

Fiche n° 5
LE CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS I :
LES RECOURS D'URGENCE (avant et après la signature du contrat)

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 8 décembre 2020, Société Pompes funèbres Funérarium Lemarchand ;
- Référence 2 :** CE, 8 décembre 2020, Société Pompes funèbres Funérarium Lemarchand, n° 440704 ;
- Référence 3 :** Conseil Constitutionnel, 2 octobre 2020 n°2020-857 ;
- Référence 4 :** Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 11 mai 2022, n° 19-24.270 ;
- Référence 5 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 25 janvier 2019, Société Uniparc Cannes ;
- Référence 6 :** CE, 25 janvier 2019, Société Uniparc Cannes, n°424846 ;
- Référence 7 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 10 février 2022, Centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre / Abymes, n° 456503 ;
- Référence 8 :** CE, 7^e et 2^e ch. réun., 10 février 2022, Centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre / Abymes, n° 456503 ;

DÉCISIONS DU CORPUS

- CE, 4 août 1905, Martin,
- CE, 21 décembre 1906, Syndicat des propriétaires du quartier de Croix de Seguey-Tivoli,
- CE, 1^{er} 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 : cas pratique

La province sud de la Nouvelle-Calédonie, maître d'ouvrage, a lancé un marché de travaux. La société TAGADA a présenté une offre pour les lots de ce marché.

Informée le 28 janvier 2021 du rejet de son offre, la société saisit le juge du référé précontractuel pour faire enjoindre la suspension de la signature des contrats afférents aux lots du marché. Toutefois, la signature est intervenue le 27 janvier 2021, avant l'introduction du référé précontractuel. La société a alors demandé au juge du référé contractuel d'annuler les contrats afférents aux lots pour lesquels elle avait soumissionné en se prévalant de l'absence de respect du délai de suspension dit « standstill » par le pouvoir adjudicateur.

Le 15 février, M. Tatou, membre de la commission d'appel d'offres du marché, qui a antérieurement siégé au conseil d'administration de la société TAGADA en sa qualité de membre de l'assemblée provinciale de la province sud déclare dans la presse que l'introduction de la présente demande en référé va générer du retard dans l'opération envisagée. Suite à cette intervention, la société introduit dans un mémoire complémentaire un moyen tiré de la violation du principe d'impartialité.

En tant qu'avocat de la province sud, vous êtes saisi du contentieux :

- 1) Vous vous prononcerez d'abord sur la recevabilité du recours devant le juge du référé contractuel au regard des règles relatives aux marchés publics qui s'appliquent sur le territoire de la Nouvelle Calédonie.
- 2) Vous examinerez ensuite sur le fond de l'argumentation de la société. Pour ce faire, vous définirez le principe d'impartialité, explicitez le caractère opérant de ce moyen dans l'office du juge des référés puis déterminerez l'existence d'une atteinte.

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 8 décembre 2020, Société Pompes funèbres Funerarium Lemarchand

Combien de fois un candidat évincé de l'attribution d'une concession peut-il parvenir à former des référés précontractuels ? Telle est la question que, en creux, le présent pourvoi va vous permettre de trancher.

1. La société Pompes funèbres Funerarium Lemarchand (PFFL) est, comme son nom ne l'indique pas, dotée d'une grande vitalité contentieuse. Candidate malheureuse à l'attribution par la commune de Challans (Vendée) d'une concession de service public portant sur la conception, la construction puis l'exploitation d'un crématorium communal, elle a présenté devant le tribunal administratif de Nantes, outre deux référés mesures utiles tendant à la communication de certains documents, trois référés tendant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, à l'annulation de la procédure de passation de ce contrat, déposés respectivement les 24 décembre 2019, 3 février et 2 mars 2020. Ses deux premières demandes ont été rejetées au fond par des décisions en date des 31 janvier et 27 février 2020.

PLUSIEURS DEMANDES EN RÉFÉRÉ PRÉ-CONTRACTUEL

Quant à la troisième demande, la société, informée que la convention litigieuse, avait été signée le 27 février 2020, soit le jour même de la lecture de la seconde décision, a présenté de nouvelles conclusions dans un mémoire complémentaire afin de convertir sa demande en référé contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative.

Elle se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 28 avril 2020 par laquelle le juge des référés a rejeté ces dernières conclusions comme irrecevables, au motif que la méconnaissance par la commune de ses obligations de suspendre la signature du contrat dans l'attente de la notification de l'ordonnance du 27 février 2020 ne pouvait la faire regarder comme ayant été privée de son droit d'exercer un recours pré-contractuel.

2. Trois moyens critiquent d'abord la régularité de l'ordonnance mais aucun ne nous paraît fondé, même si le premier n'est pas dépourvu d'importance pratique en cette période.

2.1. Il est, en premier lieu, soutenu que le juge du référé pré-contractuel (JRTA) ne pouvait statuer sans tenir d'audience dès lors, selon le pourvoi, que les référés contractuels n'entraient pas dans le champ de l'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif, qui dispose que, durant la période comprise entre le 12 mars 2020 et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire : « Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé [...] »

UNE DISPENSE D'AUDIENCE

La lettre de ces dispositions est pourtant tout à fait claire : toutes les procédures de référé, sans distinction, peuvent être dispensées d'audience, sans qu'il y ait lieu de réserver cette possibilité à ce que le pourvoi appelle les « référés d'urgence » (à savoir les seules procédures relevant du titre II du livre V du code de justice administrative).

Certes, les référés pré-contractuels et contractuels tranchent des questions de fond, mais leurs juges statuent bien sur des « requêtes présentées en référé » et les décisions sont rendues à

l'issue de procédures dont le caractère urgent justifie qu'elles entrent dans le champ des mesures exceptionnelles prises au printemps dernier.

2.2. Vous ferez ensuite litière de l'argument tiré de ce que le juge des référés du tribunal administratif (JRTA) aurait dû motiver son ordonnance sur ce point par des « considérations pratiques » propres aux tribunaux administratifs de Nantes, aucune obligation de la sorte n'étant prévue par l'ordonnance du 25 mars 2020.

2.3. Enfin, vous écarterez le moyen tiré de ce que le juge des référés a irrégulièrement statué en ne tenant pas d'audience alors qu'il avait initialement inscrit les affaires au rôle d'une audience publique avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire puis qu'il les avait renvoyées à une date ultérieure du fait de cet état d'urgence. Nous ne voyons en effet là aucune méconnaissance de la règle de dispense d'audience qui, nous semble-t-il, a précisément été instituée provisoirement par l'ordonnance du 25 mars 2020 pour régir de telles circonstances.

3. Les deux moyens critiquant le bien-fondé de l'ordonnance sont plus substantiels et au moins l'un d'eux nous paraît fondé. Il est tiré de ce que le juge des référés a commis une erreur de droit en jugeant que la méconnaissance par la commune du délai de suspension de la signature du contrat n'avait pas privé la requérante de son droit de saisir le juge du référé pré-contractuel dès lors qu'elle avait déjà pu présenter deux référés pré-contractuels rejetés au fond.

Si nous pouvons comprendre, en l'espèce, les sentiments qui ont inspiré cette solution, il nous semble qu'un tel motif ne peut fonder en droit la position du juge des référés.

LA POSSIBILITÉ DE PRÉSENTER PLUSIEURS RÉFÉRÉS PRÉ-CONTRACTUELS

Vous venez de le rappeler 1 très récemment, pour ce qui concerne la procédure de référé suspension, dans votre décision CE 29 juin 2020, SCI Eaux douces 2 qui énonce que : « La circonstance que le juge des référés a rejeté une première demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que la même partie saisisse ce juge d'une nouvelle demande ayant le même objet, notamment en soulevant des moyens ou en faisant valoir des éléments nouveaux, alors même qu'ils auraient pu lui être soumis dès sa première saisine. »

Dans ses conclusions sous cet arrêt, notre collègue Marie Sirinelli en résumait les trois principaux fondements justificatifs :

- d'abord, aucun texte n'interdit une action répétée devant le juge des référés, fût-elle vouée à l'échec ;
- d'autre part, les décisions du juge du référé ne possèdent qu'un caractère provisoire et ne sont pas revêtues de l'autorité de chose jugée ;
- enfin, le juge n'est pas dénué d'outils pour traiter une demande dépourvue d'élément nouveau de façon expédiente et adaptée, en la rejetant comme manifestation mal fondée, sur le fondement de l'article L. 522-3 du code de justice administrative qui dispense notamment d'une mise au contradictoire, ou même en faisant application de l'amende pour recours abusif.

Toutes ces raisons nous paraissent applicables mutatis mutandis aux référés du chapitre Ier du titre V du livre V du code de justice administrative et nous vous proposons donc de retenir la même grille de lecture.

Il s'en déduit qu'en relevant que la société évincée avait déjà exercé deux référés pré-contractuels au cours desquels elle aurait

pu soulever le manquement dont elle se prévalait et en estimant que cette circonstance faisait obstacle à ce qu'elle soit regardée comme ayant été privée de son droit d'exercer à nouveau un tel recours pendant la période de suspension, l'auteur de l'ordonnance a commis une erreur de droit.

4. Accueillant ce moyen d'erreur de droit, vous n'annulez pas pour autant l'ordonnance litigieuse car, si vous nous suivez, vous pourrez substituer à ce motif erroné un autre motif qui en justifie le dispositif. En effet, il ressort expressément des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Challans avait, avant de signer le contrat litigieux, été informée par son avocat, à qui la décision avait été notifiée par le biais de l'application Télérecours, du sens de l'ordonnance rendue le 27 février 2020 au matin.

UNE INFORMATION PRÉALABLE DE LA SIGNATURE DU CONTRAT

Or, l'article L. 551-4 CJA ne prohibe la signature du contrat que « jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ».

Il nous semble que ces dispositions n'imposent pas un formalisme particulier quant à cette notification et que dès lors qu'il est constant que le pouvoir adjudicateur a reçu une telle notification, notamment par le truchement de son mandataire légal (ce qui est en outre aisé à vérifier matériellement), il faut considérer qu'il retrouve à cet instant la faculté de signer le contrat. Votre jurisprudence – même si, par la force des choses, elle se prononce plus fréquemment sur les hypothèses où est en cause la saisine du tribunal administratif plutôt que la notification de la décision du juge des référés pré-contractuel (JRPC) – témoigne d'ailleurs, en cette matière, d'une volonté de ne pas encombrer les exigences des articles L. 551-4, 551-9 ou 551-14 du code de justice administratif d'un formalisme superflu. Ainsi, vous jugez que ni ces dispositions précitées, ni aucune autre règle ne subordonnent l'effet suspensif de la communication du recours au pouvoir adjudicateur à la transmission, par le demandeur, de documents attestant de la réception effective du recours par le tribunal.

Vous faites également preuve d'un réalisme simplificateur lorsque vous estimez, dans le cas d'un recours envoyé au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, que la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite. Et vous allez même jusqu'à juger que la voie du référé contractuel reste ouverte à l'auteur d'un référé pré-contractuel lorsqu'il ressort qu'alors que ce dernier a méconnu ses obligations de notification de son recours, le pouvoir adjudicateur en a malgré tout été informé par le greffe du tribunal administratif.

Dans cette veine pragmatique, il nous semble que, dès lors que la commune de Challans était informée du rejet du référé pré-contractuel, la signature, à 16 h 22 le 27 février 2020, du contrat litigieux n'est pas intervenue en méconnaissance de l'obligation de suspension fixée par l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Il s'ensuit, conformément au deuxième alinéa de l'article L. 551-14 du code de justice administratif, que la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand n'était plus recevable à saisir le tribunal administratif d'un référé contractuel.

Vous pourrez donc, après avoir effectué cette substitution de motifs qui n'implique l'appréciation d'aucune circonstance nouvelle de fait, rejeter le pourvoi.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi, y compris ses conclusions présentées au titre des frais irrépétibles ;
- à ce que la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand verse à la commune de Challans, d'une part, et aux sociétés Compagnie des Crématoriums et Accueil Funéraire 85, d'autre part, une somme de 3 000 € chacune au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 2 : CE 8 décembre 2020, Société Pompes funèbres Funérarium Lemarchand, n° 440704

Vu la procédure suivante :

La société Pompes funèbres funérarium Lemarchand a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Nantes, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative d'annuler la procédure, lancée par la commune de Challans, de passation de la convention de concession de service public portant sur le financement, la conception, la construction, l'entretien-maintenance et l'exploitation d'un crématorium.

Par une ordonnance n° 2002516 du 28 avril 2020, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 18 mai et 4 juin 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande ;
- 3°) de mettre à la charge de la commune de Challans la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative et le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Challans a lancé une consultation en vue de l'attribution d'une concession de service public, d'une durée de trente ans, portant sur la conception, la construction puis l'exploitation d'un crématorium communal. Par un courrier du 20 décembre 2019, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand, qui s'était portée candidate, a été informée par la commune de Challans de ce que son offre n'avait pas été retenue et que le contrat avait été attribué au groupement solidaire composé de la société Compagnie des crématoriums, mandataire, et de la société Accueil funéraire 85. Par une première requête rejetée au fond par une ordonnance du juge du référé pré-contractuel du 31 janvier 2020, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand a demandé, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation du contrat de concession. Cette société a présenté une deuxième requête sur le même fondement, qui a été rejetée au fond par une ordonnance du 27 février 2020. Par une troisième requête, enregistrée le 2 mars 2020, la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand a demandé à nouveau au juge du référé pré-contractuel, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler la procédure, lancée par

la commune de Challans, de passation de la convention de concession de service public. Toutefois, cette société, informée que la convention litigieuse avait été signée le 27 février 2020, a présenté de nouvelles conclusions dans un mémoire complémentaire et demandé au juge du référé contractuel, sur le fondement des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative, d'annuler ladite convention. Elle se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 28 avril 2020 par laquelle le juge des référés a rejeté ses conclusions en référé contractuel.

Sur la régularité de l'ordonnance attaquée :

2. L'article 9 de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif dispose que, durant la période comprise entre le 12 mars 2020 et la date de cessation de l'état d'urgence sanitaire déclaré dans les conditions de l'article 4 de la loi du 23 mars 2020, " Outre les cas prévus à l'article L. 522-3 du code de justice administrative, il peut être statué sans audience, par ordonnance motivée, sur les requêtes présentées en référé (...) ".

3. En premier lieu, ces dispositions ouvrent au juge des référés la possibilité de statuer sans audience sur toute demande en référé pendant cette période, sans que cette faculté soit limitée aux procédures relevant du titre II du livre V du code de justice administrative. Par suite, le juge des référés, qui n'avait pas à motiver son ordonnance sur ce point, a pu sans erreur de droit faire usage de cette possibilité dans le cadre d'une procédure engagée sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et jugé sur celui des articles L. 551-13 et L. 551-18 du même code.

4. En second lieu, il ne résulte pas des dispositions citées au point 2 que seraient exclues de leur champ d'application les requêtes qui avaient été inscrites au rôle d'une audience publique avant la déclaration de l'état d'urgence sanitaire et qui ont été rayées du rôle puis renvoyées à une date ultérieure avant de faire l'objet d'une dispense d'audience du fait de cet état d'urgence. Par suite, le juge des référés n'a entaché l'ordonnance attaquée d'aucun vice de procédure en statuant sans audience dans de telles circonstances.

Sur le bien-fondé de l'ordonnance attaquée :

5. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". 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. 5519 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ". Aux termes de l'article 29 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, alors applicable : " I. - Pour les contrats de concession dont la valeur est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9, à l'exception des contrats de concession relevant du a et du b du 2° de l'article 10, l'autorité concédante, dès qu'elle a fait son choix

pour une candidature ou une offre, notifie à tous les autres candidats et soumissionnaires le rejet de leur candidature ou de leur offre. Cette notification précise les motifs de ce rejet et, pour les soumissionnaires, le nom du ou des attributaires ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de l'offre. / Un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification et la date de conclusion du contrat de concession. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de cette notification à l'ensemble des candidats et soumissionnaires intéressés ". Aux termes de l'article L. 551-4 du code de justice administrative : " 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 ".

6. Il résulte des dispositions qui précèdent que, s'agissant des contrats mentionnés à l'article 29 du décret du 1er février 2016, alors en vigueur, relatif aux contrats de concession, sont seuls recevables à saisir le juge d'un référé contractuel, outre le préfet, les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un recours pré-contractuel, lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas communiqué la décision d'attribution aux candidats non retenus ou n'a pas observé, avant de signer le contrat, le délai fixé par cet article, ainsi que ceux qui ont engagé un référé pré-contractuel lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation de suspendre la signature du contrat prévue aux articles L. 5514 ou L. 5519 du code de justice administrative ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé.

7. Pour conclure à l'irrecevabilité des conclusions de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand en annulation de la convention de concession de service public présentées sur le fondement des dispositions précitées des articles L. 551-13 et L. 551-18 du code de justice administrative, le juge des référés a relevé qu'en admettant que la commune de Challans ait méconnu le délai pendant lequel elle ne devait pas signer le contrat, cette méconnaissance n'avait pas privé la société de son droit de saisir le juge du référé pré-contractuel d'une troisième requête invoquant un nouveau manquement dès lors qu'elle avait déjà pu présenter deux référés pré-contractuels rejetés au fond. En statuant ainsi, alors que la circonstance que la société évincée avait déjà exercé deux référés pré-contractuels au cours desquels elle aurait pu soulever le manquement dont elle se prévalait, ne faisait pas obstacle à ce qu'elle forme un nouveau référé pré-contractuel tant que le délai de suspension de la signature du contrat n'était pas expiré, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit.

8. Il ressort toutefois des énonciations de l'ordonnance attaquée que la commune de Challans avait été informée du sens de l'ordonnance du 27 février 2020 par son avocat, auquel cette ordonnance avait été notifiée, avant de signer le contrat litigieux. Dès lors, elle doit être regardée comme en ayant reçu notification au sens et pour l'application de l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Par suite, la signature de ce contrat n'est pas intervenue en méconnaissance de l'obligation de suspension fixée par ce même article. Dans ces conditions, il résulte de ce qui a été dit au point 6 que la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand n'était pas recevable à saisir le juge d'un référé contractuel. Ce motif, qui répond à un moyen invoqué devant les juges du fond et dont l'examen n'implique l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué au motif erroné en droit retenu par l'ordonnance attaquée, dont il justifie le dispositif. Par suite, le pourvoi de la société Pompes funèbres funérarium Lemarchand doit être rejeté.

Référence 3: Conseil Constitutionnel, n° 2020-857 QPC, du 2 octobre 2020

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL A ÉTÉ SAISI le 8 juillet 2020 par la Cour de cassation (chambre commerciale, arrêt n° 474 du même jour), dans les conditions prévues à l'article 61-1 de la Constitution, d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cette question a été posée pour la société Bâtiment mayennais par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Elle a été enregistrée au secrétariat général du Conseil constitutionnel sous le n° 2020-857 QPC. Elle est relative à la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

Au vu des textes suivants :

- la Constitution ;
- l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;
- la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics ;
- l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, ratifiée par l'article 113 de la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives ;
- la décision du Conseil d'État n° 358994 du 4 avril 2014 ;
- le règlement du 4 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité ;

Au vu des pièces suivantes :

- les observations présentées pour la société Méduane Habitat, partie au litige à l'occasion duquel la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, par la SCP Yves Richard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le 29 juillet 2020 ;
- les observations présentées pour la société requérante par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, enregistrées le 30 juillet 2020 ;
- les observations présentées pour la société Karaca construction, partie au litige à l'occasion duquel la question prioritaire de constitutionnalité a été posée, par la SCP Hélène Didier et François Pinet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, enregistrées le même jour ;
- les observations présentées par le Premier ministre, enregistrées le même jour ;
- les secondes observations présentées pour la société requérante par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois, Sebagh, enregistrées le 12 août 2020 ;
- les autres pièces produites et jointes au dossier ;

Après avoir entendu Me Fabrice Sebagh, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société requérante, Me Yves Richard, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société Méduane Habitat, Me François Pinet, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, pour la société Karaca construction et M. Philippe Blanc, désigné par le Premier ministre, à l'audience publique du 22 septembre 2020 ;

Et après avoir entendu le rapporteur ;

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL S'EST FONDÉ SUR CE QUI SUIT :

1. L'article 11 de l'ordonnance du 7 mai 2009 mentionnée ci-dessus prévoit :

« Les personnes qui ont un intérêt à conclure l'un des contrats de droit privé mentionnés aux articles 2 et 5 de la présente ordonnance et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles ils sont soumis peuvent saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat. « La demande est portée devant la juridiction judiciaire ».

2. L'article 12 de la même ordonnance prévoit :

« Le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article 2 ou à l'article 5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article 4 ou à l'article 8 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ».

3. L'article 13 de la même ordonnance prévoit :

« Le recours régi par le présent article ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu public son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité.

« La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquée à tous les titulaires par voie électronique ».

4. L'article 14 de la même ordonnance prévoit :

« À l'exception des demandes reconventionnelles en dommages et intérêts fondées exclusivement sur la demande initiale, aucune demande tendant à l'octroi de dommages et intérêts ne peut être présentée à l'occasion du recours régi par la présente section ».

5. L'article 15 de la même ordonnance prévoit :

« À la demande du requérant, le juge peut suspendre l'exécution du contrat pour la durée de l'instance, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de cette mesure pourraient l'emporter sur ses avantages ».

6. L'article 16 de la même ordonnance prévoit :

« Est nul tout contrat conclu lorsque 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. « Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des 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 de même 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 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 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 ».

7. L'article 17 de la même ordonnance prévoit : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article 16, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général.

« Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat ».

8. L'article 18 de la même ordonnance prévoit : « 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 4 ou à l'article 8 de la présente ordonnance, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ».

9. L'article 19 de la même ordonnance prévoit : « Les mesures mentionnées aux articles 15 à 18 peuvent être prononcées d'office par le juge. Il en informe préalablement les parties et les invite à présenter leurs observations dans des conditions fixées par voie réglementaire. « Le juge procède de même lorsqu'il envisage d'imposer une pénalité financière ».

10. L'article 20 de la même ordonnance prévoit : « Le montant des pénalités financières prévues aux articles 17 et 18 tient compte de manière proportionnée de leur objet dissuasif, sans pouvoir excéder 20 % du montant hors taxes du contrat. « Le montant des pénalités financières est versé au Trésor public ».

11. La société requérante reproche tout d'abord à ces dispositions de méconnaître le droit à un recours juridictionnel effectif. En effet, elles limiteraient de manière excessive les manquements qui peuvent être invoqués, après la signature d'un contrat de droit privé de la commande publique, par les concurrents évincés afin d'en obtenir la nullité. Elle soutient que, de plus, aucune autre voie de recours ne serait ouverte.

12. Ensuite, la société requérante soutient que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique disposent, après la signature du contrat, d'une voie de recours supplémentaire reconnue par la jurisprudence administrative. Ces dispositions seraient donc contraires au principe d'égalité devant la loi.

13. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009.

- Sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel :

14. Le Premier ministre fait valoir que, dans la mesure où les dispositions contestées appliqueraient les dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 11 décembre 2007 mentionnée ci-dessus, il n'y aurait pas lieu, pour le Conseil constitutionnel, en l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, de se prononcer sur leur conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit.

15. En l'absence de mise en cause d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne.

16. Les dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 11 décembre 2007, dont l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 tire les conséquences nécessaires, se bornent à imposer aux États membres de l'Union européenne de créer un recours permettant d'obtenir l'annulation d'un contrat de la commande publique lorsque certains manquements qu'elles déterminent ont été commis lors de sa passation. Ces dispositions n'empêchent pas les États de prévoir que d'autres manquements puissent également conduire à l'annulation du contrat et leur confèrent ainsi une marge d'appréciation pour adopter des dispositions complémentaires.

17. Dès lors, il y a lieu de statuer sur la méconnaissance, par les dispositions contestées, des droits et libertés que la Constitution garantit en ce que ces dispositions ne prévoient pas d'autres cas d'annulation du contrat que ceux imposés par la directive du 11 décembre 2007.

- Sur la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit :

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du droit à un recours juridictionnel effectif :

18. Selon l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ». Il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteinte substantielle au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction.

19. Les personnes qui ont un intérêt à conclure un contrat de droit privé de la commande publique et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un tel contrat peuvent, après sa signature, saisir le juge judiciaire d'un référé contractuel afin d'en obtenir la nullité. Les dispositions contestées déterminent limitativement les cas dans lesquels le juge d'un tel référé peut prononcer cette nullité. Tel est le cas lorsque aucune des mesures de publicité requises pour la passation du contrat n'a été prise, lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où cette publication était prescrite ou lorsque le contrat est conclu en

méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. Tel est également le cas lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté l'obligation qui peut lui être faite d'observer un délai minimal entre l'envoi de la décision d'attribution aux candidats évincés et la signature du contrat ou lorsque le contrat a été signé alors qu'un référé précontractuel était encore pendant et que les obligations de publicité et de mise en concurrence ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat.

20. Ainsi, sauf dans le cas où l'autorité adjudicatrice a fait irrégulièrement obstacle à une saisine du juge du référé précontractuel, les dispositions contestées ne permettent pas aux requérants d'invoquer en référé contractuel les autres manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptibles de les avoir lésés, afin d'obtenir l'annulation du contrat.

21. Toutefois, en premier lieu, en limitant les cas d'annulation des contrats de droit privé de la commande publique aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur signature et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général.

22. En second lieu, d'une part, conformément aux articles 3 et 6 de l'ordonnance du 7 mai 2009, les personnes ayant intérêt à conclure un contrat de droit privé de la commande publique peuvent, avant sa signature, former un référé précontractuel. Dans ce cas, elles peuvent invoquer tout manquement qui, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible de les avoir lésées ou risqué de les léser. Le juge peut alors prendre des mesures tendant à ce que l'autorité responsable du manquement se conforme à ses obligations, dans un délai qu'il fixe, et à ce que soit suspendue l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat. À cet égard, la circonstance que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice ne soit pas toujours obligé de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer, après cette communication, un délai avant de signer le contrat n'a ni pour objet ni nécessairement pour effet de priver les candidats évincés de la possibilité de former, dès le rejet de leur offre et jusqu'à la signature du contrat, un référé précontractuel.

23. D'autre part, les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce, parmi les voies de recours de droit commun, une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement dénoncé.

24. Il résulte de ce qui précède que, au regard des conséquences qu'entraîne l'éviction d'un candidat à un contrat privé de la commande publique, les dispositions contestées ne portent pas d'atteinte disproportionnée au droit à un recours juridictionnel effectif.

. En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi :

25. Selon l'article 6 de la Déclaration de 1789, la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et

l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit.

26. Il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État que les candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique peuvent, après la signature du contrat, former en sus du référé contractuel un recours en contestation de la validité de ce contrat ouvert devant le juge administratif à 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. Les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique ne bénéficient pas devant le juge judiciaire d'un recours identique. Toutefois, les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et des régimes différents. Ainsi, les candidats évincés d'un contrat privé de la commande publique sont dans une situation différente des candidats évincés d'un contrat administratif de la commande publique. Dès lors, la différence de traitement dénoncée, qui est en rapport avec l'objet de la loi, ne méconnaît pas en tout état de cause le principe d'égalité devant la loi.

27. Il résulte de tout ce qui précède que les dispositions contestées, qui ne méconnaissent aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit, doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Référence 4: Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 11 mai 2022, 19-24.270

La société Bâtiment mayennais, société à responsabilité limitée, exerçant sous l'enseigne Lucas construction, a formé le pourvoi n° Y 19-24.270 contre l'ordonnance (en la forme des référés) rendue le 25 octobre 2019 par le président du tribunal de grande instance de Rennes, dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Méduane habitat, société anonyme,

2°/ à la société Karaca construction, société par actions simplifiée unipersonnelle, défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, un moyen unique de cassation et un moyen unique additionnel annexés au présent arrêt.

La chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée, en application de l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt ;

Faits et procédure

1. Selon l'ordonnance attaquée (tribunal de grande instance de Rennes, 25 octobre 2019), la société d'habitation à loyer modéré Méduane habitat (la société Méduane habitat) a lancé une procédure d'appel à concurrence, dite adaptée, destinée à l'édification de trente-six logements sociaux, pour laquelle la société Bâtiment mayennais a présenté une offre relative au lot n°1.

2. Soutenant que le marché de ce lot avait été attribué à la société Karaca construction en violation des règles de la commande publique relatives à la publicité et à la mise en concurrence, la société Bâtiment mayennais a saisi le président d'un tribunal de grande instance statuant en la forme des référés (le juge des référés), en demandant l'annulation du marché litigieux.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, et le second moyen présenté par le mémoire ampliatif additionnel

Enoncé du moyen

3. Par son premier moyen la société Bâtiment mayennais fait grief à l'arrêt de rejeter l'ensemble de ses moyens, fins et conclusions et notamment sa demande tendant, avant dire droit, à la suspension de l'exécution du marché conclu entre la société Méduane habitat et la société Karaca construction et de sa demande au fond tendant à la nullité de ce marché, alors :

« 1°/ que les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution. »

4. Par son second moyen, la société Bâtiment mayennais fait le même grief à l'arrêt, alors « que les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé n° 2, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution. »

Réponse de la Cour

5. La Cour de cassation a, par un arrêt n° 174 du 8 juillet 2019, renvoyé au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur les articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009), présentée par la société Bâtiment mayennais.

6. Par décision 2019-857 QPC du 17 janvier 2020, le Conseil constitutionnel a décidé que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 était conforme à la Constitution.

7. Le moyen est donc sans portée.

Sur le premier moyen, pris en ses deuxième, troisième, quatrième et cinquième branches

Enoncé du moyen

8. La société Bâtiment mayennais fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 2°/ que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ne dresse pas de façon limitative la liste des irrégularités susceptibles d'être invoquées par les concurrents évincés à l'appui

de leur référé contractuel ; qu'en décidant le contraire, le juge des référés a violé cette disposition de l'ordonnance ;

3°/ que le référé contractuel devant être assimilé à un recours en contestation de la validité du contrat pour l'application des articles 11 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, les concurrents évincés peuvent invoquer à l'appui de leur référé contractuel tout vice en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent comme l'ensemble des vices qui en raison de leur particulière gravité doivent être relevés d'office par le juge ; qu'en déboutant la société Bâtiment mayennais de sa demande sans rechercher si les irrégularités dont elle se prévalait étaient en rapport direct avec son intérêt lésé ou d'une gravité telle qu'elles auraient dû être relevés d'office, le juge des référés a privé sa décision de base légale au regard de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

4°/ que le juge doit trancher le litige dont il est saisi et ne peut se dessaisir de ses attributions ; qu'en retenant qu'il appartiendra au seul juge du droit, et non à lui-même, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur quel fondement, et en refusant ainsi d'exercer son office, le juge des référés a violé l'article 4 du code civil ;

5°/ que le juge ne doit pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'à l'appui de son recours, la société Bâtiment mayennais soutenait qu'interpréter les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 comme privant les concurrents évincés de la possibilité d'invoquer des irrégularités non énumérées à l'article 16 serait contraire au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en énonçant que la conventionnalité de cet article n'était pas remise en cause par la société Bâtiment mayennais, le juge des référés a dénaturé les conclusions dont il était saisi et a violé l'article 4 du code de procédure civile. »

Réponse de la Cour

9. Aux termes de l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 « Est nul tout contrat conclu lorsque 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.

Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des 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 de même 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 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 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. »

10. Ces dispositions, qui énumèrent les cas dans lesquels la nullité du contrat de commande publique doit être prononcée par le juge des référés saisi d'un recours contractuel, réservent cette sanction

aux violations les plus graves des obligations de publicité et de mise en concurrence.

11. En procédant de la sorte, le législateur a entendu éviter une remise en cause trop fréquente de ces contrats après leur conclusion et assurer la sécurité juridique des relations contractuelles, ainsi que la confiance dans les relations économiques. Il a ainsi poursuivi un but légitime.

12. Par ailleurs, cette restriction s'inscrit dans un mécanisme par lequel les candidats à un appel d'offres ont, en amont de la conclusion du contrat, la possibilité de saisir le juge des référés précontractuel de tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, afin que soit ordonné le respect de ces obligations ou, le cas échéant, que soit prononcée l'annulation de la procédure. Cette possibilité est aussi ouverte aux candidats évincés après l'annonce de l'attributaire des offres et jusqu'à la conclusion du contrat.

13. Si pour certains marchés, comme les marchés à procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur ou l'autorité adjudicatrice peuvent être dispensés de communiquer la décision d'attribution du contrat aux candidats non retenus et d'observer un délai avant de conclure le contrat, les candidats évincés ne sont pas pour autant privés de faire valoir leurs droits, dès lors que les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce une action en responsabilité contre la personne responsable du manquement et obtienne ainsi réparation du préjudice qui en est résulté pour lui. Il s'en déduit que la limitation des cas dans lesquels les candidats à un marché privé de la commande publique évincés peuvent agir en référé contractuel ne porte pas atteinte à la substance de leur droit à un recours effectif et qu'elle est proportionnée au but légitime poursuivi.

14. Dès lors, c'est à bon droit qu'ayant retenu que l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 prévoit que le juge du référé contractuel n'a le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat privé relevant de la commande publique que dans les cas qu'il énumère précisément, ce dont il a déduit que la demanderesse soutenait, à tort, que cette liste n'était pas limitative, le juge des référés, sans être tenu de procéder à la recherche invoquée à la troisième branche et sans qu'importe le motif erroné mais devenu inopérant, critiqué par la cinquième branche, a, par ces seuls motifs et abstraction faite de celui, surabondant, critiqué par la quatrième branche, légalement justifié sa décision.

15. Pour partie inopérant, le moyen n'est pas fondé pour le surplus.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Bâtiment mayennais aux dépens ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du onze mai deux mille vingt-deux.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Bauer-Violas, Feschotte-Desbois et Sebagh, avocat aux Conseils, pour la société Bâtiment mayennais, exerçant sous l'enseigne «Lucas construction».

Le pourvoi fait grief à l'ordonnance attaquée d'AVOIR débouté la société Bâtiment mayennais de l'ensemble de ses moyens, fins et

conclusions, et notamment de sa demande tendant, avant dire droit, à la suspension de l'exécution du marché conclu la société Méduane habitat et la société Karaca construction pour les prestations de terrassement et de gros oeuvre d'une opération de construction de 36 logements collectifs locatifs sociaux dénommés « [Adresse 3], et de sa demande au fond tendant à la nullité de ce marché ;

AUX MOTIFS QUE : « [?] L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 07 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique dispose que : « Est nul tout contrat conclu lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des 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 de même 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 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 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 ». / Ni la conventionnalité, ni la constitutionnalité de cet article ne sont remises en cause par la société demanderesse. / Il résulte de ces dispositions que le juge du référé contractuel n'a donc le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat, relevant de la commande publique, que dans quatre hypothèses, précisément énumérées et définies. C'est à tort, en effet, que la demanderesse soutient que cette liste ne serait pas limitative dans la mesure où si tel n'était pas le cas, le législateur aurait pris alors le soin d'y adjoindre l'adverbe « notamment » ou tout autre vocable de même effet. De plus, on peine à imaginer quelle serait l'utilité de cet article 16 de l'ordonnance si le candidat évincé à un marché public pouvait invoquer, devant le juge du référé contractuel, tout manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence. Enfin, il appartiendra au seul juge du droit, et non au rédacteur de la présente, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur un fondement qui reste, à ce jour, à déterminer. / Enfin, comme l'indique lui-même le conseil de la société évincée, dans ses dernières écritures soutenues à la barre (en page 15), « si aucune décision de la Cour de cassation ne confirme cette approche – à savoir l'inopérance des moyens en annulation dirigés contre un marché public qui n'entrent pas dans l'une des quatre situations prévues par cet article 16, NDR – aucune ne l'informe non plus », la pertinence de ce constat rendant, en conséquence, sans intérêt toute discussion sur le sens et la portée qu'il conviendrait d'accorder aux deux décisions, non publiées au bulletin et donc d'espèce, de la Chambre commerciale de cette juridiction, en date des 14 mai 2013 et 05 juin 2019, évoquées par ledit conseil à l'appui de ses demandes. / Ce dernier ayant pris le soin de préciser (ibid., page 12) qu'il n'était pas « discuté (?) que les faits de l'espèce ne correspondent à aucune des hypothèses recensées à l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 », sa demande visant à ce [que] soit prononcée la nullité du marché de travaux litigieux, dès lors mal fondée, ne pourra qu'être rejetée [?] » ;

1) – ALORS QUE les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures

de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution ;

SUBSIDIAIREMENT :

2) – ALORS QUE l'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ne dresse pas de façon limitative la liste des irrégularités susceptibles d'être invoquées par les concurrents évincés à l'appui de leur référé contractuel ; qu'en décidant le contraire, le juge des référés a violé cette disposition de l'ordonnance ;

3) – ALORS, EN TOUTE HYPOTHESE, QUE le référé contractuel devant être assimilé à un recours en contestation de la validité du contrat pour l'application des articles 11 et suivants de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, les concurrents évincés peuvent invoquer à l'appui de leur référé contractuel tout vice en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent comme l'ensemble des vices qui en raison de leur particulière gravité doivent être relevés d'office par le juge ; qu'en déboutant la société Bâtiment mayennais de sa demande sans rechercher si les irrégularités dont elle se prévalait étaient en rapport direct avec son intérêt lésé ou d'une gravité telle qu'elles auraient dû être relevés d'office, le juge des référés a privé sa décision de base légale au regard de l'article 11 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 ;

4) – ALORS QUE le juge doit trancher le litige dont il est saisi et ne peut se dessaisir de ses attributions ; qu'en retenant qu'il appartiendra au seul juge du droit, et non à lui-même, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur quel fondement, et en refusant ainsi d'exercer son office, le juge des référés a violé l'article 4 du code civil ;

5) – ALORS QUE le juge ne doit pas dénaturer les conclusions des parties ; qu'à l'appui de son recours, la société Bâtiment mayennais soutenait qu'interpréter les dispositions de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 comme privant les concurrents évincés de la possibilité d'invoquer des irrégularités non énumérées à l'article 16 serait contraire au droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (conclusions, p. 15, §3 ; v. égal. : p. 13, §4) ; qu'en énonçant que la conventionnalité de cet article n'était pas remise en cause par la société Bâtiment mayennais, le juge des référés a dénaturé les conclusions dont il était saisi et a violé l'article 4 du code de procédure civile. MOYEN ADDITIONNEL

Le pourvoi fait grief à l'ordonnance attaquée d'AVOIR débouté la société Bâtiment mayennais de l'ensemble de ses moyens, fins et conclusions, et notamment de sa demande tendant, avant dire droit, à la suspension de l'exécution du marché conclu la société Méduane habitat et la société Karaca construction pour les prestations de terrassement et de gros oeuvre d'une opération de

construction de 36 logements collectifs locatifs sociaux dénommés « [Adresse 3], et de sa demande au fond tendant à la nullité de ce marché ;

AUX MOTIFS QUE : « [?] L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 07 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique dispose que : « Est nul tout contrat conclu lorsqu' aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / Est également nul tout contrat conclu en méconnaissance des 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 de même 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 4 ou à l'article 8 ci-dessus si, en outre, deux conditions sont réunies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur du droit d'exercer le recours prévu par les articles 2 et 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 ». / Ni la conventionnalité, ni la constitutionnalité de cet article ne sont remises en cause par la société demanderesse. / Il résulte de ces dispositions que le juge du référé contractuel n'a donc le pouvoir de prononcer la nullité d'un contrat, relevant de la commande publique, que dans quatre hypothèses, précisément énumérées et définies. C'est à tort, en effet, que la demanderesse soutient que cette liste ne serait pas limitative dans la mesure où si tel n'était pas le cas, le législateur aurait pris dans le soin d'y adjoindre l'adverbe « notamment » ou tout autre vocable de même effet. De plus, on peine à imaginer quelle serait l'utilité de cet article 16 de l'ordonnance si le candidat évincé à un marché public pouvait invoquer, devant le juge du référé contractuel, tout manquement aux obligations de publicité et mise en concurrence. Enfin, il appartiendra au seul juge du droit, et non au rédacteur de la présente, de dire si les pouvoirs du juge du référé contractuel peuvent être étendus au-delà des prévisions de cet article de loi et sur un fondement qui reste, à ce jour, à déterminer. / Enfin, comme l'indique lui-même le conseil de la société évincée, dans ses dernières écritures soutenues à la barre (en page 15), « si aucune décision de la Cour de cassation ne confirme cette approche – à savoir l'inopérance des moyens en annulation dirigés contre un marché public qui n'entrent pas dans l'une des quatre situations prévues par cet article 16, NDR – aucune ne l'informe non plus », la pertinence de ce constat rendant, en conséquence, sans intérêt toute discussion sur le sens et la portée qu'il conviendrait d'accorder aux deux décisions, non publiées au bulletin et donc d'espèce, de la Chambre commerciale de cette juridiction, en date des 14 mai 2013 et 05 juin 2019, évoquées par ledit conseil à l'appui de ses demandes. / Ce dernier ayant pris le soin de préciser (ibid., page 12) qu'il n'était pas « discuté (?) que les faits de l'espèce ne correspondent à aucune des hypothèses recensées à l'article 16 de l'ordonnance du 7 mai 2009 », sa demande visant à ce [que] soit prononcée la nullité du marché de travaux litigieux, dès lors mal fondée, ne pourra qu'être rejetée [?] » ;

ALORS QUE les dispositions des articles 11 à 20 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique sont susceptibles d'être interprétées par la Cour de cassation comme faisant obstacle à ce que les concurrents évincés des contrats de

droit privé de la commande publique puissent invoquer, au soutien de leur recours en référé contractuel, des irrégularités autres que celles qui sont énumérées à l'article 16 de cette ordonnance et comme n'instituant pas un recours utile à leur profit ; que par un mémoire distinct et motivé n° 2, il est demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel des questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces articles ; que l'inconstitutionnalité qui sera prononcée entraînera l'annulation de l'arrêt attaqué pour perte de fondement juridique, et ce en application de l'article 61-1 de la Constitution.

Référence 5: Conclusions sur CE, 25 janvier 2019, Société Uniparc

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 le convainc 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 illécitité 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 pourqu岸, 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'usager 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 caducs¹ 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 6 : CE, 25 janvier 2019, Société Uniparc, 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^{er} 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^{er} 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 :

- 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^{er} 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.

Référence 7 : Conclusions du rapporteur public sur CE (7/2 CR) 10 février 2022, Centre hospitalier universitaire de Pointe-à Pitre / Abymes, n° 456503

1. Sauf erreur, la présente affaire va vous offrir la première occasion de vous prononcer sur un référé « secret des affaires », ce qui vous permettra d'en préciser certaines modalités. À ce stade liminaire, nous essaierons de vous en décrire l'essentiel en vous rappelant que l'insertion dans notre droit national de cette nouvelle procédure, qui permet à quiconque de saisir le juge des référés pour « prévenir, faire cesser ou réparer une atteinte portée au secret des affaires », répond aux exigences de la directive 2016/943 du 8 juin 2016 relative à la protection du secret des affaires, dont l'article 10 prévoit que : « Les États membres veillent à ce que les autorités judiciaires compétentes puissent, à la demande du détenteur de secrets d'affaires, ordonner une ou plusieurs des mesures provisoires et conservatoires [...] à l'encontre du contrevenant supposé. »

UNE PROCÉDURE NOUVELLE

S'agissant d'une notion qui trouve principalement à jouer dans les rapports de droit privé, le dispositif est régi par le titre V du livre Ier du code de commerce, qui définit notamment les informations protégées par ce secret. En particulier, l'article L. 151-1 de ce code pose trois conditions cumulatives pour caractériser une information comme étant protégée par le secret des affaires :

- elle doit être « secrète », au sens assez lâche de ce terme, c'est-à-dire malaisément accessible à un professionnel ;
- elle doit revêtir une valeur commerciale, du fait même de son caractère secret ;
- enfin, son caractère secret doit être raisonnablement mais effectivement protégé par son détenteur.

On notera de manière incidente que les dispositions du code de commerce sont parfois rédigées dans une optique plus judiciaire qu'administrative mais, en l'état, aucune ne nous paraît manifestement inapplicable par le juge administratif.

C'est en tout cas à cet ensemble de dispositions que renvoie, pour ce qui concerne le droit public, le nouvel article L. 77-13-1 du code de justice administrative (CJA), qui a lui-même été introduit

puis modifié par les lois n° 2018-670 du 30 juillet 2018 et n° 2019-222 du 23 mars 2019.

UN RENVOI AU CODE DE COMMERCE

En vertu de l'article R. 557-3 du code de justice administrative, entré en vigueur le 1er janvier 2020, « le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du code de commerce ».

Celles-ci incluent principalement la possibilité d'« interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ». Voilà pour le cadre général.

2. Pour leur part, les faits de l'espèce sont simples : le 18 décembre 2020, le CHU de Pointe-à-Pitre a confié à la société ACAOP (Audit et Conseil en Assurance des Organismes Publics), créée et dirigée par M. Tourrain, une mission d'audit et d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la passation des marchés d'assurance. En mai 2021, a été lancée une consultation pour un marché de services d'assurances au bénéfice du centre hospitalier de Marie-Galante. S'étant portée candidate mais estimant M. Tourrain partial en raison de ses liens avec une concurrente à laquelle elle craignait qu'il ne communique des éléments de son offre, la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article R. 557-3 du code de justice administrative, afin que l'analyse des offres soit suspendue et qu'il soit enjoint au CHU d'interdire l'accès de M. Tourrain et des préposés d'ACAOP aux pièces déposées par les soumissionnaires.

Par une ordonnance du 9 juin 2021, contre laquelle le CHU se pourvoit en cassation devant vous – puisque l'article L. 77-13-1 prévoit que les décisions rendues en cette matière le sont en premier et dernier ressort, le juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe a fait droit à ces conclusions.

UNE INTERDICTION D'ACCÈS DE L'ASSISTANT AUX PIÈCES DÉPOSÉES

3. Vous observerez ainsi, qu'alors même que l'on se trouve ici dans le cadre d'un litige de la commande publique – ce qui paraît du reste constituer un terrain assez naturel d'expansion pour ce nouveau référé -, la société requérante a fait le choix de ne pas saisir le juge du référé pré-contractuel. Vous n'aurez pas à le juger aujourd'hui, puisque rien dans le pourvoi ne vous y conduit, mais il nous semble qu'il n'y a pas là d'incongruité et qu'aucun texte ou principe ne fait obstacle à ce qu'un requérant agisse sur un terrain plutôt que l'autre, voire, le cas échéant, qu'il conjugue les deux.

Vous savez en effet que le juge du référé pré-contractuel, qui dispose lui-même de très larges pouvoirs puisqu'il peut suspendre voire annuler « toute décision qui se rapporte à la passation du contrat », peut être saisi de « tout manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ». Dans cette optique, nous n'aurions à vrai dire pas grand mal à considérer que, dans certaines hypothèses, une méconnaissance du secret des affaires par l'acheteur puisse s'analyser comme un manquement à une obligation de mise en concurrence.

Nous relevons en effet que l'article L. 2132-1 du code de la commande publique fait lui-même obligation à l'acheteur de

protéger les informations confidentielles dont il a connaissance lors de la procédure de passation, « telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques [...] ». On ne peut du reste que relever les liens forts qu'entretiennent les notions de conflit d'intérêts et d'atteinte au secret des affaires pour se convaincre qu'il se trouvera des situations où une entreprise pourra actionner tantôt un juge tantôt l'autre, voire les deux à la suite.

Mais cela ne signifie pas pour autant que les deux procédures pourront toujours se confondre, dès lors que ni leurs conditions d'engagement ni leurs effets ne sont évidemment identiques.

La présente affaire l'illustre assez bien puisque ce n'est pas le principe même de la passation du marché que la SHAM remet en cause, ni même d'ailleurs le fait de communiquer au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de son offre, des éléments relevant du secret des affaires, ni même encore l'intervention à ses côtés d'un assistant à maîtrise d'ouvrage, mais seulement les risques de transmission à un tiers d'informations couvertes par le secret des affaires que, selon elle, cette dernière intervention fait courir.

4. Nous pouvons maintenant en venir aux trois moyens du pourvoi, dont aucun ne nous paraît fondé même s'ils posent d'intéressantes questions.

4.1. Le premier d'entre eux est tiré de ce que le juge du référé du tribunal administratif a insuffisamment motivé et entaché d'erreur de droit son ordonnance en déduisant de la seule situation potentielle de conflit d'intérêts de M. Tourrain et de la société ACAOP une atteinte imminente au secret des affaires, sans tenir compte des obligations déontologiques et de confidentialité auxquelles ils étaient astreints.

L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ EN DÉBAT

Le CHU faisait en effet valoir qu'en sa qualité d'assistant à la maîtrise d'ouvrage, la société ACAOP et son personnel étaient tenus contractuellement à une obligation de confidentialité qui était, par elle-même, de nature à prévenir toute violation du secret des affaires. Pour sa part, après avoir décrit de manière très circonstanciée l'état particulièrement dégradé des relations entre la SHAM et M. Tourrain, l'ordonnance en a déduit que, « nonobstant l'obligation déontologique incombant à ce dernier », le risque d'une atteinte au secret des affaires était suffisamment vraisemblable pour caractériser son imminence.

Non seulement cette motivation vous met parfaitement en mesure d'exercer votre contrôle – car le juge des référés a bien relevé l'existence d'une obligation de confidentialité et l'a prise en considération – mais, au surplus, le raisonnement suivi nous paraît exempt d'erreur de droit. Il nous semble en effet que l'existence d'une obligation légale ou contractuelle de confidentialité à la charge de celui dont on redoute qu'il n'enfreigne le secret ne suffit pas, par elle-même, à l'écarter. Il appartient toujours, en pareil cas, au juge d'apprécier concrètement si le risque est suffisamment élevé.

Certes, le juge peut prendre en compte l'existence d'une telle obligation dans l'appréciation à laquelle il se livre quant à la réalité du risque – c'est d'ailleurs ce qu'il nous semble avoir fait en l'espèce, celle-ci ne lui étant simplement pas parue suffisante pour le minimiser – mais la seule existence d'une obligation n'élimine naturellement pas ce risque... ne serait-ce, précisément,

que c'est souvent parce que de tels risques existent que des obligations de ce type sont prévues !...

Dans cette optique réaliste, qui nous paraît sous-jacente à l'institution de ce nouveau référé et à l'utilité qu'on voudra bien lui prêter, il n'y a donc pas d'erreur de droit, selon nous, à avoir estimé que l'existence d'une clause de confidentialité ne faisait pas, dans les circonstances de l'espèce, obstacle à tout risque d'atteinte au secret des affaires. Par ailleurs, le CHU soutient que son rôle d'AMO ne conférerait pas à la société ACAOP, fût-elle en conflit d'intérêts, le pouvoir d'empêcher la SHAM d'obtenir le marché. Mais ces considérations, qui portent sur le sort de la procédure d'attribution du contrat, sont inopérantes s'agissant de la caractérisation d'une atteinte au secret des affaires, qui relève d'une appréciation autonome. C'est là un exemple des spécificités de ce nouveau référé par rapport au référé pré-contractuel.

Que la SHAM finisse ou pas par obtenir le marché, l'atteinte au secret aurait tout autant pu exister. Vous pourrez donc écarter ce premier moyen.

4.2. Le deuxième moyen est le plus délicat, qui estime que l'ordonnance est entachée d'une erreur de droit et d'une erreur de qualification juridique, ou en tout cas de dénaturation, à avoir déduit l'existence d'une atteinte imminente au secret des affaires de la seule situation potentielle de conflit d'intérêts de M. Tourrain et de la société ACAOP.

UNE ATTEINTE IMMINENTE AU SECRET DES AFFAIRES ?

À travers ce moyen, le pourvoi pose la question de savoir si, d'une part, les données contenues dans l'offre des soumissionnaires relevaient du secret des affaires et si, d'autre part, le risque d'atteinte à ce secret était caractérisé. Pour la trancher, il vous faut déterminer quelle doit être la nature de votre contrôle sur ces points en tant que juge de cassation. Même si la procédure de « référé SDA » est nouvelle, votre jurisprudence n'est pas vierge puisque vous contrôlez déjà sous l'angle de la qualification juridique le caractère communicable d'un document au sens de l'article 6 de la loi de 1978, notamment pour déterminer l'existence d'un secret protégé faisant obstacle à la communicabilité d'un document.

Vous exercez le même degré de contrôle sur les motifs de refus de communication tirés de ce que la divulgation porterait préjudice à un tiers. Par analogie et au vu de la densité juridique de la notion de « secret des affaires », qui, par définition, conditionne toute l'application de la nouvelle procédure de référé, il nous semble que vous pourrez retenir le même niveau de contrôle sur les motifs par lesquels le juge estime qu'une information est protégée par le secret des affaires au sens des articles L. 151-1 et suivants du code de commerce.

En revanche – et même si cela n'est pas en débat devant vous, nous serions plutôt d'avis que les appréciations par lesquelles il retient qu'une telle information a été obtenue, utilisée ou divulguée dans les conditions illicites décrites aux articles L. 151-4 à L. 151-6 du même code sont pour l'essentiel factuelles ou circonstancielles et ne devraient relever que d'un contrôle de dénaturation. Il en irait de même, selon nous, pour ce qui concerne l'imminence de l'atteinte. C'est cette grille de lecture que nous vous proposons d'appliquer, étant entendu qu'elle n'est pas exclusive du contrôle plus classique de l'erreur de droit qu'il vous revient d'exercer quant au maniement par le juge des trois

critères posés par les articles L. 151-1 et suivants du code de commerce pour définir une information protégée au titre du secret des affaires.

4.2.1. Dans ce cadre d'analyse, il convient d'abord de rechercher si les informations communiquées au titre de la procédure d'appel d'offres relevaient du secret des affaires. Vous aurez observé, au vu des textes que nous vous avons cités, que presque aucun d'entre eux ne se risque à donner une définition du champ matériel du secret des affaires. Les textes les plus récents se concentrent au contraire sur des critères ou en tout cas des indices extrinsèques au contenu de l'information protégée (à travers les conditions d'existence d'un secret, de la valeur commerciale de ce secret et d'une forme de protection raisonnable dudit secret).

L'article L. 311-6 du CRPA s'y essaie davantage en distinguant, reprenant ainsi une doctrine élaborée en son temps par la CADA, trois sous-catégories de secret des affaires : le secret des procédés, le secret des informations économiques et financières et le secret des stratégies commerciales ou industrielles.

Pour donner un peu de chair à cette notion, il nous semble que l'on peut aisément se rattacher à la jurisprudence que vous avez développée sous la dénomination alors en vigueur de « secret industriel et commercial ». Or, à cet égard, vous tendez, de manière générale, à assimiler l'atteinte au secret industriel et commercial à l'atteinte à une concurrence loyale. Cela ressort tant du fichage de votre décision CH de Perpignan (qui énonce que, saisis d'un recours relatif à la communication de tels documents, il revient aux juges du fond d'examiner si, par eux-mêmes, les renseignements contenus dans les documents dont il est demandé la communication peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret industriel et commercial) que de la lettre de l'article L. 311-6 CRPA qui prescrit qu'il doit être tenu compte de ce que l'administration sur qui pèse l'obligation de communication est soumise ou non à la concurrence.

Il nous semble que la définition posée à l'article L. 151-1 du code de commerce, qui renvoie au « secteur d'activité » du détenteur de l'information et à sa « valeur commerciale », fait également implicitement écho à la notion de concurrence déloyale. Dans cette perspective et de manière plus précise, vous avez estimé dans votre précédent CH de Perpignan que sont communicables l'ensemble des pièces du marché, ce qui inclut, « sous réserve des secrets protégés par la loi », « l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire ».

En revanche, la même décision énonce que n'est pas communicable, en raison du secret industriel et commercial, « le bordereau des prix unitaires de l'entreprise attributaire, en ce qu'il reflète la stratégie commerciale de l'entreprise opérant dans un secteur d'activité ». En outre, l'article L. 2132-1 du code de la commande publique exclut la communication par l'acheteur des « informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. ».

Dans l'espèce qui vous occupe, nous en déduisons très directement que, en l'état de la procédure, c'est-à-dire au stade de l'analyse des offres (les choses seraient différentes après

l'attribution du marché), le montant total et le prix détaillé de l'offre sont couverts par le secret des affaires. Le juge des référés n'a donc pas inexactement apprécié les faits en estimant que les éléments contenus dans l'offre de la SHAM entraînent dans le champ des informations protégées par le secret des affaires.

4.2.2. S'agissant, en second lieu, du risque « d'atteinte » à proprement parler, il ressort clairement des dispositions de l'article L. 151-4 du code de commerce selon lequel : « l'obtention d'un secret des affaires est illicite lorsqu'elle est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime » que la communication à l'acheteur d'informations couvertes par le secret des affaires ne méconnaît pas ce secret dès lors que le soumissionnaire y consent, par exemple en s'inscrivant dans la procédure de passation du marché.

Ce texte nous paraît d'ailleurs pleinement s'accorder avec les prescriptions de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique dont nous vous avons dit qu'il prohibe également la divulgation par l'acheteur d'informations couvertes par le secret des affaires, mais dont le deuxième alinéa prévoit en revanche qu'il « peut demander aux opérateurs économiques de consentir à ce que certaines informations confidentielles qu'ils ont fournies, précisément désignées, puissent être divulguées ».

En revanche, une atteinte au secret des affaires est susceptible d'être caractérisée si, dans le cadre de la procédure ou à son terme, l'acheteur divulgue des informations à des tiers non autorisés à en connaître sans le consentement de leur détenteur.

Or, il ressort des pièces du dossier que la SHAM consentait certes à communiquer son offre à l'acheteur, puisqu'elle participait à la procédure, mais qu'elle s'y refusait expressément vis-à-vis de l'AMO, ce défaut de consentement étant parfaitement explicite aux termes de son courrier du 4 juin sollicitant l'exclusion de M. Tourrain et d'ACAOP de l'analyse des offres. Par ailleurs – et ce point nous paraît très important en pratique, les documents du marché ne contenaient aucune clause prévoyant que la communication à l'acheteur valait consentement de communiquer à l'AMO.

Dès lors, le groupe hospitalier était, en s'appropriant à communiquer l'offre à l'AMO, sur le point de divulguer une information protégée sans le consentement de son détenteur légitime, soit dans la situation prévue à l'article L. 151-5 du code de commerce. Ces éléments permettaient de caractériser un risque d'atteinte au secret des affaires, sans qu'il soit par ailleurs besoin de prendre en compte un éventuel conflit d'intérêts affectant M. Tourrain et ACAOP, dont l'animosité alléguée à l'égard de la société SHAM nous paraît, par elle-même, une circonstance inopérante pour établir une telle atteinte, qui répond à des conditions objectives, à savoir, d'une part, porter sur une information relevant du secret des affaires et, d'autre part, ne pas être autorisée par le détenteur de l'information.

Dès lors, et même si cette dernière partie de la motivation de son ordonnance est surabondante, le JR n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en estimant que la requérante établissait l'existence d'un risque d'atteinte imminente au secret des affaires. Nous vous invitons donc à écarter le moyen.

4.3. Enfin, si vous estimez qu'il est né de l'ordonnance attaquée et donc recevable, un dernier moyen d'erreur de droit reproche au juge des référés d'avoir prononcé une mesure disproportionnée en enjoignant au CHU d'interdire l'accès aux documents déposés par

les soumissionnaires, non seulement de M. Tourrain, mais aussi de l'ensemble du personnel de la société ACAOP. L'article R. 557-3 CJA prévoit en effet que : « [...] Le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. [...] »

Mais nous ne pensons pas que, dès lors qu'il a admis l'existence d'un risque d'atteinte au secret des affaires, le juge ait ici méconnu son office en décidant d'interdire la transmission des offres à l'ensemble de la société ACAOP, sans se limiter à son seul gérant. Dans les circonstances de l'espèce, une telle distinction nous paraîtrait en effet très formelle, eu égard notamment au pouvoir de direction qu'exerce le gérant d'une société, dont nous comprenons au demeurant que les effectifs sont très réduits, le mémoire en défense de la SHAM indiquant qu'elle ne serait composée que de deux salariés. Vous pourrez donc, quel que soit le terrain approprié, écarter ce dernier moyen.

5. Par ces motifs, nous concluons au rejet du pourvoi et à ce que vous mettiez à la charge du CHU de Pointe-à-Pitre la somme de 3 000 € à verser à la SHAM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ces mêmes dispositions faisant en revanche obstacle aux conclusions présentées par le CHU sur leur fondement.

Référence 8 : *CE (7/2 CR) 10 février 2022, Centre hospitalier universitaire de Pointe-à-Pitre / Abymes, n° 456503*

Vu la procédure suivante :

La Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a, sur le fondement de l'article R. 557-3 du code de justice administrative, demandé au juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe, dans le cadre de la consultation lancée par le centre hospitalier universitaire (CHU) de Pointe-à-Pitre / Abymes, ayant pour objet des services d'assurance pour le centre hospitalier Sainte-Marie de Marie-Galante, de suspendre l'analyse des offres et d'ordonner au CHU, premièrement, d'interdire l'accès, par tout moyen, de M. J... et des préposés de la société ACAOP à l'ensemble des documents déposés par les candidats, deuxièmement, d'exclure de la consultation M. J... et les préposés de la société ACAOP et, troisièmement, de lui notifier cette décision d'exclusion dans un délai de cinq jours à compter de son ordonnance.

Par une ordonnance n° 2100560 du 9 juin 2021, le juge des référés a enjoint au CHU d'interdire, par tout moyen, l'accès de M. J... et de toutes les personnes travaillant au sein de la société ACAOP à l'ensemble des documents déposés par les soumissionnaires dans le cadre de la consultation en cause, suspendu l'analyse des offres et rejeté le surplus des conclusions de la SHAM.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 9 et 21 septembre 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le CHU de Pointe-à-Pitre / Abymes demande au Conseil d'État :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de rejeter la demande de la SHAM ;
- 3°) de mettre à la charge de la SHAM la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le code de commerce ;
- le code de la commande publique ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe que le centre hospitalier universitaire (CHU) de Pointe-à-Pitre / Abymes a confié à la société ACAOP, dirigée par M. J..., une mission d'audit et d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la passation des marchés d'assurance du groupement hospitalier territorial de la Guadeloupe. Le 10 mai 2021, le CHU a, avec l'assistance de la société ACAOP, lancé une consultation ayant pour objet des services d'assurance (pôles sanitaires et médico-social) pour le centre hospitalier Sainte-Marie de Marie-Galante. Le 7 juin 2021, la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), candidate à l'attribution des lots n°s 1 et 4, a demandé au juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe, sur le fondement de l'article R. 557-3 du code de justice administrative, d'interdire l'accès de M. J... et des préposés de la société ACAOP à l'ensemble des documents déposés par les candidats et de les exclure de la consultation. Par une ordonnance du 9 juin 2021, le juge des référés a enjoint au CHU d'interdire par tout moyen l'accès de M. J... et des préposés de la société ACAOP à l'ensemble des documents déposés par les soumissionnaires et, dans l'attente, suspendu l'analyse des offres. Le CHU de Pointe-à-Pitre / Abymes se pourvoit en cassation contre cette ordonnance.

2. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 77-13-1 du code de justice administrative : " Lorsque les actions tendant à prévenir, faire cesser ou réparer une atteinte portée au secret des affaires relèvent de la juridiction administrative, le juge peut mettre en œuvre les mesures prévues au chapitre II du titre V du livre Ier du code de commerce, sous réserve des adaptations réglementaires nécessaires ". Aux termes de l'article R. 77-13-2 du même code : " Lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des référés se prononce ainsi qu'il est dit à l'article R. 557-3 ". Aux termes de l'article R. 557-3 : " Lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des référés peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du code de commerce ".

3. Aux termes de l'article L. 151-1 du code de commerce : " Est protégée au titre du secret des affaires toute information répondant aux critères suivants : / 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; / 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; / 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret ". Aux termes du I de l'article R. 152-1 du même code : " Lorsqu'elle est saisie aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, la juridiction peut prescrire, sur requête ou en référé, toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Elle peut notamment : / 1° Interdire la réalisation ou la poursuite des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ; / (...) ".

4. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 2132-1 du code de la commande publique : " L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telles que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs

économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres ".

5. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de la Guadeloupe que le CHU de Pointe-à-Pitre / Abymes a conclu avec la société ACAOP un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage pour la passation de ses marchés d'assurance. A ce titre, il n'a pas été contesté devant le juge du fond que la société ACAOP intervient pour le compte de la personne publique et que son dirigeant et ses personnels sont tenus, dans le cadre de l'exécution de ce marché, à une obligation professionnelle de confidentialité. Par suite, en jugeant qu'il n'y avait pas lieu de prendre en compte cette obligation de confidentialité dans l'appréciation du risque d'une atteinte imminente au secret des affaires susceptible d'être imputable au centre hospitalier, contre lequel la SHAM a engagé son action, à raison de l'intervention de la société ACAOP dans la procédure de passation du marché d'assurance auquel la requérante a candidaté, le juge des référés a commis une erreur de droit. Par suite et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi, son ordonnance doit être annulée.

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

7. Il résulte de l'instruction que la SHAM était tenue de communiquer, dans le cadre de la consultation en cause, des informations relatives au prix de son offre, lesquelles doivent être regardées, à ce stade de la procédure de passation, comme couvertes par le secret des affaires au sens des dispositions citées aux points 2 à 4. Si la SHAM fait valoir qu'elle s'est expressément opposée à ce que son offre soit communiquée à M. J..., dirigeant de la société ACAOP, et à l'ensemble des préposés de cette société, dont elle a sollicité l'exclusion de l'analyse des offres, en raison de relations étroites alléguées de M. J... avec une société concurrente, cette seule circonstance ne suffit pas, par elle-même, à caractériser un risque d'atteinte imminente au secret des affaires dès lors que la société ACAOP ainsi que son dirigeant et ses personnels sont tenus à une obligation contractuelle de confidentialité dans le cadre de leur mission d'assistance au maître de l'ouvrage. A cet égard, il appartiendra à la requérante, si elle s'y croit fondée, de faire valoir notamment devant le juge du référé pré-contractuel tout manquement qu'elle aura relevé aux règles de publicité et de concurrence, tenant, le cas échéant, en une violation par le pouvoir adjudicateur du secret commercial ou de l'impartialité à laquelle celui-ci est tenu.

8. Il résulte de ce qui précède que la demande de la SHAM doit être rejetée, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761 1 du code de justice administrative.