

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

BIBLIOGRAPHIE

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

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 30 avril 2019, Société Total Marketing France
Référence 2 : CE, 30 avril 2019, Société Total Marketing France, n°426698
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 27 mai 2020, Société Clean Building
Référence 4 : CE, 27 mai 2020, Société Clean Building, n°435982
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 : C. Constitutionnel, 2 octobre 2020 n°2020-857

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 : commentaire de la référence n°7

Référence 1 : Conclusions sur CE, 30 avril 2019, Société Total Marketing France

1. C'est la première fois que vient devant vous un contentieux relatif à l'attribution d'un contrat relevant de l'article L. 122-23 du code de la voirie routière, c'est-à-dire un contrat passé par un concessionnaire d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé.

Cette affaire aurait pu illustrer devant vous les effets du renforcement voulu par le législateur des contrôles sur les sociétés concessionnaires d'autoroutes. Est, en effet, en cause le renouvellement d'une sous-concession portant sur les activités de boutiques et de restauration d'une aire de services. La société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) avait concédé à Total l'exploitation de l'aire de services de Dracé située sur l'A6. La sous-concession a expiré il y a quelques jours, le 31 mars dernier, et la société APRR avait, dans cette perspective, remis en concurrence l'attribution de ce contrat.

La société Total Marketing France n'a pas remis d'offre, car elle a estimé que l'illégalité de l'un des critères de sélection et les contradictions entachant les documents de consultation l'en empêchaient. Elle a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Dijon, qui a rejeté sa requête.

Vous auriez pu vous pencher sur la consultation ainsi organisée. La passation de ce contrat posait en effet des questions sérieuses, en particulier sur le rôle exact du titulaire pour l'activité carburants. Mais nous ne détaillerons pas davantage les faits pour une raison simple : le contrat a été conclu.

Alors pourquoi en parler dans cette formation, vous demanderez vous légitimement. Elle réside dans un autre intérêt de ce dossier, qui va vous conduire à vous prononcer sur la question de la compétence du juge des référés précontractuels pour de tels contrats.

2. Tout d'abord, la compétence de la juridiction administrative ne fait pas de doute. L'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que « Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ». Lorsque le contrat portant occupation du domaine public est conclu entre deux personnes privées, le juge judiciaire est compétent (TC 14 mai 2012, Mme Gilles, n° 3836, au Recueil).

En revanche, lorsque le contrat comportant autorisation d'occupation du domaine public est conclu par un concessionnaire de service public, le juge administratif est compétent (avis d'Assemblée générale du 16 mai 2002, n° 366305 ; TC, 9 décembre 2013, EURL Aquagol c/ Association réunionnaise de développement de l'aquaculture, n° 3925, aux Tables). C'est donc le cas en l'espèce s'agissant de la conclusion d'un contrat d'autorisation d'occupation du domaine public autoroutier concédé.

3. S'agissant ensuite de la compétence du juge des référés précontractuels, les apparences sont simples mais elles sont, plus encore, trompeuses. Et, en l'espèce, elles le sont à trois titres. Première apparence trompeuse : la compétence par définition directe dans le code de justice administrative La compétence du juge du référé précontractuel est définie, comme vous le savez, à l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Il s'agit ainsi

de l'article où devrait le plus naturellement se loger la compétence du juge du référé précontractuel pour les contrats qui nous intéressent ici.

Or, cet article évoque bien les concessions de service. Le contrat litigieux, eu égard à son objet, pourrait donc en relever. Mais il pose une seconde condition, au plan organique, tenant à ce que le contrat soit passé par un pouvoir adjudicateur.

Les sociétés d'autoroutes peuvent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs sur le fondement de l'ordonnance du 29 janvier 2016 (relative aux contrats de concession) si les conditions fixées par ce texte sont remplies. L'organisme doit soit voir son activité majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur, soit voir sa gestion soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, soit avoir un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

Dans son avis précité du 16 mai 2002, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a, en conséquence, relevé que les sociétés concessionnaires d'autoroutes dont les capitaux sont majoritairement publics sont des pouvoirs adjudicateurs dès lors qu'elles remplissent l'une de ces conditions (auparavant exigées par l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991, dont les dispositions sont identiques et issues du droit communautaire). Mais cet avis retient que tel n'est pas le cas pour des sociétés concessionnaires d'autoroutes à capitaux majoritairement privés.

En l'espèce, la société APRR, qui est une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés, ne peut, par conséquent, être regardée comme un pouvoir adjudicateur. La compétence du juge des référés précontractuels ne peut donc résulter du seul article L. 551-1 du code de justice administrative.

Deuxième apparence trompeuse : la compétence par renvoi via une autre disposition législative.

Une autre disposition législative pourrait, par elle-même ou par renvoi à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, prévoir la compétence du juge du référé précontractuel. Ainsi, par votre décision du 1er avril 2009 Société des autoroutes du sud de la France (n° 315586, aux Tables, conclusions de Bertrand Dacosta ; puis du 30 septembre 2009, Société des autoroutes Rhône-Alpes, n° 326424, aux Tables, conclusions du Président Boulouis), vous avez retenu que le juge des référés précontractuels était compétent pour connaître de manquements aux règles de publicité pour des marchés de travaux passés par une société concessionnaire.

Mais dans ces décisions, vous avez fondé la compétence du juge des référés précontractuels en vous référant à l'article 11-2 de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Cet article disposait expressément que la procédure applicable en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence était celle de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Or, l'article 11-2 a été abrogé par l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

Aujourd'hui, l'article L. 122-20 du code de la voirie routière (créé par la loi du 6 août 2015 et modifié par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique) étend le champ du référé précontractuel pour la passation des marchés de travaux,

fournitures et services du réseau autoroutier concédé, et ce devant la juridiction administrative pour les contrats de droit public et devant la juridiction judiciaire pour les autres.

En revanche, la partie législative de la section 5 relative aux « installations annexes sur les autoroutes concédées » ne prévoit quant à elle aucune disposition équivalente à celle-ci, figurant à la section 4. Les travaux préparatoires de la loi nous aident, à vrai dire, assez peu, car les débats parlementaires n'ont jamais porté sur les possibilités de recours juridictionnels.

L'article L. 122-20 a été adopté tel qu'il avait été élaboré par le projet du gouvernement sans discussion. La section 5 a quant à elle été créée à l'initiative des rapporteurs à l'Assemblée nationale, sans que le sujet des recours ait été abordé.

Aucune disposition législative n'a ainsi étendu la compétence du juge des référés précontractuels aux contrats d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes lorsque ces sociétés n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs.

Troisième apparence trompeuse : la compétence par assimilation au sein du code de la voirie routière

L'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa rédaction issue du décret du 1er mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes dispose désormais que : « Le concessionnaire d'autoroutes est assimilé à un pouvoir adjudicateur et l'exploitant des installations annexes est assimilé au concessionnaire ».

Mais cet article doit être cité entièrement : « La passation et l'exécution des contrats d'exploitation sont régies par les titres II et III du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, sous réserve des adaptations suivantes : / 1° Pour l'application du décret mentionné au premier alinéa, les contrats d'exploitation sont assimilés à des contrats de concession relevant du 1° de l'article 9 de ce même décret, le concessionnaire d'autoroutes est assimilé à un pouvoir adjudicateur et l'exploitant des installations annexes est assimilé au concessionnaire ; (...) »

Cet article ne comporte ainsi aucun renvoi au code de justice administrative. Ce n'est que pour l'application du décret concession que les contrats d'exploitation sont assimilés à des contrats de concession. Et le décret concession lui-même n'aborde pas la question des voies de recours.

Surtout, nous pensons que si ce décret avait entendu – ce qu'il ne fait pas – étendre la compétence du juge du référé précontractuel par l'assimilation à laquelle il procède, il ne pouvait le faire légalement. Le référé précontractuel permet à des tiers d'intervenir dans le processus de formation d'un contrat entre deux personnes privées et il concerne ainsi les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales au sens de l'article 34 de la Constitution. Il relève donc du domaine de la loi.

D'ailleurs, l'ordonnance du 7 mai 2009 puis les lois du 6 août 2015 et du 9 décembre 2016 témoignent de ce que le champ de compétence du juge des référés précontractuels relève du domaine de la loi.

Et la circonstance que le contrat soit soumis à des règles de procédure n'a pas pour effet de rendre applicable à cette procédure les référés précontractuels (par exemple pour une convention d'occupation du domaine public : 19 janvier 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, n°

341669, aux Tables sur ce point ; 3 décembre 2014, Etablissement public Tisséo et Société Métrobus, n° 384170, aux Tables sur ce point).

Ces trois voies étant fermées, la conclusion à laquelle nous parvenons est que le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour connaître de ces contrats.

Votre décision de Section du 3 novembre 1995 Société Stentofon Communications (n° 152650, au Recueil) aurait pu conduire à prononcer un non-lieu en cassation du fait de la signature du contrat après l'introduction du pourvoi. Mais ici, dès lors que le juge du référé précontractuel n'était pas compétent, vous ne pouvez pas vous fonder sur la circonstance que ses pouvoirs ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat, puisque ces pouvoirs n'ont précisément jamais existé. Vous devez donc vous prononcer sur l'ordonnance sans statuer par un non-lieu.

Vous pourriez, sur le fondement du moyen relevé d'office par votre 7ème chambre tiré de l'incompétence du juge du référé précontractuel, annuler son ordonnance puis rejeter la requête. Mais ce motif, qui ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait, peut être substitué aux motifs retenus par l'ordonnance attaquée, dont le dispositif consiste à rejeter la requête.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi de la société Total Marketing France
- au rejet, eu égard aux circonstances de l'espèce, des conclusions présentées par la société APRR au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 2 : CE, 30 avril 2019, Société Total Marketing France, n° 426698

La société Total Marketing France a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation, lancée par la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR), d'un contrat d'occupation du domaine public autoroutier concédé en vue de l'exercice d'activité de boutique et de restauration sur l'aire de service de Dracé.

Par une ordonnance n° 1803122 du 14 décembre 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a rejeté cette demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire, un nouveau mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 28 décembre 2018, 14 et 30 janvier et 5 avril 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Total Marketing France 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 société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;

- le code de la voirie routière ;
- la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ;
- la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1er février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,
- les conclusions de Mme Mireille Le Corre, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Total Marketing France et à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 14 juin 2018, la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) a lancé une consultation en vue du renouvellement du contrat d'occupation du domaine public autoroutier concédé en vue de l'exercice d'activités de boutique et de restauration sur l'aire de service de Dracé et, à titre accessoire, l'exécution d'un mandat de commercialisation des carburants. La société Total Marketing France, qui a été admise à présenter sa candidature mais n'a pas présenté d'offre, se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 14 décembre 2018 par laquelle le juge du référé du tribunal administratif de Dijon, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande d'annulation de la procédure de passation de ce contrat.

Sur la compétence de la juridiction administrative :

2. Aux termes de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques : " Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ". Il résulte de ces dispositions que les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public conclus par les concessionnaires du service public autoroutier relèvent de la compétence de la juridiction administrative. Le juge administratif est, par suite, compétent pour connaître du présent litige, qui concerne la conclusion, par une société concessionnaire d'autoroutes, d'un contrat comportant occupation du domaine public autoroutier.

Sur la saisine du juge du référé précontractuel :

3. D'une part, aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités

adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ".

4. La notion de pouvoir adjudicateur est définie à l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable, ratifiée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Aux termes de ces dispositions, sont des pouvoirs adjudicateurs, outre les personnes publiques et certains organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs, les " personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ". Si les missions de construction, d'entretien et d'exploitation des autoroutes dont sont chargées à titre principal les sociétés d'autoroutes visent à satisfaire des besoins d'intérêt général au sens des dispositions qui précèdent, la société APRR, qui est une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés, ne répond à aucune des conditions mentionnées aux a, b et c de l'article 9 de l'ordonnance de 2016. Elle ne peut, par suite, être regardée comme un pouvoir adjudicateur ni, en tout état de cause, comme une entité adjudicatrice, ce dont il découle que le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour connaître du contrat litigieux par application des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative.

5. D'autre part, il appartient au seul législateur, en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution selon lesquelles la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, de rendre applicable à des contrats passés par des personnes privées le recours au juge du référé précontractuel. Ainsi, aux termes de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, applicable aux marchés de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession : " En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés de travaux, fournitures ou services, il est fait application : 1° Pour les marchés soumis aux règles du droit public, des sous-sections 1 et 3 de la section 1 et de la section 2 du chapitre Ier du titre V du livre V du code de justice administrative ".

6. Mais, si l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, issu de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a ainsi étendu la compétence du juge du référé précontractuel aux marchés publics de travaux, fournitures ou services passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, dont la passation a été soumise par cette loi à des règles de procédure, aucune disposition législative n'a étendu cette compétence aux contrats, tel celui de l'espèce, d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, lorsque ces sociétés n'ont ni la qualité de pouvoir adjudicateur ni celle d'entité adjudicatrice, alors même que la loi du 6 août 2015 a soumis la passation de ces contrats à des règles de procédure.

7. Par suite, la société Total Marketing France n'était pas recevable à saisir le juge du référé précontractuel de manquements, imputés à la société APRR, aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du contrat d'exploitation de l'aire de service de Dracé,

alors même, d'une part, qu'en vertu de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, le concessionnaire d'autoroute est assimilé à un pouvoir adjudicateur pour l'application du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession et, d'autre part, que l'avis de concession publié par la société APRR mentionnait que ce contrat pouvait faire l'objet d'un référé précontractuel. Ce motif, qui justifie légalement le dispositif de l'ordonnance attaquée et n'appelle l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué aux motifs retenus par le juge des référés du tribunal administratif de Dijon.

8. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Total Marketing France doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme à la charge de la société Total Marketing France au titre du même article. [rejet]

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 27 mai 2020, Société Clean Building

La collectivité territoriale de Martinique a lancé au mois de février 2019 un appel d'offres en vue de l'attribution d'un accord-cadre ayant pour objet des prestations de nettoyage de locaux et de sites, divisé en 9 lots. Au terme de la procédure, l'acheteur a informé les candidats de sa décision d'en attribuer la plupart (lots 1 à 6 et 9) à la société Sadis'nov, la société Médianet obtenant le lot n°7 et la société Clean Building le lot n° 8.

Cette dernière a contesté par la voie du référé précontractuel l'attribution des autres lots. La collectivité territoriale ayant signé le marché quelques heures après l'enregistrement de son recours, elle a présenté de nouvelles conclusions en référé contractuel, que le juge du référé a rejeté après avoir écarté les différents manquements invoqués par la société requérante.

Celle-ci soulève trois ensembles de moyens. Deux portent sur les motifs du rejet de ses conclusions en annulation des contrats, le troisième sur l'absence de fixation d'une pénalité à la charge de la collectivité territoriale.

S'agissant en premier lieu des offres de la société Sadis'nov, qui a remporté les lots 1 à 6 et 9, l'auteur de l'ordonnance attaquée a relevé qu'"il résulte de l'instruction que la collectivité territoriale de Martinique a interrogé le 7 juin 2019 la société Sadis'nov sur les prix proposés dans ses offres, en ce qui concerne les lots 1, 2, 5, 6 et 7, détectées comme étant anormalement basses par ses services.

Cette société a déposé sa réponse sur la plateforme achatpublic.com consultable par tous les candidats. Au regard des éléments justificatifs communiqués le pouvoir adjudicateur a estimé que ces offres étaient conformes et ne pouvaient être rejetées comme étant anormalement basses. Si la société conteste les explications de la société attributaire, elle ne démontre pas de manière probante, en se bornant à se fonder sur les chiffres tirés de sa propre activité se rapportant aux superficies des locaux qui lui avaient été confiés par le précédent marché, que la cadence de travail moyenne déterminée par l'attributaire ne lui permettrait pas de réaliser les prestations attendues par les prescriptions du marché au prix proposé".

Votre jurisprudence sur l'appréciation par l'acheteur du caractère éventuellement anormalement bas d'une offre et sur le contrôle du juge du référé précontractuel ou contractuel sur ce point est bien établie. L'offre anormalement basse est une offre manifestement sous évaluée et de nature, par là-même, à compromettre la bonne

exécution du marché (29 mai 2013, ministre de l'intérieur c/ sté Arteis, n° 366606, aux T sur ce point).

Le caractère anormalement bas d'une offre ne saurait découler de la seule circonstance que le prix proposé par un candidat est beaucoup plus bas que ceux des offres concurrentes ou que les estimations du pouvoir adjudicateur. De tels éléments sont seulement de nature à laisser penser que l'offre pourrait être anormalement basse, ce qui doit conduire l'acheteur, comme le prévoient les dispositions de l'article L. 2152-6 CCP (art 53 ordonnance de 2015), à demander au candidat de lui fournir des précisions et justifications sur le montant de son offre. Ce n'est que si, malgré les justifications fournies, le prix proposé apparaît toujours en lui-même manifestement sous-évalué que l'acheteur pourra rejeter l'offre comme anormalement basse (même décision).

Quant à l'office du juge du référé précontractuel ou contractuel, qui ne saurait se substituer au pouvoir adjudicateur dans l'évaluation des offres, il doit se borner à vérifier qu'aucune erreur manifeste n'a été commise par le pouvoir adjudicateur dans l'appréciation du caractère anormalement bas – ou non - de l'offre (CE, 1er mars 2012, Dépt de la Corse du Sud, n° 354159, au rec), office qu'il exerce souverainement, sous réserve d'une éventuelle dénaturation.

L'auteur de l'ordonnance attaquée nous paraît avoir fait une exacte application de ces principes. Il n'a pas méconnu la charge de la preuve en se prononçant sur l'argumentation de la requérante à laquelle il appartenait, puisqu'elle invoquait un manquement, d'apporter les éléments de nature à l'établir.

Il n'a pas davantage omis de répondre au moyen tiré de ce que l'écart de prix très significatif entre l'offre de l'attributaire et celle de la requérante caractérisait une offre anormalement basse. Il ne s'agissait pas d'un moyen mais d'un argument à l'appui de ce dernier, au surplus inopérant puisque, comme nous l'avons dit, l'écart de prix entre les offres, s'il peut conduire l'acheteur à s'interroger et à interroger le candidat sur la viabilité économique d'une offre (ex CE, 25 mai 2018, Office public de l'habitat Haut-de-Seine habitat, n° 417428, au rec sur un autre point), n'est pas susceptible de caractériser à lui seul une offre anormalement basse.

Enfin, en se bornant à affirmer que l'offre de la société attributaire ne pouvait s'en remettre au tableau de masse salariale fournie par l'entreprise sortante et aboutir à un prix de 30 % moins élevé, la société requérante n'établit aucunement que le juge du référé aurait grossièrement déformé les faits tels qu'ils ressortent des pièces du dossier en jugeant que l'acheteur avait pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, s'estimer convaincu par les explications de la société attributaire. Même s'il est important dans ce type de marchés, le coût de la masse salariale n'est pas le seul élément qui entre en ligne de compte dans la détermination du prix et il ne ressort pas des pièces du dossier que le prix proposé par la société retenue était manifestement sous-évalué au regard de la masse salariale prévue.

S'agissant en second lieu de l'offre de la société Médianet, attributaire du lot n° 7, l'auteur de l'ordonnance attaquée a écarté le même moyen pour un motif différent, tiré de l'irrégularité de l'offre de la société requérante, faute d'avoir répondu à la demande de justifications que lui avait adressée l'acheteur, qui la suspectait également d'être anormalement basse. Le juge du référé a estimé qu'en raison de l'irrégularité de son offre, la société requérante n'avait perdu aucune chance d'obtenir le contrat.

Ce raisonnement n'est pas contesté dans son principe, alors même que sa pertinence mérite d'être questionnée et que cette affaire vous en donne l'occasion.

Il est conforme à l'état actuel de votre jurisprudence relative à la condition de lésion en référé précontractuel selon laquelle un candidat dont l'offre était elle-même irrégulière ne peut jamais être regardé comme lésé (Section, 3 octobre 2008, SMIRGEOMES, n° 305420, p. 324) par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu, puisque l'irrégularité de ce choix n'est pas la cause de son éviction (CE, 11 avril 2012, Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a., n° 354652, aux T sur ce point), sauf bien entendu si l'irrégularité qui pourrait ainsi lui être opposée est le résultat du manquement qu'il dénonce (CE, 12 mars 2012, Sté Clear Channel France, n°353826, au rec).

Vous ne l'avez jamais appliqué à la condition à laquelle est subordonnée la nullité du contrat en application du 3ème alinéa de l'article L. 551-18 du CJA tenant à ce que "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". Mais, au-delà de la différence de formulation qui s'explique par le fait que le recours intervient dans un cas avant la conclusion du contrat, dans l'autre après, la lésion et la perte de chance traduisent la même exigence de limiter les annulations de la procédure ou du contrat aux cas où l'irrégularité de la procédure a effectivement privé le candidat de la possibilité de participer à une procédure régulière ou d'obtenir le contrat. De ce point de vue, l'erreur commise par l'auteur de l'ordonnance attaquée qui s'est fondé sur l'absence de lésion de la candidate requérante du fait de l'irrégularité de son offre alors qu'il aurait du relever que ses chances d'obtenir le contrat n'avaient pu, de ce fait, être affectées, n'invalide pas son raisonnement et pourrait être facilement rectifiée si vous décidiez de l'approuver.

Mais c'est précisément ce qu'il nous semble difficile de faire, compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.

Celle-ci a en effet jugé, par plusieurs arrêts, que l'irrégularité de l'offre d'un candidat évincé ne pouvait le priver de la possibilité de faire valoir que l'offre retenue était elle-même irrégulière. Elle a d'abord affirmé que l'action incidente de l'adjudicataire tendant à déclarer irrecevable le recours du candidat évincé, « ne peut pas conduire à écarter le recours d'un soumissionnaire dans l'hypothèse où la régularité de l'offre de chacun des opérateurs est mise en cause dans le cadre de la même procédure et pour des motifs de nature identique.

Dans une telle situation, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière" (CJUE, 4 juillet 2013, Fastweb, n° C-100/12, § 33). Ce n'est que dans le cas très particulier où la décision d'éviction du requérant était devenue définitive, car confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours ne statue, que le soumissionnaire peut être regardé comme étant dépourvu d'intérêt pour agir (CJUE, 21 décembre 2016, Caverion, aff. C-355/15, dont la portée très circonscrite a été soulignée par la décision du 11 mai 2017, Archus et Gama, aff. C-131/16, § 57).

Vous n'avez eu jusqu'à présent à vous interroger sur la portée de cette jurisprudence que dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat, en application de la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne, et vous avez jugé qu'elle n'avait

pas d'incidence sur l'appréciation de l'opérance des moyens invocables au motif que ce recours avait un objet, un champ d'application et un effet différents des référés en matière contractuelle (CE, 9 novembre 2018, Sté Cerba et CNAM, n° 420654, au rec).

Ce raisonnement n'est pas transposable aux référés précontractuel et contractuel, qui ont pour objet la transposition des règles européennes sur lesquelles porte la jurisprudence de la Cour de Justice.

Celle-ci vaut à notre avis aussi bien pour le référé précontractuel que contractuel. Ces deux procédures sont liées, le référé contractuel prenant le relais du référé précontractuel lorsque celui-ci, qui est la voie ordinaire de recours, n'a pu être efficacement exercé du fait d'un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de suspension de la signature du contrat. Les deux recours ont donc la même finalité d'assurer, par l'annulation de la procédure ou du contrat, et même si pour ce dernier les conditions pour l'obtenir sont beaucoup plus strictes, la régularité de la procédure de sélection, sur laquelle est fondée la jurisprudence de la Cour. Ce que vous jugerez dans la présente affaire pour le référé contractuel vaudra donc pour le référé précontractuel.

La première question qui se pose dans la détermination de la portée de la jurisprudence de la CJUE sur votre propre jurisprudence est celle de son champ d'application.

En effet, la Cour s'est prononcée à propos de règles de recevabilité du recours relatives à l'intérêt pour agir, alors que votre jurisprudence concerne les conséquences de l'irrégularité de l'offre du candidat évincé sur les conditions de lésion ou de perte de chance d'obtenir le contrat auxquelles sont subordonnés respectivement l'opérance des moyens qu'il peut soulever et la possibilité d'obtenir l'annulation du contrat. Vous pourriez donc considérer que votre jurisprudence, qui n'oppose pas la régularité de la candidature ou de l'offre du requérant au stade de l'appréciation de la recevabilité de son recours, n'est pas affectée par la jurisprudence européenne.

Cette solution n'est pas dépourvue de logique. En permettant au candidat évincé dont l'offre est irrégulière de former un recours, cela lui laisse la possibilité, dont il se trouve privé dans les dispositifs sur lesquels la CJUE a statué, de faire valoir que l'irrégularité de son offre trouvant sa cause dans un manquement du pouvoir adjudicateur, elle ne peut lui être opposée (voyez en ce sens votre jurisprudence Sté Clear Channel France, précitée).

Mais, en dehors de ce cas, l'irrégularité de son offre apparaît effectivement comme la cause déterminante de son éviction et il semble cohérent de pouvoir la lui opposer. Cette solution permet enfin d'éviter le paradoxe, qui ne concerne que le référé contractuel, d'une neutralisation trop large de l'irrégularité de l'offre ou de la candidature qui conduirait à ce qu'un requérant dont l'offre ou la candidature était irrégulière aurait davantage de moyens d'obtenir l'annulation du contrat qu'un candidat dont l'offre était régulière mais dont la notation ne lui laissait aucune chance, indépendamment du manquement, d'obtenir le marché.

La portée de la jurisprudence européenne ne nous paraît cependant pas pouvoir être limitée à la question de la recevabilité du recours telle que l'entend le contentieux administratif français.

Tout d'abord parce que la distinction propre à ce dernier entre la recevabilité du recours et l'opérance des moyens, outre qu'elle n'est pas toujours d'une grande stabilité, ne figure pas dans les dispositions de la directive sur lesquelles se prononce la CJUE. Le 3° de l'article 1er de la directive 89/665 du 21 décembre 1989,

modifiée, relative à l'application des procédures de recours en matière de passation des contrats de la commande publique, dispose que "Les États membres s'assurent que les procédures de recours sont accessibles, selon des modalités que les États membres peuvent déterminer, au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée".

La condition de lésion sur laquelle est susceptible de jouer la régularité de l'offre ou de la candidature se situe dans la directive au niveau de l'accès au recours. La CJUE se prononce donc sur les effets de l'irrégularité de la candidature ou de l'offre sur la possibilité d'obtenir, par la voie contentieuse, l'annulation de la procédure ou du contrat. Or, au regard de cette finalité, que l'obstacle fondé sur l'irrégularité de la candidature ou de l'offre du requérant lui soit opposé au stade de la recevabilité de son recours ou de l'opérance de tous les manquements qu'il pourrait invoquer pour obtenir ce qu'il demande, le résultat est exactement le même.

Ensuite et surtout, parce que la jurisprudence de la CJUE est fondée sur l'idée que tous les candidats doivent tous pouvoir invoquer dans le cadre de la même procédure l'irrégularité des autres offres car, "dans une telle hypothèse, chacun des concurrents peut faire valoir un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres, pouvant aboutir au constat de l'impossibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la sélection d'une offre régulière" (Fastweb, point 33; FPE, point 24; Archus et Gama, points 55 et 57), ouvrant ainsi la voie au lancement d'une nouvelle procédure (CJUE, Gde Ch, 5 avril 2016, PFE, aff. C-689/13, pt 28).

La Cour a précisé que l'impossibilité d'opposer au candidat évincé qui fait valoir que l'offre retenue est irrégulière l'irrégularité de sa propre offre s'applique quel que soit le nombre de candidats (PFE, § 24-30) et n'est pas subordonnée à la preuve, que le candidat évincé serait d'ailleurs bien en peine d'apporter, faute de connaître le contenu des autres offres, de l'irrégularité des offres moins bien classées, ni à celle, tout aussi difficile, de ce que le pouvoir adjudicateur sera effectivement amené à réitérer la procédure de passation de marché public, "l'existence d'une telle possibilité, précise la cour, doit être considérée comme étant suffisante à cet égard" (CJUE, 5 septembre 2019, Lombardi, aff. C-333/18).

Ce qui apparaît donc déterminant pour la cour est de garantir l'effet potentiellement utile du recours qui est à la fois d'éviter que le contrat soit attribué à une offre irrégulière et de donner une chance aux candidats évincés de présenter de nouvelles offres régulières dans le cadre d'une nouvelle procédure régulière, rétablissant ainsi les conditions d'une égale concurrence.

La portée la plus large doit donc être donnée à la jurisprudence de la CJUE, comme elle l'a elle-même indiquée, notamment dans l'arrêt Lombardi précité : l'irrégularité de l'offre ou de la candidature du requérant ne peut faire obstacle, que ce soit, en droit interne, au stade de la recevabilité du recours, de l'opérance des moyens (dans le cadre de la jurisprudence SMIRGEOMES) ou des conditions pour obtenir l'annulation du contrat (en application de l'article L. 551-18 al 3), à ce qu'il invoque l'irrégularité de la candidature ou de l'offre retenue, à l'appui d'un référé précontractuel ou contractuel.

Les seules limites de cette jurisprudence tiennent d'une part à ce qu'il s'agisse de la même procédure, d'autre part à ce que le manquement invoqué par le requérant tienne à l'irrégularité de la candidature ou de l'offre retenue. Sur ce dernier point, la Cour a précisé la référence de l'arrêt Fastweb à l'invocation de "motifs de nature identique" en indiquant que "la divergence des motifs

soulevés" par les participants à la procédure était sans incidence pour l'application de ces principes (décision PFE, précitée).

Les causes des irrégularités peuvent donc être différentes ; mais, bien qu'il y ait matière à hésitation, nous comprenons les arrêts de la Cour comme faisant référence à des motifs d'irrégularité des offres, de sorte que ce n'est que lorsque l'irrégularité de l'offre retenue est invoquée par le requérant que l'irrégularité de sa propre offre ne peut lui être opposée, ce qui réduit le paradoxe que nous avons évoqué plus haut.

Si vous partagez cet avis, vous constaterez que le juge du référé a commis une erreur de droit en se fondant sur l'irrégularité de l'offre de la société requérante pour juger qu'elle ne pouvait se plaindre d'avoir perdu une chance d'obtenir le contrat alors qu'elle faisait valoir que l'offre retenue était elle-même irrégulière, car anormalement basse. L'irrégularité de l'offre de la société requérante qu'il a retenue tenait à ce que celle-ci n'avait pas répondu à la demande de justifications du prix de son offre, estimé anormalement bas par l'acheteur. Il s'agit donc bien de motifs de nature identique relatifs à la régularité des offres.

L'absence de réponse à une demande de justification du prix d'une offre nous paraît relever de sa régularité puisque d'une part le candidat ne répond pas à une exigence de l'acheteur, d'autre part le caractère anormalement bas de l'offre affecte la capacité de l'opérateur économique à exécuter le marché. L'irrégularité de l'offre de la candidate évincée ne pouvait donc faire obstacle à ce qu'elle se prévale de l'irrégularité de l'offre retenue pour demander l'annulation du contrat.

Nous pensons enfin qu'il vous appartient de soulever d'office cette erreur de droit qui a conduit le juge du référé à se fonder sur une circonstance inopérante, à savoir l'irrégularité de l'offre de la requérante. Elle constitue également une erreur quant au champ d'application de la règle relative à la portée de l'irrégularité de l'offre sur la possibilité pour le candidat évincé d'obtenir l'annulation du contrat lorsqu'il a été conclu sur la base d'une offre irrégulière, règle dont l'examen des moyens vous conduirait à faire application.

Ces moyens, que vous n'aurez pas à examiner si vous nous suivez, portaient en effet tous sur le motif d'irrégularité de l'offre de la société requérante retenu par l'auteur de l'ordonnance attaquée, qu'il s'agisse des conditions procédurales l'ayant conduit à le retenir ou de son bien fondé.

Nous vous proposons donc de casser l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté les conclusions de la société Clean Building en annulation du contrat conclu avec la société Madianet pour l'exécution du lot n° 7.

Réglant l'affaire au titre de la demande de référé, vous ferez droit à la demande de la société Clean Building car il résulte de l'instruction, comme l'avait d'ailleurs relevé le juge du référé, que les précisions et justifications apportées par la société Madianet ne sont pas suffisantes pour convaincre que son prix, inférieur de plus de 60 % à l'estimation annuelle du pouvoir adjudicateur, n'est pas manifestement sous-évalué et de nature, de ce fait, à compromettre la bonne exécution du marché.

Il reste à examiner le dernier moyen du pourvoi, relatif à la pénalité que le juge du référé aurait du infliger à la collectivité territoriale de Martinique, qui conserve un objet dans la mesure où vous confirmez le rejet des conclusions en annulation des autres lots.

Ce moyen est tiré de ce qu'il devait au moins se prononcer sur la sanction financière prévue par l'article L. 551-20 du code de justice administrative, aux termes duquel « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ». L'article suivant précise que ces mesures peuvent être prononcées d'office par le juge. Vous avez jugé que le juge du référé contractuel qui constate que le contrat a été signé en méconnaissance des règles de suspension mais qui ne retient aucun manquement de nature à en justifier l'annulation ou la résiliation, doit au moins, le cas échéant d'office, infliger à l'acheteur une pénalité financière (30 nov 2011, Société DPM protection centre hospitalier Andrée Rosemon, n° 350788, au rec; 25 janvier 2019, société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), n° 423159, aux T).

Or, en l'espèce, le juge du référé non seulement n'a pas infligé de pénalité financière alors même que la collectivité territoriale de Martinique avait signé le marché après l'introduction du référé précontractuel, mais il ne s'est même pas interrogé sur l'exercice de ce pouvoir de sanction. Il a donc méconnu son office.

La détermination de la portée de cette erreur de droit sur l'ordonnance attaquée est la seule originalité de la présente affaire et encore la solution est-elle largement engagée par votre jurisprudence.

Le juge d'appel ou de cassation ne peut prononcer l'annulation partielle d'une décision de justice en tant qu'elle a statué sur certaines conclusions que si celles-ci sont divisibles des autres conclusions (voyez par exemple pour un appel : Section, 21 juillet 1972, Consorts Brocas, n° 81121, au rec ; pour une cassation : CE. 4 janv. 1995, Willerval et Spinder, n° 134754).

Nous n'avons guère d'hésitations à vous proposer de considérer que le prononcé d'une pénalité financière correspond à un pouvoir du juge du référé contractuel divisible de son pouvoir d'annulation, de résiliation ou de réduction de la durée du contrat.

Cette divisibilité découle d'abord du caractère alternatif des mesures pouvant ainsi être prononcées, la pénalité financière sanctionnant le seul manquement à l'obligation de suspension de la signature du contrat.

Elle ressort ensuite très clairement de votre jurisprudence, qui distingue les conclusions tendant à l'annulation du contrat au titre de l'article L. 551-18 du CJA, qui conduisent à apprécier la régularité de la procédure de passation, de l'application des dispositions de l'article L. 551-20, mises en oeuvre, lorsque rien ne justifie l'annulation ou la résiliation du contrat, pour prononcer une sanction (décisions précitées; 14 février 2017, sté des eaux de Marseille, n° 403614, aux T).

Si vous nous suivez, vous casserez l'ordonnance attaquée en tant qu'elle n'a pas prononcé de pénalité financière dans le cadre de l'attribution des lots 1 à 6 et 9 et, réglant l'affaire au titre du référé contractuel dans cette mesure, vous pourrez condamner le Centre hospitalier de Martinique à verser au Trésor Public une somme de 10 000 euros à ce titre. Ce montant est celui des amendes que vous avez infligées dans d'autres cas où, comme en l'espèce, la signature du marché pendant la période de suspension avait été manifestement commise sans intention de faire échec au référé précontractuel (voyez vos décisions sté DPM précitée; 1er mars 2012, OPAC du Rhône, n° 355560, aux T; 15 février 2013, sté SFR, n° 363854, aux T), alors que vous doublez cette somme dans

les cas où le doute est permis (décisions Sté des eaux de Marseille, et BEAH précitées).

EPCMNC :

- Annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle statue sur les conclusions en annulation du marché passé pour l'exécution du lot n° 7 et annulation du marché passé avec la société Madianet pour ce lot;

- Annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle n'a pas statué sur la pénalité financière et à la condamnation du CH de Martinique à verser au Trésor Public une pénalité de 10 000 euros ;

- A ce que vous mettiez à la charge de la société Madianet le versement à la société Clean Building d'une somme de 4 500 euros au titre des frais exposés par elle pour toute la procédure relative au lot n° 7 ;

Au rejet de l'ensemble des conclusions des parties au titre des frais qu'elles ont exposés dans ces instances au titre des autres lots (voyez, par ex, votre décision précitée sté SFR).

Référence 4 : CE 27 mai 2020, Société Clean Building, n°435982

Vu la procédure suivante :

La société Clean Building a saisi le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique, à titre principal, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et, à titre subsidiaire, sur le fondement de celles de l'article L. 551-13 du même code, d'une demande tendant, d'une part, à l'annulation de la procédure de passation des lots n°s 1 à 7 et du lot n° 9 du marché public engagée par la collectivité territoriale de Martinique sous la forme d'un accord cadre de prestations de nettoyage de locaux et de sites, d'autre part, à l'annulation des décisions du 22 août 2019 portant rejet de ses offres.

Par une ordonnance n° 1900526 du 30 septembre 2019, le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique a décidé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande de la société Clean Building présentée sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative et a rejeté le surplus des conclusions de sa demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 15 novembre et 2 décembre 2019 et 15 avril 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Clean Building demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) de mettre à la charge de la collectivité territoriale de Martinique la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989, modifiée par la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 modifiée ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Waquet, Farge, Hazan, avocat de la société Clean Building et

à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de la collectivité territoriale de Martinique ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 26 février 2019 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces des marchés publics, la collectivité territoriale de Martinique a engagé une consultation en vue de la conclusion d'un accord cadre de prestations de nettoyage de locaux et de sites, divisé en neuf lots. La société Clean Building, qui s'est portée candidate, a été informée, par courrier du 22 août 2019, que le lot n° 8 lui a été attribué et que son offre a été rejetée pour les autres lots, les lots n°s 1 à 6 et le lot n° 9 étant attribués à la société Sadis'nov et le lot n° 7 à la société Madianet. La société Clean Building a demandé au juge des référés du tribunal administratif de la Martinique, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, l'annulation de la procédure de passation du marché pour les lots qui ne lui ont pas été attribués. Le juge des référés a décidé, par une ordonnance du 30 septembre 2019 contre laquelle se pourvoit en cassation la société Clean Building, qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la demande de la société Clean Building présentée sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, puis il a rejeté le surplus des conclusions qu'elle a présentées en cours d'instance sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du même code.

2. En premier lieu, aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation (...) / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ». Selon l'article L. 551-4 de ce code : « Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle ». Aux termes de l'article L. 551-13 du même code : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ». Selon l'article L. 551-14 de ce 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 (...) / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours ». Aux termes de l'article L. 551-18 du même code : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques

ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat ». Selon l'article L. 551-20 du même code : « Dans le cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9, le juge peut prononcer la nullité du contrat, le résilier, en réduire la durée ou imposer une pénalité financière ». Enfin, aux termes de l'article L. 551-21 de ce code : « Les mesures mentionnées aux articles L. 551-17 à L. 551-20 peuvent être prononcées d'office par le juge (...) ».

3. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur, lorsqu'est introduit un recours en référé précontractuel dirigé contre la procédure de passation d'un contrat, doit suspendre la signature de ce contrat à compter, soit de la communication du recours par le greffe du tribunal administratif, soit de sa notification par le représentant de l'Etat ou l'auteur du recours agissant conformément aux dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative. S'agissant 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, 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. En vertu des dispositions de l'article L. 551-14 du même code, la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de l'obligation de suspendre la signature du contrat ouvre la voie du recours en référé contractuel au demandeur qui avait fait usage du référé précontractuel. En outre, en vertu des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, qui doivent être lues à la lumière de celles de l'article 2 sexies de la directive du Conseil du 21 décembre 1989 dont elles assurent la transposition, en cas de conclusion du contrat 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, comme en l'espèce, pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du même code, le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat. Enfin, le rejet des conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative ne fait pas obstacle à ce que soit prononcée, même d'office, une sanction sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-20 du même code, si le contrat litigieux a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 du code de justice administrative.

4. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de la Martinique que le contrat en litige a été conclu le 6 septembre 2019 dans la matinée, postérieurement à la réception par les services de la collectivité territoriale de Martinique de la télécopie et du courrier électronique de l'avocat de la société requérante lui notifiant son référé précontractuel. Le

marché a ainsi été signé par la collectivité en méconnaissance de l'obligation prévue à l'article L. 551-4 du code de justice administrative. Par suite, alors même qu'il avait rejeté les conclusions de la société Clean Building présentées sur le fondement de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, le juge du référé contractuel du tribunal administratif était tenu de prononcer l'une des sanctions prévues à l'article L. 551-20 du même code. En s'abstenant de prononcer l'une d'entre elles, il a commis une erreur de droit.

5. En deuxième lieu, aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, applicable au litige, dont la substance a été reprise à l'article L. 2152-6 du code de la commande publique : « Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre. / Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions fixées par voie réglementaire. / L'acheteur met en œuvre tous moyens pour détecter les offres anormalement basses lui permettant de les écarter ». Selon l'article 60 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, applicable au litige, dont la substance a été reprise aux articles R. 2152-3 et R. 2152-4 du code de la commande publique : « I. - L'acheteur exige que le soumissionnaire justifie le prix ou les coûts proposés dans son offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services (...) / II. - L'acheteur rejette l'offre : / 1° Lorsque les éléments fournis par le soumissionnaire ne justifient pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés (...) ».

6. Il résulte de ces dispositions que, quelle que soit la procédure de passation mise en œuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.

7. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a relevé que le pouvoir adjudicateur avait demandé à la société Sadis'nov, lors de l'examen des offres, de justifier les prix qu'elle proposait. En estimant ensuite, pour juger que cette offre n'était pas anormalement basse, qu'il n'était pas établi que la cadence de travail moyenne retenue par la société ne lui permettrait pas de réaliser les prestations au prix proposé, le juge des référés, qui a suffisamment motivé son ordonnance, a ni dénaturé les pièces du dossier ni commis d'erreur de droit.

8. En troisième lieu, la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. Tel est notamment le cas lorsqu'une offre peut être assimilée, par le juge des référés dans le cadre de son office, à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas.

9. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a considéré que les justifications apportées par la société Madianet, attributaire du lot n° 7 du marché en litige, n'étaient pas suffisantes pour que le prix qu'elle proposait ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué. Toutefois, il a

estimé que la société requérante ne pouvait pas utilement se prévaloir de cette irrégularité au motif que sa propre offre pour ce lot était également irrégulière, faute pour elle d'avoir répondu dans les délais prescrits à la demande de justification des prix de son offre que lui a adressée le pouvoir adjudicateur sur le fondement des dispositions citées au point 5. En statuant ainsi, le juge des référés s'est fondé sur un moyen inopérant et a, ce faisant, commis une erreur de droit.

10. Il résulte de tout ce qui précède que la société requérante est seulement fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant que le juge des référés du tribunal administratif de la Martinique a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation du lot n° 7 du marché et a omis de prononcer l'une des sanctions prévues à l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

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

12. En premier lieu, il résulte de l'instruction que les précisions et justifications apportées par la société Madianet ne sont pas suffisantes pour que le prix qu'elle a proposé pour le lot n° 7, inférieur de plus de 60 % à l'estimation annuelle du pouvoir adjudicateur, ne soit pas regardé, d'une part, eu égard à l'ensemble des coûts nécessaires à la réalisation de la prestation, comme manifestement sous-évalué et, d'autre part, de nature, dans les circonstances de l'espèce, à compromettre la bonne exécution du marché. Dès lors, il appartenait au pouvoir adjudicateur, ainsi qu'il a été dit au point 6, de rejeter son offre. Par suite, la société Clean Building est fondée à demander l'annulation du lot n° 7 du marché.

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

14. Ainsi qu'il a été dit au point 4, il résulte de l'instruction que la société Clean Building a adressé, le 6 septembre 2019 en début de matinée, une télécopie et un courrier électronique informant la collectivité territoriale de Martinique de son référé précontractuel. Dès lors, cette collectivité, qui ne pouvait ignorer ses obligations dans ce domaine, a signé le contrat litigieux alors qu'elle était informée de l'existence d'un référé précontractuel. Il y a lieu, dans ces conditions, de lui infliger une pénalité financière d'un montant de 10 000 euros en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative au titre de la passation des lots n°s 1 à 6 et du lot n° 9.

15. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la collectivité territoriale de Martinique la somme de 3 000 euros à verser à la société Clean Building, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : L'ordonnance du 30 septembre 2019 du juge des référés du tribunal administratif de la Martinique est annulée en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société Clean Building tendant à l'annulation du lot n° 7 du marché et a omis de prononcer l'une des sanctions prévues par l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 2 : Le lot n° 7 « prestation de nettoyage courant du laboratoire territorial d'analyses » du marché conclu par la collectivité territoriale de Martinique avec la société Madianet est annulé.

Article 3 : Une pénalité de 10 000 euros, qui sera versée au Trésor public, est infligée à la collectivité territoriale de Martinique en application des dispositions de l'article L. 551-20 du code de justice administrative.

Article 4 : La collectivité territoriale de Martinique versera à la société Clean Building une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

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 illicéité d'ordre public. Mais ces hypothèses sont différentes de l'appréciation de l'intérêt général auquel porterait atteinte la reprise des relations contractuelles : elles concernent des causes objectives de rejet, tenant au contrat lui-même, sa durée ou sa licéité.

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

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

Cette appréciation de l'intérêt général n'est en ce sens pas si éloignée de celle que le juge de l'annulation pour excès de pouvoir peut être conduit à faire lorsqu'il s'interroge sur l'opportunité d'une modulation dans le temps de ses effets (Ass, 11 mai 2004, Association AC ! et autres, p. 197). Elle procède d'une mise en balance de l'ensemble des intérêts en présence, parmi lesquels figure l'intérêt d'obtenir la sanction de l'irrégularité de la résiliation. Et si le juge finit par rejeter la demande de reprise des relations contractuelles alors même que la résiliation n'a pas été prononcée régulièrement, c'est parce qu'il estime qu'au vu tant du vice dont la résiliation est entachée que de l'importance de l'intérêt général allégué, ce dernier doit prévaloir. En se prononçant comme il l'a fait sur l'intérêt général susceptible de faire obstacle à la reprise des relations contractuelles en faisant abstraction de l'examen de la régularité de la résiliation et, par conséquent, au seul vu des objectifs poursuivis par la collectivité cocontractante, l'auteur de l'ordonnance attaquée a donc commis une erreur de droit puisqu'il n'a pas apprécié l'intérêt général au regard de l'ensemble des éléments concourant à son appréciation.

Le cas d'espèce illustre fort bien les risques d'un tel raccourci. L'auteur de l'ordonnance attaquée consacre de très longs développements à décrire « la politique globale de la mobilité et du stationnement [dans laquelle la commune de Cannes s'est

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

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

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

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

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

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

Plus généralement, en rappelant 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 les autres pièces du dossier ;

Vu :

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

Considérant ce qui suit :

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

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Nice que la commune de Cannes a confié à la société Uniparc Cannes, par un contrat de délégation de service public conclu le 31 mars 1995, la construction et l'exploitation d'un parc de stationnement ainsi que l'exploitation de sept parcs de stationnement existants. Le conseil municipal de Cannes a, par une délibération du 16 juillet 2018, décidé de résilier cette convention à compter du 1^{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.

DE C I D E :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 20 septembre 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Nice est annulée.

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

Référence 7 : C. Constitutionnel, 2 octobre 2020 n°2020-857

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 risque 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.

LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL DÉCIDE :

Article 1^{er}. - L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique est conforme à la Constitution.

Article 2. - Cette décision sera publiée au Journal officiel de la République française et notifiée dans les conditions prévues à l'article 23-11 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 susvisée.

Jugé par le Conseil constitutionnel dans sa séance du 1^{er} octobre 2020, où siégeaient : M. Laurent FABIOUS, Président, Mme Claire BAZY MALAURIE, M. Alain JUPPÉ, Mmes Dominique LOTTIN, Corinne LUQUIENS, Nicole MAESTRACCI, MM. Jacques MÉZARD, François PILLET et Michel PINAULT.

Rendu public le 2 octobre 2020.