenant à ce que « l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, ... s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur », qui a pour effet de l'exclure du champ de la protection juridique.

Si, comme dans les affaires de la Caisse des dépôts et consignations également à votre rôle de ce jour, nous ne voyons pas de difficulté à ce que vous adoptiez une conception différente

de celle de la juridiction judiciaire d'une notion générale telle que celle d'omission déclarative pour l'application de textes différents à des situations juridiques différentes, il nous semblerait tout à fait inopportun qu'une même disposition législative permettant de qualifier une même prestation d'assurance soit interprétée différemment selon que cette prestation figure dans un contrat de droit privé ou dans un contrat qui n'est administratif que par détermination de la loi. Et comme cette disposition législative figure dans le code des assurances, dont le juge judiciaire à une pratique à la fois beaucoup plus longue et ample que la vôtre, c'est naturellement vers sa jurisprudence que nous nous tournons pour déterminer le sens et la portée qu'il convient de donner à ce critère de l'activité d'assurance de responsabilité s'exerçant « en même temps dans l'intérêt de l'assureur », critère issu de l'article 2 de la directive n° 87/344/CEE du 22 juin 1987 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance-protection juridique, dont l'article L. 127-6 assure la transposition.

Il en ressort de manière constante que l'exclusion posée par cet article ne joue que lorsque l'intervention de l'assureur "concerne les événements entrant dans le cadre de la police" (1ère Civ., 8 juillet 1997, n° 95-13.484, Bull. 1997, I, n° 232). Par un autre arrêt du même jour, la Cour a jugé qu'une clause dite "assistance juridique, défense et recours" figurant dans un contrat d'assurance de responsabilité professionnelle ayant vocation à jouer même en dehors du cadre des garanties au fond de l'assureur relevait de la garantie de protection juridique (1ère Civ., 8 juillet 1997, n° 95-17.548, Bull. 1997, I, n° 231).

Elle a confirmé cette interprétation quelques années plus tard en indiquant qu'« une clause qui prévoit l'intervention de l'assureur uniquement en cas d'action mettant en cause une responsabilité garantie par le contrat ne constitue pas une garantie de protection juridique indépendante de toute autre qui s'imposerait à l'assureur quelles que soient les circonstances du sinistre » (2° Civ., 28 février 2013, n° 12-12.813, Bull. 2013, II, n° 44).

Le critère de l'intérêt de l'assureur s'apprécie donc en fonction du périmètre de la garantie d'assistance juridique : l'assureur a un intérêt personnel à l'issue d'une action en justice à laquelle est partie son assuré lorsque cette action est susceptible de déboucher sur une responsabilité qu'il est tenu de garantir. Dans ce cas, il doit pouvoir se réserver la possibilité de veiller lui-même à la défense des intérêts de son assuré, dans les droits et obligations duquel il pourra être subrogé. Les clauses de défense et de représentation sont alors considérées comme des clauses de direction du procès, accessoires à la garantie de responsabilité civile qui pourra l'obliger à prendre en charge la condamnation de son assuré. En revanche, si la garantie d'assistance juridique porte sur des obligations qu'il n'assume pas, il n'a aucun intérêt personnel à l'issue du litige. Il doit seulement prendre en charge par l'assureur les frais exposés par son assuré pour la défense de ses seuls intérêts.

L'application de ce critère aux prestations du contrat litigieux telles qu'elles ressortent des stipulations précitées conduit sans aucun doute à les regarder comme s'exerçant « en même temps dans l'intérêt de l'assureur » puisqu'elles consistent « à défendre l'assuré, le directeur de l'établissement et les personnes ayant reçu une délégation de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les agents placés sous l'autorité de l'assuré pendant leur service, lorsqu'ils sont personnellement poursuivis devant une juridiction répressive à l'occasion d'un dommage garanti au titre du contrat « Assurance Responsabilité Civile » » et seulement à l'occasion d'un dommage garanti à ce titre. Il ne s'agit donc pas d'une garantie « protection juridique » indépendante, mais d'un

accessoire de la garantie responsabilité civile. Le juge du référé a donc commis une erreur de droit en jugeant le contraire.

Si vous nous suivez, vous annulez l'ordonnance attaquée, sans avoir besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, qui ne seraient pas fondés si vous écarterez le premier puisque le juge du référé n'a ni inexactement qualifié les faits ni ne les a dénaturés en jugeant que l'irrégularité du contrat entraînait sa résiliation.

Vous devrez, s'agissant d'une deuxième cassation, régler l'affaire au titre de la procédure de référé contractuel.

Vous écarterez, pour les raisons que nous venons de dire, le moyen retenu à tort par le juge du référé et qui était le seul manquement reproché au pouvoir adjudicateur dans l'attribution du contrat. Les prestations d'assurance ne portant pas sur des risques relatifs à la protection juridique, la société mandataire du groupement n'avait pas à produire de mandat pour l'exercice d'une telle garantie.

En l'absence d'irrégularité entachant la procédure de passation du contrat, la candidate évincée n'est pas fondée à demander l'annulation du contrat, indépendamment même de la question de savoir si son offre était régulière.

Vous devez donc fixer, en application de l'article L. 551-20, la sanction qu'il convient d'infliger au pouvoir adjudicateur pour avoir méconnu l'obligation de ne pas signer le marché alors qu'un référé précontractuel avait été formé. Nous ne voyons pas de raison de prononcer la résiliation d'un contrat régulier. Vous devrez alors infliger une pénalité financière (sur cette obligation : CE, 30 nov 2011, Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon, n° 350788, au rec). Le montant de cette pénalité est fonction du montant du contrat et des circonstances de la méconnaissance de l'obligation de suspension qu'elle sanctionne. Le montant du marché s'élève à près de 650 000 euros TTC.

Les circonstances de la conclusion irrégulière du contrat n'incitent pas à la clémence, le Centre hospitalier ayant signé le marché un samedi, alors qu'il avait reçu notification deux jours auparavant du recours formé par la SHAM. Même sans lui imputer d'intention de court-circuiter ce recours, la plus élémentaire prudence aurait dû l'inciter à ne pas signer le marché. Nous vous proposons donc de fixer cette amende à 20 000 euros, afin de rappeler aux acheteurs publics que la notification d'un recours contentieux doit conduire à suspendre la signature du contrat, sans chercher des raisons juridiquement douteuses de s'y soustraire.

Vous aviez retenu un tel montant dans le cas d'une volonté encore plus manifeste de faire échec au recours pré-contractuel (CE, 14 février 2017, Sté des eaux de Marseille, n° 403614, aux T), mais les cas dans lesquels vous avez fixé des sommes inférieures (10 000 euros : sté DPM précitée; 1er mars 2012, OPAC du Rhône, n° 355560, aux T; 15 février 2013, sté SFR, n° 363854, aux T) faisaient apparaître une bonne foi de l'acheteur qu'il apparaît ici plus difficile de porter au crédit du Centre hospitalier de Fréjus.

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée;
- Rejet de la demande de référé contractuel présentée par la SHAM ;
- Condamnation du Centre hospitalier de Fréjus à verser au Trésor Public une pénalité de 20 000 euros;
- A ce que vous mettiez à la charge de la SHAM et du Centre hospitalier de Fréjus le versement à la société BEAH d'une somme de 1 500 euros chacun au titre des frais exposés par elle devant vous.

**Référence 6 : CE, 25 janvier 2019, Bureau Européen d'Assurance Hospitalière, n°423159**

Vu la procédure suivante :

La société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a demandé au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Toulon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, en premier lieu, d'annuler la décision par laquelle le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël (Var), en qualité de mandataire d'un groupement de commandes constitué avec le centre hospitalier de Saint-Tropez, a rejeté l'offre qu'elle avait présentée pour l'attribution d'un marché de prestation de services d'assurance portant sur la responsabilité civile hospitalière et les risques annexes ainsi que la décision d'attribuer ce marché au groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), mandataire, et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances, en deuxième lieu, d'enjoindre au centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres, en troisième lieu, d'annuler la procédure de passation lancée par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et, en dernier lieu, d'enjoindre au centre hospitalier intercommunal de lui communiquer les informations exigées par l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, notamment le rapport d'analyse des offres ainsi qu'un ensemble d'autres documents relatifs au marché. Informée de ce que le marché avait été signé, la société a demandé au juge du référé contractuel du tribunal administratif de Toulon, sur le fondement des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative, en premier lieu, d'annuler le contrat conclu le 23 décembre 2017 par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et le groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances, en second lieu, d'enjoindre au centre hospitalier intercommunal de lui communiquer la lettre de candidature du groupement attributaire, le mandat confié au Bureau européen d'assurance hospitalière par les sociétés Areas Assurances et Amtrust International Underwriters, le mémoire technique du Bureau européen d'assurance hospitalière, l'ensemble des pièces du marché signé ainsi que le rapport d'analyse des offres et de présentation de la procédure de passation. Par une ordonnance n° 1704809 du 15 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et rejeté les autres conclusions de la société.

Par une décision n° 417734 du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a annulé cette ordonnance en tant qu'elle statue sur les conclusions du référé contractuel.

Par une ordonnance n° 1802024 du 27 juillet 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a ordonné la résiliation, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019, du marché conclu le 23 décembre 2017 entre le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël et le groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 13, 17 août et 26 octobre 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 27 juillet 2018 ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) et de faire droit à ses conclusions de première instance ;

3°) de mettre à la charge de la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 ;
- le code des assurances ;
- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;
- loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 ;
- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...)* / *Le juge est saisi avant la conclusion du contrat* ». Aux termes de l'article L. 551-4 du même code : « *Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle* ». Aux termes de l'article L. 551-13 du même code : « *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* ». 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* ». Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « *Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsque ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci 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 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat* ». Enfin, aux termes de l'article L. 551-20 du même code : « *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 ».*

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulon que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël a lancé en octobre 2017, au nom du groupement de commandes qu'il a constitué avec le centre hospitalier de Saint-Tropez et dont il est le coordonnateur, une procédure d'appel d'offres ouvert pour la passation d'un marché public de prestation de services d'assurance portant sur la responsabilité civile hospitalière et les risques annexes, ayant pour objet de couvrir les conséquences pécuniaires de la mise en cause de la responsabilité civile de ces deux établissements par des tiers. Par un courrier électronique du 12 décembre 2017, la société hospitalière d'assurances mutuelles a été informée du rejet de son offre et de l'attribution du marché au groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances. La société hospitalière d'assurances mutuelles a d'abord demandé au juge du référé précontractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part, d'annuler la décision par laquelle le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël avait rejeté son offre et la décision d'attribuer le marché au groupement constitué par le Bureau européen d'assurance hospitalière et les sociétés Amtrust International Underwriters et Areas Assurances et, d'autre part, de lui enjoindre de reprendre la procédure au stade de l'examen des offres et de lui communiquer les motifs du rejet de son offre et les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi qu'un ensemble de documents relatifs au marché, dont le rapport d'analyse des offres. Informée de la signature du marché par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël avec le groupement attributaire, elle a ensuite demandé au juge des référés l'annulation de ce marché sur le fondement des dispositions des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative relatives au référé contractuel. Par une ordonnance du 15 janvier 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a prononcé un non-lieu à statuer sur les conclusions de la société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) relatives au référé précontractuel et rejeté ses conclusions présentées au titre du référé contractuel. Par une décision n° 417734 du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux a annulé cette ordonnance en tant qu'elle statue sur les conclusions du référé contractuel et renvoyé l'affaire, dans cette mesure, au tribunal administratif de Toulon.

3. Par une ordonnance du 27 juillet 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a rejeté les conclusions de la requête de la société hospitalière d'assurances mutuelles présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, mais a ordonné, sur le fondement de l'article L. 551-20 du même code, la résiliation, à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019, du marché en litige, qui devait initialement expirer le 31 décembre 2020. Par le pourvoi qu'il a formé le 13 août 2018 devant le Conseil d'Etat, le Bureau européen d'assurance hospitalière doit être regardé comme demandant l'annulation de cette ordonnance en tant qu'elle ordonne, sur le fondement de l'article R. 551-20 du code de justice administrative, la résiliation du marché à compter du 1<sup>er</sup> mars 2019.

4. Pour ordonner la résiliation du marché, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a relevé que le centre hospitalier avait méconnu l'interdiction de le signer à compter de la saisine du juge du référé précontractuel et jusqu'à la notification de la décision de celui-ci, prévue par l'article 551-4 du code de justice administrative. Il a en outre estimé que le marché comportait une

clause d'assurance de protection juridique au sens de l'article L. 127-1 du code des assurances et que, le Bureau européen d'assurance hospitalière ne disposant pas d'un mandat de la société Areas Assurances, seul membre du groupement attributaire habilité à garantir les risques de protection juridique, le centre hospitalier avait conclu le marché avec un candidat dont l'offre était irrégulière. Le requérant soutient que c'est au prix d'une méconnaissance de l'article L. 121-7 du code des assurances que le juge des référés a identifié une clause d'assurance de protection juridique.

5. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières intitulé « *Protection juridique des agents* » stipule que « *L'assureur couvre les effets de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, notamment son article 11 (...), l'obligation de l'établissement de garantir les frais de défense pénale et recours de tout agent mis en cause dans le cadre de sa mission au sein de l'établissement* », qu'au titre de la garantie « *défense pénale* », « *l'assureur s'engage à défendre l'assuré, le directeur de l'établissement et les personnes ayant reçu une délégation de pouvoir dans l'exercice de leurs fonctions, ainsi que les agents placés sous l'autorité de l'assuré pendant leur service, lorsqu'ils sont personnellement poursuivis devant une juridiction répressive à l'occasion d'un dommage garanti au titre du contrat « Assurance Responsabilité Civile* » » et qu'au titre de la garantie « *recours* », « *l'assureur s'engage à réclamer la réparation incombant à un tiers responsable des dommages matériels et immatériels qui en sont la conséquence, subis par l'assuré, et qui ont trait à l'un des risques compris dans les garanties de base ou expressément couverts au titre de l'une des extensions facultatives de garantie* ».

6. Aux termes de l'article L. 127-1 du code des assurances : « *Est une opération d'assurance de protection juridique toute opération consistant, moyennant le paiement d'une prime ou d'une cotisation préalablement convenue, à prendre en charge des frais de procédure ou à fournir des services découlant de la couverture d'assurance, en cas de différend ou de litige opposant l'assuré à un tiers, en vue notamment de défendre ou représenter en demande l'assuré dans une procédure civile, pénale, administrative ou autre ou contre une réclamation dont il est l'objet ou d'obtenir réparation à l'amiable du dommage subi* ». Aux termes de l'article L. 127-6 de ce code, placé dans le chapitre intitulé « *L'assurance de protection juridique* » : « *Les dispositions du présent chapitre ne s'appliquent pas : (...) / 2° A l'activité de l'assureur de responsabilité civile pour la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsqu'elle s'exerce en même temps dans l'intérêt de l'assureur* ». Aux termes du second alinéa de l'article L. 113-1 du même code : « *l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré* ». Aux termes de l'article L. 121-2 du même code : « *L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1242 du code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes* ».

7. Par ailleurs, aux termes de l'article 11 de la loi du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « *I. - A raison de ses fonctions et indépendamment des règles fixées par le code pénal et par les lois spéciales, le fonctionnaire ou, le cas échéant, l'ancien fonctionnaire bénéficie, dans les conditions prévues au présent article, d'une protection organisée par la collectivité publique qui l'emploie à la date des faits en cause ou des faits ayant été imputés de façon diffamatoire. / II. - Lorsque le fonctionnaire a été poursuivi par un tiers pour faute de service et que le conflit d'attribution n'a pas été élevé, la collectivité*

publique doit, dans la mesure où une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions n'est pas imputable au fonctionnaire, le couvrir des condamnations civiles prononcées contre lui. / III. - Lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection. Le fonctionnaire entendu en qualité de témoin assisté pour de tels faits bénéficie de cette protection. La collectivité publique est également tenue de protéger le fonctionnaire qui, à raison de tels faits, est placé en garde à vue ou se voit proposer une mesure de composition pénale. / IV. - La collectivité publique est tenue de protéger le fonctionnaire contre les atteintes volontaires à l'intégrité de la personne, les violences, les agissements constitutifs de harcèlement, les menaces, les injures, les diffamations ou les outrages dont il pourrait être victime sans qu'une faute personnelle puisse lui être imputée. Elle est tenue de réparer, le cas échéant, le préjudice qui en est résulté (...) » ;

8. Il résulte des dispositions de l'article L. 127-6 du code des assurances, citées au point 6, que ne constitue pas une clause d'assurance de protection juridique la clause par laquelle l'assureur s'engage à prendre en charge la défense ou la représentation de son assuré dans toute procédure judiciaire ou administrative, lorsque cette prise en charge s'exerce en même temps dans son intérêt propre. Ainsi, une clause qui prévoit l'intervention de l'assureur uniquement en cas d'action mettant en cause une responsabilité garantie par le contrat ne constitue pas une garantie de protection juridique qui s'imposerait à l'assureur quelles que soient les circonstances du sinistre. L'activité prévue au titre de la garantie « recours » mentionnée au point 5 peut être regardée comme exercée aussi dans l'intérêt de l'assureur. Il résulte par ailleurs des dispositions précitées de l'article L. 121-2 du code des assurances qu'il en va de même de l'activité exercée au titre de la garantie « défense pénale » mentionnée au même point, sans qu'y fassent obstacle les dispositions de l'article L. 113-1 du même code. Par suite, en jugeant que les stipulations de l'article 2.2.19 du cahier des clauses techniques particulières, au moins en tant qu'elles portent sur le volet « défense pénale », instituent une garantie de protection juridique régie par les articles L. 127-1 et suivants du code des assurances, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a entaché son ordonnance d'une erreur de droit. Dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le Bureau européen d'assurance hospitalière est fondé à en demander l'annulation en tant qu'elle ordonne, par son article 1<sup>er</sup>, la résiliation du marché sur le fondement de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

9. Aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative : « Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'Etat statue définitivement sur cette affaire ». Le Conseil d'Etat étant saisi, en l'espèce, d'un second pourvoi en cassation, il lui incombe de statuer, dans les limites de la cassation prononcée ci-dessus, sur les conclusions du référé contractuel de la société hospitalière d'assurances mutuelles.

10. Le rejet des conclusions présentées par la société hospitalière d'assurances mutuelles sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, devenu définitif, ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux 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 du code.

11. Il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, que le marché litigieux a été signé par le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël en méconnaissance de l'obligation prévue par l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Il y a donc lieu de prononcer une des sanctions prévues par l'article L. 551-20 du même code.

12. Pour déterminer la sanction à prononcer, il incombe au juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé prématurément, en méconnaissance des obligations de délai rappelées à l'article L. 551-20 du code de justice administrative, d'apprécier l'ensemble des circonstances de l'espèce, en prenant notamment en compte la gravité du manquement commis, son caractère plus ou moins délibéré, la plus ou moins grande capacité du pouvoir adjudicateur à connaître et à mettre en œuvre ses obligations ainsi que la nature et les caractéristiques du contrat.

13. Il résulte de l'instruction que le centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël, qui ne pouvait ignorer les conditions dans lesquelles un marché peut être signé lorsque le juge du référé précontractuel a été saisi, a signé le contrat litigieux alors qu'il était clairement informé de l'existence d'un référé précontractuel, qui lui avait été notifié. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 20 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

14. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par le Bureau européen d'assurance hospitalière et la société hospitalière d'assurances mutuelles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DE C I D E :

-----  
Article 1<sup>er</sup> : L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 27 juillet 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Toulon est annulé.

Article 2 : Une pénalité de 20 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée au centre hospitalier intercommunal de Fréjus Saint-Raphaël en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 3 : Les conclusions présentées par le Bureau européen d'assurance hospitalière et la société hospitalière d'assurances mutuelles au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 4 : La présente décision sera notifiée au Bureau européen d'assurance hospitalière et à la société hospitalière d'assurances mutuelles.