N° 419417
Société Hélène et fils

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 12 octobre 2018
Lecture du 24 octobre 2018

- A

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'importance de l'audience juridictionnelle, y compris lorsque la procédure est essentiellement écrite, tient à ce qu'elle représente la seule phase de la procédure contentieuse qui réunit, ou du moins qui permet la réunion, en un même lieu, des parties au procès, de leurs juges et du public qui peut venir voir comment la justice est rendue au nom du peuple dont il émane. La bonne administration de la justice, qui doit dans certains cas apporter une réponse très rapide au litige qui lui est soumis, le bon usage des deniers publics, qui implique de répartir les magistrats sur le territoire national en fonction du volume des contentieux, justifie toutefois, comme l'a rappelé à deux reprises le Conseil constitutionnel (CC, 2003-484 du 20 novembre 2003 et 2011-631 DC du 9 juin 2011, à propos de deux lois relatives à l'immigration), de recourir aux moyens techniques de communication audiovisuelle pour tenir des audiences sans réunir physiquement en un même lieu ces trois catégories de personnes.

Cette possibilité est actuellement prévue par six dispositions, dont quatre figurent dans le code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. Ces dernières visent à permettre respectivement au juge de la liberté et de la détention statuant sur le maintien en zone d'attente (articles L. 222-4 et 6), au président du tribunal administratif ou au magistrat qu'il délègue saisi de la contestation d'un refus d'entrée sur le territoire français au titre de l'asile (article L. 213-9) ou à la Cour nationale du droit d'asile (article L. 733-1), d'entendre l'étranger sans l'obliger à se rendre dans la salle d'audience. Les deux autres sont de portées matériellement plus générales mais géographiquement plus limitées, puisqu'elles ne concernent que les juridictions d'outre-mer. Il s'agit d'une part de l'article L. 513-4 du code de l'organisation judiciaire, historiquement (elle est issue de l'ordonnance du 20 août 1998 relative à l'organisation judiciaire) la première disposition à prévoir la possibilité pour un magistrat ne pouvant matériellement se rendre sur le territoire de Saint-Pierre-et-Miquelon en temps utile de présider l'audience depuis un autre point du territoire, d'autre part de l'article L. 781-1 du code de justice administrative, issu de l'ordonnance du 8 juin 2005, qui dispose que « *Lorsque des magistrats sont simultanément affectés dans deux ou plusieurs tribunaux administratifs d'outre-mer et que leur venue à l'audience n'est pas matériellement possible dans les délais prescrits par les dispositions en vigueur ou exigés par la nature de l'affaire, le ou les membres de la formation de jugement peuvent siéger et, le cas échéant, le rapporteur public prononcer ses conclusions dans un autre tribunal dont ils sont membres, relié, en direct, à la salle d'audience, par un moyen de communication audiovisuelle.* »

L'encadrement réglementaire des audiences audiovisuelles est plus ou moins précis selon les cas : les audiences ordinaires de la CNDA et des juridictions d'outre-mer le sont ainsi beaucoup plus que celles relatives au maintien en zone d'attente ou à l'entrée sur le territoire. Toutes les dispositions insistent sur la nécessaire confidentialité de la transmission, que le Conseil constitutionnel, dans les décisions précitées, a relevée comme de nature à garantir un procès juste et équitable. Les dispositions de l'article R. 781-3, reprenant celles de l'article R. 315-5 du code de l'organisation judiciaire, ajoutent que la transmission doit être loyale et fidèle et renvoient à un arrêté la fixation des caractéristiques techniques de la communication audiovisuelle, tout comme celles applicables à la CNDA. En ce qui concerne les juridictions administratives d'outre-mer, il s'agit d'un arrêté du 9 septembre 2005 qui prévoit que la retransmission de l'audience s'opère « *au moyen d'un système bidirectionnel intégral* », conforme à certaines normes et que la liaison est chiffrée.

Le dispositif présentant ces caractéristiques techniques permettant la tenue d'audiences en visioconférence entre le TA de la Martinique et le TA de Saint-Pierre-et-Miquelon, qui ont un même président et peuvent avoir des membres communs, n'a pas fonctionné le 15 mars 2018, lors de l'audience fixée par le juge des référés du TA de la Martinique dans le cadre de l'instruction du référé précontractuel transformé en référé contractuel dont l'avait saisi la société Hélène et Fils, candidate évincée de l'attribution du lot n° 1 d'un marché public de travaux portant sur la construction d'un bâtiment de tri sur le site de la déchetterie de la commune de Saint-Pierre, à l'encontre du marché signé par cette dernière quelques jours avant l'introduction de la requête. Le juge des référés a alors communiqué depuis le TA de la Martinique avec les parties réunies au TA de Saint-Pierre-et-Miquelon au moyen du téléphone portable de la greffière, mis sur haut-parleur. Il a rendu son ordonnance le lendemain, rejetant les requêtes de la société Hélène et Fils, qui soutient à l'appui du pourvoi en cassation qu'elle forme contre cette ordonnance qu'elle a été irrégulièrement rendue faute de transmission visuelle et de respect des dispositions de l'arrêté que nous avons cité.

La question qui vous est ainsi posée de savoir si une juridiction peut tenir une audience à distance selon d'autres modalités que celles qui sont fixées par les dispositions précitées est inédite et, si la réponse que vous lui apporterez sera nécessairement fondée sur les dispositions applicables aux juridictions administratives d'outre-mer, elle ne sera pas sans incidence sur l'application des dispositions du ceseda prévoyant l'organisation de telles audiences devant les juridictions administratives.

Précisons tout d'abord que, contrairement à ce que soutient la commune de Saint-Pierre en défense, la circonstance que la société requérante ne se soit pas opposée lors de l'audience litigieuse au procédé de télécommunication mis en œuvre par le juge des référés ne saurait faire obstacle à ce qu'elle invoque en cassation son irrégularité.

L'irrégularité de la procédure au terme de laquelle elle a été rendue est un motif de cassation de la décision de justice. Si certaines irrégularités, parce qu'elles consistent en la méconnaissance des droits d'une seule partie, telle que la méconnaissance du caractère contradictoire de la procédure (15 mars 2000, *Mme D...*, n° 185837, aux T), ne peuvent être utilement soulevées par l'autre, cette jurisprudence ne s'applique pas aux règles d'ordre public relatives à la composition de la formation de jugement ou à la tenue des audiences, y compris lorsqu'elles assurent l'impartialité subjective de la juridiction. Vous êtes ainsi revenus sur votre jurisprudence selon laquelle une partie qui entendrait contester l'impartialité d'un membre de la formation de jugement devait le faire par la voie de la récusation, faute de pouvoir ensuite invoquer l'irrégularité de la décision devant le juge de cassation (Sect, 12

octobre 2009, *P...*, n° 311641, revenant sur Sect, 5 juillet 2000, *Mme R...*, n° 189523, p. 928, entre autres). La même solution nous semble a fortiori devoir s'imposer pour la méconnaissance de règles objectives d'organisation de l'audience qui constituent des garanties d'un procès juste et équitable auquel les parties, au premier chef, mais aussi le peuple au nom duquel la justice est rendue, ont droit.

Il n'existe d'ailleurs aucune procédure particulière organisant la contestation d'une telle irrégularité devant la juridiction qui l'a commise qu'il pourrait être reproché aux parties de ne pas avoir utilisée. En l'occurrence, la société requérante a fait valoir l'irrégularité de la procédure, qu'elle a découverte au moment de l'audience, dans une note en délibéré. Nous ne voyons pas ce qu'elle aurait pu faire de plus. Mais, en tout état de cause, nous pensons que, ne l'aurait-elle pas fait, elle pouvait invoquer cette irrégularité.

Si vous nous suivez sur ce point, vous devrez vous prononcer sur la régularité d'une audience tenue au moyen d'un mode de télécommunication qui ne répond pas aux conditions prévues par les dispositions des articles L. 781-1 et R. 781-3 du code de justice administrative et par celles de l'arrêté du 9 septembre 2005 pris pour leur application.

En effet, l'utilisation d'un téléphone portable placé en mode haut-parleur méconnaît plusieurs de ces dispositions.

En premier lieu et à titre principal, il ne constitue pas une communication audiovisuelle au sens des dispositions précitées du CJA, puisqu'il ne transmet que le son et non l'image. Or, même si dans d'autres contextes législatifs, tel que celui de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, les termes « communication audiovisuelle » s'appliquent à la transmission au public de services de radio, exclusivement sonore, ils ne sauraient être interprétés en ce sens pour l'application des dispositions du CJA organisant les audiences audiovisuelles. D'une part, parce que la transmission de l'image est expressément prévue par certaines d'entre elles, en particulier par celles de l'article R. 781-2 du CJA qui prévoient que « *les prises de vue et de son sont assurées par des agents du greffe* ». D'autre part et surtout parce que nous pensons que la possibilité pour les personnes qui participent à l'audience – juges, parties et, éventuellement, public – de se voir est indispensable à la tenue d'une audience car inhérente à la fonction de cette phase de la procédure juridictionnelle, qui, dans les procédures ordinaires, n'est pas tant d'assurer l'échange contradictoire des arguments entre les parties – ces procédures sont écrites ; l'audience intervient après la clôture de l'instruction – que de permettre cette rencontre entre les parties et leur juge, sous les yeux du public. L'audience est une mise en scène de la justice que la société a toujours estimée nécessaire pour qu'elle soit regardée comme véritablement rendue. Dans le cas particulier des procédures de référé, l'audience permet aussi la poursuite orale de l'instruction. A l'importance pour les parties de pouvoir voir leur juge, s'ajoute celle de ce dernier de pouvoir s'assurer de visu de la régularité de cette phase de l'instruction.

L'audience audiovisuelle est, comme l'a souligné le Conseil constitutionnel, une modalité de bonne administration de la justice lorsque celle-ci se trouve confrontée à des contraintes matérielles qui rendent difficile la réunion physique en un même lieu de tous les intervenants à une audience. Elle doit donc reproduire à distance les conditions les plus proches possibles de l'audience ordinaire et par conséquent assurer la transmission entre les différents intervenants du son et de l'image. C'est d'ailleurs à partir du moment où cette transmission audiovisuelle est devenue techniquement possible qu'elle a été envisagée pour la

tenue d'audience à distance, qu'il aurait été possible de réaliser bien plus tôt par téléphone si la transmission du son avait paru suffisante.

Une communication uniquement orale entre le juge et les parties, comme celle qui a eu lieu en l'espèce, ne satisfait donc pas à la condition essentielle de l'audience audiovisuelle qui doit également assurer la transmission de l'image.

En second lieu, la communication téléphonique que le juge des référés a organisée en l'espèce avec les parties au moyen d'un téléphone portable ne répondait pas aux normes techniques prévues par l'arrêté du 9 septembre 2005 qui, en fixant les normes de transmission et les modalités de son chiffrement, garantit à la fois la qualité et la confidentialité de l'audience audiovisuelle, qui conditionnent sa constitutionnalité.

Le non respect des dispositions régissant l'audience télévisuelle entache d'irrégularité la procédure. Vous l'avez jugé de manière très rigoureuse à propos de l'absence d'établissement du second procès-verbal d'audience prévu par les dispositions de l'article L. 733-1 du Ceseda pour les audiences de la CNDA (19 juillet 2017, *M. N...*, n° 400387, aux T sur ce point). Cette solution s'impose a fortiori s'agissant de la méconnaissance de dispositions beaucoup plus substantielles relatives aux modalités essentielles de la mise en œuvre de ces audiences.

Cette rigueur ne doit cependant pas être absolue et conduire à interdire par principe toute utilisation d'autres moyens que ceux prévus dans les juridictions pour tenir une audience à distance lorsque ceux-ci ne fonctionnent pas. Certaines situations exceptionnelles d'urgence ne souffrant pas le report de l'audience peuvent rendre nécessaires une communication même partielle du juge avec les parties. La double nécessité de statuer très vite et d'assurer le caractère le plus contradictoire possible de la procédure justifie alors de recourir à tous les moyens à la disposition du juge, même s'ils ne répondent pas aux exigences du code. Si on peut imaginer qu'un juge du référé liberté confronté à la nécessité de statuer en extrême urgence se trouve dans une telle situation, ce n'était certainement pas le cas de l'auteur de l'ordonnance attaquée qui disposait d'un délai d'un mois pour statuer sur le référé contractuel dont il était saisi (art R. 551-9 du CJA).

Si vous nous suivez, vous annulerez l'ordonnance attaquée, ce qui vous dispensera d'examiner les autres moyens du pourvoi, qui ne sont en tout état de cause pas fondés.

Réglant l'affaire au titre du référé contractuel engagé par la société Hélène et Fils, vous devrez décider si les moyens qu'elle soulève à l'encontre de la procédure de passation du marché dont elle a été évincée sont de nature à entraîner l'annulation du contrat ou le prononcé d'une sanction.

Vous savez que les manquements pouvant donner lieu au prononcé de telles mesures par le juge du référé contractuel sont limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du code de justice administrative. Il s'agit d'une part, aux termes des deux premiers alinéas de l'article L. 551-18, du cas où « 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 » et du cas où « 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 », d'autre part, en vertu du troisième alinéa de cet article, du cas où le contrat a été signé avant l'expiration du délai de suspension

de sa signature qui suit l'envoi de la décision d'attribution aux candidats ou "*pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9*", c'est à dire pendant la suspension qu'impose la saisine du juge du référé précontractuel. La nullité n'est cependant prononcée que si deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations de suspension a privé le demandeur de son droit d'exercer un référé précontractuel 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*".

Dans les procédures adaptées, qui ne comportent pas l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, de notifier la décision d'attribution aux candidats ayant présenté une offre avant la signature du contrat, le troisième cas d'annulation ne peut se rencontrer que "dans l'hypothèse où, alors qu'un recours en référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé" (19 janvier 2011, *Grand Port maritime du Havre*, n° 343435, au rec).

En l'espèce, le marché a été passé selon une procédure adaptée et signé avant l'introduction du référé précontractuel de la société requérante. Cette troisième hypothèse n'est donc pas applicable et les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'invoque la société dans ce cadre sont inopérants.

Elle se prévaut également du premier motif d'annulation énoncé par ces dispositions en faisant valoir que les incohérences affectant les documents de la consultation, concernant la valeur du critère prix, indiquée à 70 % dans le règlement de la consultation et à 50 % dans l'avis d'appel public à la concurrence, et le type de procédure suivie, qualifiée de procédure adaptée dans l'avis d'appel public à la concurrence et d'appel d'offres ouvert dans le règlement de la consultation, reviendraient à un défaut de publicité au sens du 1^{er} alinéa de l'article L. 551-18.

Vous ne pourrez la suivre dans ce raisonnement. L'annulation du marché est réservée par ces dispositions à l'absence de toute mesure de publicité et n'est pas encourue lorsque le contenu de la publicité était erroné ou ambigu, comme en l'espèce. Les incohérences relevées par la société requérante, qu'il lui était facile de faire lever en s'adressant à la commune, ne constituent donc pas une absence totale de toute mesure de publicité.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée ;

- Rejet de la demande présentée par la sté Hélène et Fils au juge des référés du TA de Saint-Pierre-et-Miquelon et au rejet de ses conclusions au titre des frais exposés ;

- Vous pourrez en revanche mettre à sa charge le versement à la commune de Saint Pierre d'une somme de 3 000 euros à ce titre.