

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE MELUN**

N°1804171

ASSOCIATION FREE SOFTWARE FOUNDATION
EUROPE

M. Thébault
Rapporteur

Mme Salenne-Bellet
Rapporteur public

Audience du 6 avril 2021
Décision du 20 avril 2021

39-02
C+

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le tribunal administratif de Melun

(8^{ème} chambre)

Vu la procédure suivante :

Par une ordonnance de renvoi du 23 mai 2018, le président du tribunal administratif de Paris a transmis au tribunal administratif de Melun la requête de l'association « Free Software Foundation Europe », enregistrée au greffe du tribunal administratif de Paris le 30 octobre 2017 sous le numéro 1716711.

Par une requête et un mémoire, enregistrés respectivement le 30 octobre 2017 et le 30 avril 2018, l'association « Free Software Foundation Europe », représentée par Me Fitzjean O Cobhthaigh, demande au tribunal :

1°) d'annuler ou à défaut, de résilier l'accord cadre n°2016049/DEF/DIRIST/SDAF/BMAR du 27 octobre 2016 ayant pour objet le « maintien en condition opérationnelle des systèmes d'information exploitant des produits de la société Microsoft avec option d'achat » ;

2°) d'ordonner la communication intégrale du contrat attaqué, de ses avenants, de ses annexes et de l'ensemble des documents pertinents relatifs à la passation et l'exécution du contrat litigieux ;

3°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 3 500 euros au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administratif.

Elle soutient que :

- elle a intérêt à agir dès lors que le contrat a pour objet d'acquérir des logiciels propriétaires et les services afférant et porte ainsi manifestement atteinte à ses intérêts et à ceux qu'elle entend défendre de par son objet statutaire et ses nombreuses actions à travers l'Europe et la requête est présentée dans le délai de recours contentieux ;
- la passation du contrat attaqué méconnaît les articles 1 et 42 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le c du 3 du I de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ;
- la passation du contrat méconnaît le considérant 50 et l'article 32 de la directive n° 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ;
- la passation du contrat méconnaît les principes fondamentaux de la commande publique ;
- la passation du marché méconnaît les articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et l'article L.420-2 du code de commerce, le droit exclusif résultant du contrat permet à Microsoft Irlande d'abuser de sa position dominante ;
- aucune considération d'intérêt général ne s'oppose à la résiliation du contrat sans effet différé.

Par des mémoires en défense, enregistrés les 5 avril 2018, le 23 mai 2018 et le 6 juin 2018, la ministre des armées soutient que l'association « Free Software Foundation Europe » ne justifie pas d'un intérêt à agir pour contester la validité du contrat en litige et conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge de l'association requérante la somme de 3 000 euros au titre des dispositions de l'article L. 761- 1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de M. Thébault,
- les conclusions de Mme Salenne-Bellet, rapporteure publique,
- et les observations de Me Fitzjean O Cobhthaigh, pour l'association « Free Software Foundation Europe ».

Considérant ce qui suit :

1. Le ministère des armées a renouvelé le 27 octobre 2016 un accord cadre n° 2016049/DEF/DIRIST/SDAF/BMAR ayant pour objet le « maintien en condition opérationnelle des systèmes d'information exploitant des produits de la société Microsoft avec option d'achat ». Par la présente requête, l'association « Free Software Foundation Europe » demande au tribunal d'ordonner la communication intégrale du contrat attaqué, de ses avenants, de ses annexes et de l'ensemble des documents pertinents relatifs à la passation et l'exécution du contrat litigieux et de prononcer l'annulation ou à défaut, la résiliation de ce dernier.

Sur la contestation de la validité du contrat :

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'État dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'État dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office. Le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction.

3. D'une part, aux termes de l'article du point A de l'acte d'engagement du contrat litigieux : « *Objet de la consultation : SUPPORT DES LOGICIELS LIBRES ET PRESTATIONS COMPLÉMENTAIRES RATTACHÉES (marché subséquent à l'accord-cadre interministériel n° 2016S 00010 notifié le 04 août 2016 par le ministère de l'intérieur avec la société LINAGORA) (...) Objet de l'acte d'engagement : Le présent marché subséquent est passé sur le fondement de l'accord-cadre n° 2016 S 00010 au ministère de la défense, en tant que bénéficiaire intégré dans son périmètre. Ainsi, le présent acte d'engagement vaut pour l'application des dispositions de l'accord-cadre interministériel n° 2016 S 00010 notifié le 04 août 2016 par le ministère de l'intérieur. L'accord-cadre, régi par les dispositions de l'article 76 du code des marchés publics a été passé selon la procédure de l'appel d'offres ouvert, telle qu'elle est décrite aux articles 33 et 57 à 59 du code des marchés publics issu du décret n° 2006-975 du 1 et août 2006. Le présent marché subséquent est un marché à bons de commande mono-attributaire, conclu sans montant minimum ni montant maximum, et exécuté selon les règles prévues à l'article 77 du code des marchés publics* ». Aux termes de l'article 1.1 « Contexte généralités » du cahier des clauses administratives du contrat : « *Le présent accord cadre a pour objectif de permettre à un service coordonné de maintenir en condition opérationnelle ses systèmes d'information exploitant des produits de la société Microsoft. Il vise à rationaliser la gestion des produits et services associés par le moyen d'une démarche globale, consistant en la définition d'une stratégie et politique d'emploi des produits de la société Microsoft, au sein du Service coordonné et sur une durée de quatre ans. Les services coordonnés ne peuvent en aucune façon se prévaloir de l'accord cadre pour se dispenser d'une mise en concurrence concernant le choix des solutions techniques pour leurs futurs projets* ».

4. D'autre part, aux termes de l'article 2 « objet, missions, statut d'organisme à but non lucratif » des statuts de l'association requérante : « *La FSFE a pour objet de promouvoir et de diffuser les logiciels libres afin de soutenir le libre échange de savoirs et l'égalité des chances dans l'accès aux logiciels et à l'éducation populaire, conformément aux principes énoncés dans le préambule. / L'objet de la FSFE bénéficie notamment des éléments suivants : / 1. le soutien idéal des agences gouvernementales et des organisations privées pour toutes les questions*

relatives aux logiciels libres, / 2. la coopération et la coordination avec les associations nationales qui poursuivent les mêmes objectifs à but non lucratif, / 3. le soutien des programmeurs qui développent des logiciels libres et réalisent ainsi les buts non lucratifs de la FSFE, par le biais de bourses d'études, / 4. la diffusion des idéaux philosophiques du logiciel libre, / 5. l'information et la formation du public sur les possibilités et le potentiel éducatif du logiciel libre, / 6. le développement et la livraison de logiciels libres au grand public. / La FSFE poursuit exclusivement et directement des buts non lucratifs au sens de la section « buts soumis à avantages fiscaux » du Code fiscal. La FSFE travaille de manière désintéressée et ne vise pas principalement d'objectifs économiques propres. (...) ».

5. Un tiers à un contrat administratif n'est recevable à contester la validité d'un contrat, ainsi qu'il a été dit au point 2, que s'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou par ses clauses. Or l'association Free Software Foundation Europe a pour objet social la promotion et la diffusion des logiciels libres afin de soutenir le libre échange de savoirs et l'égalité des chances dans l'accès aux logiciels et à l'éducation populaire. Un tel objet social ne permet pas à l'association requérante de justifier de l'intérêt exigé pour avoir qualité à contester devant le juge du plein contentieux un contrat conclu par le ministre des armées sur la maintenance en condition opérationnelle des systèmes d'information des produits de la société Microsoft dont son administration est déjà utilisatrice. Au demeurant, il résulte de la lecture des statuts de l'association que la promotion et le soutien à la diffusion des logiciels libres, intérêts défendus par celle-ci, sont destinés au libre échange de savoirs et à l'égalité des chances dans l'accès aux logiciels et à l'éducation populaire alors que le marché en litige porte sur l'utilisation par les services du ministère des armées. Dans ces conditions, l'association Free Software Foundation Europe n'établit pas que la conclusion du contrat en litige l'aurait lésée de façon suffisamment directe et certaine dans ses intérêts. Dès lors, l'association requérante ne justifie pas, à la date de l'introduction de sa demande devant le tribunal, d'un intérêt propre à contester la validité du contrat en litige et la fin de non-recevoir soulevée en défense doit être accueillie.

6. Il résulte de ce qui précède que les conclusions à fin d'annulation ou de résiliation présentées par l'association requérante doivent être rejetées, sans qu'il y ait lieu d'ordonner la communication intégrale du contrat attaqué, de ses avenants, de ses annexes et de l'ensemble des documents pertinents relatifs à la passation et l'exécution du contrat litigieux.

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

7. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme que demande l'association Free Software Foundation Europe. Il n'y a pas lieu de mettre à la charge de l'association Free Software Foundation Europe le versement d'une quelconque somme à l'Etat sur le fondement de ces mêmes dispositions. Dans les circonstances de l'espèce, il n'y a pas lieu de mettre à la charge de l'association requérante la somme que demande la ministre des armées au titre des mêmes dispositions.

D E C I D E :

Article 1^{er} : La requête de l'association Free Software Foundation Europe est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la ministre des armées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.