

N° 418493

Agence de l'environnement
et de la maîtrise de l'énergie

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 13 juin 2018

Lecture du 25 juin 2018

- B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

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

En janvier 2014, l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a commandé à la société GFI Progiciels la fourniture et la mise en œuvre d'une nouvelle application informatique de type progiciel de gestion budgétaire et comptable et de gestion des achats, destinée à devenir l'outil de gestion financière de l'établissement. Le marché était conclu pour une durée de 7 ans, pour un montant forfaitaire d'un peu plus de 510 000 euros HT. Il incluait l'acquisition par l'ADEME d'un certain nombre de licences permettant l'utilisation par ses agents de l'application : 180 licences « utilisateurs complets », 20 licences « utilisateurs réguliers », 140 licences « utilisateurs occasionnels », 20 licences « utilisateurs légers », 8 licences serveur. Au cours de la première année d'exécution du contrat, consacrée à la conception du progiciel, la société GFI a informé l'ADEME d'une modification de la répartition des licences, à coût constant, consistant en une augmentation substantielle du nombre de licences « utilisateurs réguliers » (10 fois plus) et « utilisateurs occasionnels » (presque 7 fois plus) en contrepartie d'une diminution de plus du double du nombre de licences « utilisateurs complets ». Cette nouvelle répartition s'est immédiatement révélée inadaptée aux besoins réels des utilisateurs de l'ADEME, conduisant la société à leur donner beaucoup plus de licences « utilisateurs complets » que prévu initialement (280), tout en réduisant celles d'utilisateurs occasionnels à 7. Le coût global de ces licences étant plus élevé que celui prévu par le contrat, la société a réclamé à l'établissement le versement d'une

somme d'environ 321 000 euros HT. L'ADEME ayant refusé, la société lui a fait part de son intention de supprimer un certain nombre d'accès des utilisateurs au progiciel à compter de la fin du mois de janvier 2018.

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

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

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

L'hésitation porte sur la nature juridique du contrat : l'ADEME étant un établissement public industriel et commercial national, le marché qu'il a passé avec la société GFI ne relève pas du code des marchés publics, en vigueur à la date de sa conclusion, mais de l'ordonnance du 6 juin 2005. Son caractère administratif dépend donc des critères traditionnels relatifs à son objet ou à ses clauses. Sur le premier critère, même si le contrat a pour objet de fournir à l'établissement les moyens de son fonctionnement, il ne fait pas participer son cocontractant à l'exécution même de ses missions de service public. Le critère de la clause exorbitante, désormais définie comme la « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs » (TC, 13 avril 2014, *sté Axa France Iard*, n° 3963, au rec) n'est pas d'un maniement aisé, d'où l'hésitation qu'il peut faire naître. La stipulation selon laquelle la résiliation du marché en cas de manquement du titulaire ne lui ouvre droit à aucune indemnité (art 5) ne nous paraît présenter de caractère ni particulièrement original ni exorbitant. En revanche, l'application au marché du CCAG-Techniques de l'information et de la communication (TIC), que prévoit l'article 4, peut remplir cette condition : vous avez jugé avant la décision précitée du TC que la référence à un CCAG qui confère à la personne publique un pouvoir de résiliation unilatérale dans l'intérêt général, comme le fait le CCAG-TIC, constituait une clause exorbitante du droit commun (5 juil 1999, *Union des groupements d'achats publics*, n° 3167 ; 14 nov 2011, *Union des groupements d'achats publics*, n° 3813, au rec). Une telle prérogative fait partie, vous le savez, des règles applicables, indépendamment des stipulations du contrat, aux contrats administratifs (Assemblée 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac Laval*, p 246). Par conséquent, une telle clause nous semble bien traduire la soumission du contrat à un régime exorbitant du droit commun, dans l'intérêt général puisque, si ce contrat ne fait pas participer le cocontractant à l'exécution même du service public, il procure à la personne publique un outil essentiel au bon exercice de ses missions.

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

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

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

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

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

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

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

pénalités, notamment de retard, sont seulement incitatives ; la résiliation unilatérale est une sanction trop puissante qui détruit l'outil qu'il s'agit au contraire de faire fonctionner.

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

La mesure demandée ne fait pas obstacle à l'exécution d'une décision administrative.

Elle ne se heurte enfin à aucune contestation sérieuse. La contestation qu'il s'agit ici d'apprécier n'est pas celle qui oppose les parties au contrat mais celle qui pourrait affecter l'obligation du cocontractant dont la personne publique demande au juge d'assurer l'exécution. Or cette obligation, qui est en l'espèce de maintenir les droits d'utilisation des licences, est certaine, que ces droits soient inclus dans le contrat principal ou qu'ils résultent d'une modification du contrat destinée à en assurer la bonne exécution. Comme nous l'avons dit, vous avez jugé que les obligations du cocontractant étaient aussi celles résultant de l'exercice par la personne publique de son pouvoir de modification unilatérale. Cette solution vaut à notre avis également pour toutes les prestations nécessaires à la bonne exécution du contrat dans les règles de l'art, qui sont regardées comme voulues par les parties et pour lesquelles le cocontractant a droit à être rémunéré (17 octobre 1975, *cne de Canari*, n° 93704, au rec).

En l'espèce, le différend entre l'ADEME et son cocontractant ne porte pas sur l'obligation d'ouvrir les droits nécessaires pour adapter le progiciel aux besoins de l'établissement mais sur la partie au contrat devant supporter la charge du coût que représente cette adaptation. Sa résolution dépend d'une interprétation du contenu du contrat, pour savoir si les droits supplémentaires doivent être regardés comme compris ou non dans le prix forfaitaire. Mais, quelle que soit la solution qui sera finalement retenue quant à la partie qui devra supporter le coût de la prestation, il appartient dans tous les cas au titulaire de l'exécuter.

Toutes les conditions nous semblent donc remplies pour qu'après avoir cassé l'ordonnance attaquée, vous prononciez la mesure qui vous est demandée et que vous enjoigniez à la société GFI Progiciels de maintenir l'ensemble des droits d'utilisateurs du

projet fourni nécessaires à sa mise en œuvre adapté aux besoins de l'établissement, jusqu'à ce que le juge du fond ait statué. Il ne nous paraît en revanche pas utile de fixer une astreinte, l'injonction prononcée n'appelant aucune mesure d'exécution positive.

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

Tel est le sens de nos conclusions.