

N° 328157 et 328158
Société Lyonnais des eaux France

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 28 octobre 2009
Lecture du 14 décembre 2009

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, Rapporteur public

Le syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable et d'assainissement de la région de Criquetôt l'Esneval a engagé, en juin 2008, deux procédures d'appel public à la concurrence relatives au renouvellement des délégations du service public de l'eau potable et de l'assainissement. Dans l'un et l'autre cas, c'est l'offre de la société Lyonnaise des eaux France qui a été retenue. Toutefois, saisi par la Compagnie fermière des services publics, qui était l'ancien délégataire, le juge des référés du tribunal administratif de Rouen, par deux ordonnances du 4 mai 2009, a annulé les procédures. Dans les deux ordonnances, le motif de l'annulation est tiré de ce que le syndicat intercommunal a adressé aux deux sociétés ayant présenté une offre – la Lyonnaise des eaux et la Compagnie fermière des services publics – un document présentant les principales caractéristiques de chacune des deux offres, ce qui a permis à la Lyonnaise d'améliorer la sienne, puisque la Compagnie fermière proposait le prix au m³ le plus faible. Les deux pourvois sont présentés dans des termes identiques.

Le premier moyen de cassation vous amènera à trancher une question à notre connaissance inédite, mais qui n'aura plus, bientôt, qu'un intérêt historique.

Dans sa rédaction actuelle, l'article L. 551-1 du code de justice administrative permet au juge des référés, dès qu'il est saisi, « *d'enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours* ». Par cohérence, l'article R. 551-1 prévoit que le juge des référés statue dans un délai de vingt jours et que l'injonction de différer la signature du contrat prend fin, au plus tard, à l'expiration de ce délai. Le délai de vingt jours n'est pas prescrit à peine de dessaisissement (CE, Section, 3 novembre 1995, District de l'agglomération nancéienne, p. 391 ; pour une illustration récente : CE, 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis, à publier au recueil). Le juge peut donc se prononcer sur la demande postérieurement à l'expiration du

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

délai ; mais les parties peuvent alors décider de signer le contrat avant que le juge ne se soit prononcé, condamnant le magistrat à prononcer un non-lieu.

Ce mécanisme vit ses derniers jours, puisque l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique, qui transpose la directive du 11 décembre 2007 modifiant la directive « recours » du 21 décembre 1989, dispose que *« 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. »* Autrement dit, la suspension de la signature est de droit dès la saisine du juge. L'ordonnance est applicable aux contrats pour lesquels une consultation sera engagée à partir du 1er décembre 2009. Les dispositions réglementaires du code de justice administrative devraient être prochainement toilettées.

La question posée par le présent dossier est celle de savoir si l'illégalité éventuelle de l'ordonnance enjoignant de différer la signature du contrat est susceptible de rejaillir sur la légalité de la seconde ordonnance, celle qui statue sur la demande.

En l'espèce, le juge des référés a rédigé ainsi sa première ordonnance :

« Il est enjoint au syndicat intercommunal (...) de différer la signature de la convention de délégation de service public (...) au plus tard jusqu'au terme de la présente procédure. »

Il ne fait guère de doutes que l'ordonnance n'est affectée que d'une erreur matérielle, en tant qu'elle a omis d'ajouter le membre de phrase *« et pour une durée maximum de vingt jours »*. Si vous deviez, toutefois, considérer que le juge des référés a entendu suspendre sine die la signature du contrat, le moyen tiré de l'illégalité de la première ordonnance serait-il opérant à l'encontre de la seconde ?

Aux termes de l'article R. 551-2 du code, l'ordonnance prononçant une injonction de différer la signature du contrat ne peut être contestée *« qu'à l'occasion du pourvoi en cassation dirigé contre la décision par laquelle il est finalement statué sur la demande. »* Si cette contestation ne pouvait avoir la moindre incidence sur la légalité de la décision statuant sur la demande, on comprendrait mal l'intérêt de la disposition en cause, qui, tout en ayant pour objet d'éviter que ne naisse un contentieux prématuré sur une mesure purement conservatoire, paraît bien établir un lien entre les deux ordonnances successives.

Certes, on l'a vu, l'expiration du délai de 20 jours ne dessaisit pas le juge du référé précontractuel. Mais s'il demeure compétent, c'est uniquement parce que les parties, alors qu'elles peuvent signer le contrat, décident d'attendre sa décision, sans que rien ne les y contraigne. A l'expiration du délai, le principe de la liberté contractuelle reprend le dessus, principe dont il faut rappeler que le Conseil constitutionnel, après quelques hésitations, a fini

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

par consacrer la valeur constitutionnelle, par sa décision n°2000-437 DC du 19 décembre 2000.¹

Si un juge des référés interdisait aux parties de signer le contrat au-delà du butoir fixé par le texte, puis annulait la procédure de passation, le cas échéant six mois plus tard, nous vous proposerions de juger que les ex-futurs contractants pourraient bien se prévaloir de l'illégalité de la première ordonnance à l'appui d'un recours dirigé contre la seconde.

Mais, en l'espèce, la première ordonnance n'a pas eu, selon nous, l'effet qui lui est prêté. Il résulte des termes mêmes du code de justice administrative que la suspension prend fin, au plus tard, à l'expiration du délai de vingt jours. Il s'en déduit qu'alors même qu'une ordonnance ne reprend pas cette mention dans son dispositif, le couperet prévu par le code joue de plein droit. L'ordonnance ne pouvait donc être interprétée comme s'opposant, irrégulièrement, à ce que l'établissement public signe le contrat passé le délai de vingt jours. Il aurait fallu, pour qu'une telle interprétation soit possible, qu'elle méconnaisse explicitement l'article L. 551-1. Le moyen tiré de son illégalité n'est donc pas fondé. Et peu importe que le juge des référés ait statué, en pratique, plus de vingt jours après l'injonction de différer la signature (vingt-six jours séparent les deux ordonnances).

Le deuxième moyen de cassation est tiré de ce que le juge des référés aurait dénaturé les pièces du dossier, méconnu les règles gouvernant l'administration de la preuve et insuffisamment motivé sa décision en jugeant que la Compagnie fermière des services publics avait été destinataire d'un compte rendu présentant les principales caractéristiques des deux offres, compte rendu dont le juge a estimé qu'il avait été également adressé à la Lyonnaise des eaux, permettant à celle-ci d'améliorer son offre.

Nous vous épargnerons un descriptif détaillé de l'ensemble des messages électroniques échangés entre le syndicat et les deux sociétés, avec des réponses qui s'enchaînent et des pièces jointes qui apparaissent et disparaissent. Le juge des référés s'est forgé sa conviction au vu de ces éléments et s'en est expliqué dans son ordonnance. Pour que vous puissiez annuler celle-ci sur le terrain de la dénaturation, il faudrait qu'à la lecture des pièces du dossier, une certitude inverse s'impose avec évidence ; tel n'est pas le cas. Par ailleurs, l'ordonnance n'est pas davantage entachée de dénaturation en tant qu'elle relève que, dans son mémoire en défense, le syndicat intercommunal n'a pas contesté que le document était destiné à être diffusé aux deux sociétés.

¹ Après avoir affirmé dans sa décision n° 94-348 DC qu'« aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle », puis, dans sa décision n° 97-388 DC, que le principe n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, mais que sa méconnaissance peut être invoquée « dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ».

Le moyen suivant est tiré de ce que le juge des référés aurait entaché son ordonnance d'erreur de droit et de contradiction de motifs, en déduisant un manquement aux obligations de mise en concurrence du seul constat que le syndicat intercommunal avait eu l'intention de procéder à la transmission du document litigieux. Cette lecture de l'ordonnance est erronée. Le juge des référés a utilisé, notamment, dans le cadre d'un faisceau d'indices, des documents attestant de l'intention du syndicat pour en conclure que la transmission avait bien eu lieu et que le manquement était effectivement constitué.

Vous écarterez, pour la même raison, le moyen tiré de ce que le juge des référés se serait fondé sur une simple intention manifestée par l'assistant au maître d'ouvrage.

Enfin, à partir du moment où l'auteur de l'ordonnance a estimé que le document avait bien été transmis aux deux candidats, il n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le manquement avait été susceptible de léser la Compagnie fermière des services publics ; et, contrairement à ce qui est soutenu, il n'avait pas à rechercher si, concrètement, la Lyonnaise avait pu ou non améliorer son offre. La jurisprudence SMIRGEOMES ne subordonne pas l'invocabilité d'un manquement à la démonstration qu'il a lésé le requérant ; il faut et il suffit que soient apportés des éléments démontrant qu'il a été susceptible de le léser.

Aucun des moyens invoqués n'est donc de nature à entraîner l'annulation de l'ordonnance attaquée. Vous rejetterez les conclusions de la société Lyonnaise des eaux France tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et vous ferez droit à celles présentées au même titre par la Compagnie fermière des services publics à hauteur de 3000 euros.

PCMNC au rejet du pourvoi et à ce que soit mis à la charge de la société Lyonnaise des eaux France le versement à Compagnie fermière des services publics d'une somme de 3000 euros.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.