

N° 311179

REPUBLIQUE FRANÇAISE

SOCIETE 2H ENERGY

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Alban de Nervaux  
Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux  
(Section du contentieux, 7ème et 2ème sous-sections réunies)

M. Nicolas Boulouis  
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème sous-section  
de la Section du contentieux

Séance du 12 octobre 2009  
Lecture du 18 novembre 2009

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 4 et 20 décembre 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la SOCIETE 2H ENERGY, dont le siège est Parc d'activités des Hautes Falaises Saint-Léonard à Fécamp (76400) ; la SOCIETE 2H ENERGY demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 27 juillet 2007 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté sa requête tendant à l'annulation d'une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif d'Orléans du 30 mars 2007 rejetant sa demande tendant à la condamnation de l'Etat à lui payer une provision de 938 689,78 euros au titre de factures d'actualisation de la tranche conditionnelle du marché passé avec elle par le ministre de la défense ;

2°) statuant en référé, d'annuler l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif d'Orléans du 30 mars 2007 et de condamner l'Etat à lui verser une provision de 1 144 132,35 euros majorée des intérêts moratoires ;

3°) de mettre à la charge de l'Etat le versement d'une somme de 7 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le décret n° 2001-738 du 23 août 2001 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Alban de Nervaux, Maître des Requêtes,
- les observations de Me Balat, avocat de la SOCIETE 2H ENERGY,
- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public ;

La parole ayant été à nouveau donnée à Me Balat, avocat de la SOCIETE 2H ENERGY ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis à la cour administrative d'appel de Nantes que le ministère de la défense a passé en décembre 2003 avec la SOCIETE 2H ENERGY un marché portant sur l'acquisition de « lots d'installation d'énergie électrique et de leurs éléments de soutien » ; que ce marché, conclu pour un prix ferme fixé à 15 178 148,96 euros, comportait une tranche ferme et une tranche conditionnelle ; que le prix du marché a été réactualisé par référence à une date de 3 mois antérieure à la notification du marché intervenue le 23 décembre 2003 ; que la tranche conditionnelle a été affermie par une décision notifiée le 7 novembre 2005 ; que la société a demandé sans succès au ministère de la défense que le prix de la tranche conditionnelle soit actualisé à une date antérieure de 3 mois à la date de l'ordre de service n° 2 portant affermissement de cette tranche ; que la SOCIETE 2H ENERGY se pourvoit en cassation contre un arrêt du 27 juillet 2007 de la cour administrative d'appel de Nantes confirmant une ordonnance du 30 mars 2007 par laquelle le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande tendant à ce que l'Etat soit condamné à lui verser une provision d'un montant de 938 689,78 euros au titre de l'actualisation du prix des prestations de la tranche conditionnelle du marché ;

Considérant, en premier lieu, que l'arrêt attaqué, qui précise les éléments sur lequel il se fonde pour juger que l'existence de l'obligation invoquée n'était pas non sérieusement contestable, permet au juge de cassation d'exercer son contrôle et est par suite suffisamment motivé ;

Considérant, en deuxième lieu, que si la SOCIETE 2H ENERGY soutient que la modification de l'article 3.5 du cahier des clauses administratives particulières du marché issue de l'annexe 6 de l'acte d'engagement ne concernait pas la tranche conditionnelle, de sorte que la précision selon laquelle le prix initial du marché serait actualisé « à une date antérieure de 3 mois à la date de notification du marché » n'était pas applicable s'agissant du prix de la tranche conditionnelle, la cour administrative d'appel n'a pas dénaturé les pièces du dossier, en particulier les termes de l'annexe 6 de l'acte d'engagement, en jugeant que la date retenue par les parties, en vertu du contrat, pour l'actualisation du prix des prestations du marché, était une date

antérieure de 3 mois à la date de notification du marché aussi bien en ce qui concerne les prestations de la tranche ferme que pour les prestations de la tranche conditionnelle ;

Considérant, en troisième lieu, que l'article 17 du code des marchés publics dans rédaction applicable en l'espèce, issue du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, dispose que : « Sous réserve des dispositions de l'article 18, un marché est conclu à prix définitif. /Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs le titulaire ou la personne publique contractante du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations. Le prix ferme est actualisable dans des conditions fixées par décret. /Un marché est dit à prix ajustable ou révisable lorsque le prix peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans des conditions fixées par le décret mentionné à l'alinéa précédent. Lorsqu'un marché comporte une clause de variation de prix, il fixe la périodicité de mise en œuvre de cette clause » ; que l'article 1<sup>er</sup> du décret susvisé du 23 août 2001, pris en application de l'article 17 de ce code des marchés publics dispose que : « Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il doit prévoir : /- que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ; /- que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations ; /- les modalités de cette actualisation. /Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, son prix peut être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus. /Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement (...) » ;

Considérant si la SOCIETE 2H ENERGY soutient que la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit en jugeant que la seule date à prendre en compte pour procéder à l'actualisation du prix du marché était en l'espèce celle à laquelle la notification du marché est intervenue, alors que, selon elle, il convenait également de procéder à une actualisation du prix figurant dans le marché à l'occasion de l'affermissement de la tranche conditionnelle, les dispositions précitées ne prévoient pas, en cas de marché conclu à prix ferme, y compris lorsque celui-ci comporte des tranches conditionnelles, d'autre actualisation du prix que celle susceptible d'intervenir si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date d'établissement du prix figurant dans le marché et la date d'effet de l'acte portant commencement d'exécution des prestations, soit la notification du marché, si celle-ci est la date retenue pour le commencement de l'exécution des prestations, ou tout autre date convenue par les parties pour ce commencement ; qu'ainsi, c'est sans erreur de droit sur la portée des dispositions précitées du décret du 23 août 2001 que la cour administrative d'appel a jugé que l'existence de l'obligation invoquée par la SOCIETE 2H ENERGY n'était pas non sérieusement contestable ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la SOCIETE 2H ENERGY doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

DECIDE :

-----

Article 1<sup>er</sup> : Le pourvoi de la SOCIETE 2H ENERGY est rejeté.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à la SOCIETE 2H ENERGY et au ministre de la défense.