

CONSEIL D'ETAT

statuant
au contentieux

**Cette décision sera
mentionnée dans les**

tables du Recueil LEBON

LL

N° 418493

REPUBLIQUE FRANÇAISE

**AGENCE DE L'ENVIRONNEMENT ET
DE LA MAÎTRISE DE L'ÉNERGIE**

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

M. Marc Firoud
Rapporteur

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

M. Gilles Pellissier
Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre
de la Section du contentieux

Séance du 13 juin 2018
Lecture du 25 juin 2018

Vu la procédure suivante :

L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME) a saisi, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes d'une demande tendant à enjoindre à la société GFI Progiociels de maintenir envers elle jusqu'au terme normal ou anticipé du marché et à tout le moins jusqu'à ce que le juge du fond statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels, sous astreinte de 20 000 euros par jour de suppression, même partielle, de ce droit d'usage à compter de la date de la notification de l'ordonnance à intervenir. Par une ordonnance n° 1800631 du 7 février 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a rejeté la demande de l'ADEME.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 22 février, 9 mars et 7 juin 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'ADEME demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à sa demande ;
- 3°) de mettre à la charge de la société GFI Progiociels 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 :

- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Frouud, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Lyon-Caen, Thiriez, avocat de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie, et à la SCP Delvolvé et Trichet, avocat de la société GFI Progiiciels.

Vu la note en délibéré, enregistrée le 18 juin 2018, présentée par la société GFI Progiiciels.

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 521-3 du code de justice administrative : *« En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune mesure administrative »* ;

2. Considérant que, s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans l'exécution d'un marché public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à l'obligation de faire ; qu'en cas d'urgence, le juge des référés peut, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, 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 ; 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 ;

3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter les conclusions dont il était saisi par l'ADEME sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a estimé que la mesure sollicitée par l'agence, tendant à enjoindre à la société GFI Progiiciels, prestataire informatique de cette agence, le maintien « jusqu'au terme normal ou anticipé du contrat » du droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profits

d'utilisateurs du progiciel intégrant les fonctions comptables, budgétaires et achats de l'ADEME, ne revêtait pas un caractère provisoire ; que, toutefois, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que ce dernier était également saisi de conclusions visant à accorder un tel maintien « à tout le moins jusqu'à ce que le juge du fond statue » ; qu'en ornant de statuer sur ces conclusions formées par l'ADEME à titre subsidiaire, le juge des référés a entaché son ordonnance d'irrégularité ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, l'ADEME est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

4. Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par l'ADEME ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'ADEME a attribué le 17 janvier 2014 un marché informatique à la société GFI Progiiciels pour mettre en place une application informatique de type progiciel prenant en charge toutes les fonctions comptables, budgétaires et gestion des achats de l'agence ; que le marché prévoyait, conformément aux préconisations de la société et sur la base des besoins exprimés par l'ADEME dans son cahier des charges, que le prestataire fournirait un certain nombre de licences d'utilisation de la solution d'installation du progiciel, variant selon les profils d'utilisateurs ; qu'au cours de la phase de conception et d'installation du progiciel, une modification de la répartition des catégories de licences a fait l'objet, à l'initiative de la société GFI Progiiciels, d'un bon de commande signé par l'ADEME ; que cette nouvelle répartition du nombre et de la nature des licences s'est révélée inadaptée pour satisfaire les besoins des utilisateurs du progiciel au sein de l'agence ; que la société GFI Progiiciels a, en conséquence, ouvert aux utilisateurs de l'ADEME un nombre d'accès différent de cette répartition, en augmentant sensiblement le nombre de licences « utilisateurs complets » ; qu'estimant que la société GFI Progiiciels était responsable, en sa qualité de concepteur de la solution logicielle, de l'écart constaté entre les prévisions de licences et la réalité des besoins des utilisateurs, l'ADEME a refusé de prendre en charge le surcoût résultant de cette augmentation ; que, par courrier en date du 14 décembre 2017, la société GFI Progiiciels a indiqué à l'ADEME son intention, en l'absence de régularisation de l'agence par le biais d'un bon de commande ou d'un avenant, de « *supprimer un certain nombre d'accès (...) au plus tard le 31 janvier 2018* » ; qu'en l'absence de réponse de son courrier du 12 janvier 2018 et compte tenu du caractère imminent de la date de cette suppression de droits d'accès, l'ADEME a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, pour demander qu'il soit enjoint à la société GFI Progiiciels de maintenir jusqu'au terme normal ou anticipé du marché et, à tout le moins, jusqu'à ce que le juge du fond statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels, sous astreinte ;

6. Considérant, d'une part, que la société GFI Progiiciels a conçu et installé une application informatique de type progiciel « cœur de système », qui constitue l'unique outil comptable, budgétaire et achats de l'ADEME ; que, dans la mesure où une part importante des agents de cette agence ont besoin d'accéder à ce progiciel pour exercer leurs missions quotidiennes, l'annonce par la société de sa décision de supprimer de façon indistincte et unilatérale, à très brève échéance, des droits d'accès ouverts aux utilisateurs de ce progiciel, est de nature à porter une atteinte immédiate au bon fonctionnement de l'ADEME ; que la mesure demandée par l'ADEME présente ainsi un caractère d'urgence ;

7. Considérant, d'autre part, que l'ADEME ne dispose pas d'une autre voie de droit pour faire obstacle à cette menace de suppression imminente et unilatérale des droits

d'accès de ses agents aux licences du progiciel conçu et installé par la société GFI Progiciels ; que, dès lors, la mesure sollicitée est utile ; qu'en outre, cette mesure ne fait obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative ;

8. Considérant, enfin, qu'ainsi qu'il a été dit au point 2 ci-dessus, les mesures que le juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties, mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat ; que si la société GFI Progiciels soutient que l'utilisation des licences par l'ADEME contrevient aux stipulations du marché initial et se heurte aux droits de propriété intellectuelle de la société prestataire et de la société Microsoft, la solution étant composée d'un progiciel Microsoft et de développements logiciels réalisés par la société GFI Progiciels, ces circonstances, à supposer qu'elles puissent être regardées comme fondées, sont sans incidence sur l'absence de contestation sérieuse qui s'attache à ce que la mesure sollicitée soit ordonnée ; qu'il suit de là que la mesure sollicitée ne se heurte à aucune contestation sérieuse ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu d'ordonner à la société GFI Progiciels de maintenir l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels de cette agence jusqu'à ce que le juge saisi au fond se prononce ; qu'en revanche, il n'y a pas lieu, en l'absence de mise à exécution de la menace de la société GFI Progiciels de supprimer des droits d'accès à son progiciel, d'assortir cette injonction d'une astreinte ;

10. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise, à ce titre, à la charge de l'ADEME, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'en revanche il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société GFI Progiciels la somme de 4 000 euros à verser à l'ADEME au titre des frais exposés par l'agence, tant devant le Conseil d'Etat que devant le tribunal administratif de Nantes ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 7 février 2018 du juge des référés du tribunal administratif de Nantes est annulée.

Article 2 : Il est enjoint à la société GFI Progiciels de maintenir envers l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie jusqu'à ce que le juge du fond statue, le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre aux besoins des profils d'utilisateurs contractuels.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la demande est rejeté.

Article 4 : La société GFI Progiiciels versera à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 5 : Les conclusions de la société GFI Progiiciels au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 6 : La présente décision sera notifiée à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie et à la société GFI Progiiciels.