

TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE VERSAILLES

JL/cbl

N° 1006118

SOCIETE DOOLITTLE

M. Lapouzade
Juge des référés

Ordonnance du 22 octobre 2010

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Versailles

Le juge des référés,

Vu la requête enregistrée au greffe du tribunal administratif de Versailles, le 24 septembre 2010 sous le n° 1006118, présentée pour la SOCIETE DOOLITTLE, dont le siège social est sis 362 ter, rue de Vaugirard à Paris (75015), par Me Liébeaux, avocat ; la SOCIETE DOOLITTLE demande juge des référés de :

- suspendre l'exécution du marché de fourniture et de livraison d'ouvrages juridiques conclu en 2010 entre la Cour d'appel de Versailles et l'éditeur Dalloz, pour la durée de l'instance ;
- prononcer la nullité du marché conclu sans aucune publicité ni mise en concurrence ;
- mettre à la charge de l'Etat (ministre de la justice) la somme de 3.000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient que :

- en tant que candidate potentielle irrégulièrement évincée de la procédure de passation, elle présente un intérêt lui donnant qualité pour introduire le présent recours ;
- le marché compte au nombre de ceux mentionnés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative ;
- le marché a été passé sur le fondement des dispositions de l'article 35-II du code des marchés publics, alors qu'il n'entre dans aucune des dix hypothèses visées par ledit article ;

Vu, l'ordonnance en date du 27 septembre 2010, par laquelle, le juge des référés, président de la 8^e chambre du tribunal administratif de Versailles a, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-17 du code de justice administrative suspendu l'exécution du contrat pendant la durée de l'instance ;

Vu, enregistré le 14 octobre 2010; le mémoire en défense produit par le ministre de la justice et des libertés tendant au rejet de la requête par les moyens que :

- la requête est irrecevable en vertu des dispositions de l'article L. 551-15 du code de justice administrative, la société requérante ayant été informée par un message électronique en date du 16 août 2010 que la fourniture des codes Dalloz au titre de l'année 2010 serait confiée aux éditeurs par l'intermédiaire de marchés négociés, et le marché en cause ayant été signé le 2 septembre 2010, soit plus de onze jours après cette information ;
- le marché en cause entre dans le champ de l'article 35 II 8° du code des marchés publics, s'agissant d'un marché qui ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons tenant à la protection des droits d'exclusivité, le marché s'analysant comme l'achat pur et simple d'ouvrages auprès d'un fournisseur, et seule la société Dalloz étant habilitée à négocier et gérer les offres à tarifs dérogatoires par rapport au prix catalogue ;
- au demeurant, une mise en concurrence ne présentait aucun intérêt financier pour le ministre de la justice qui connaissait, avant toute procédure de passation, l'offre économiquement la plus avantageuse qu'il était susceptible d'obtenir pour le marché en cause, laquelle était déterminée par la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre et correspondait à 91% du prix éditeur ;
- les circonstances justifiaient, au sens de l'alinéa 5 de l'article 28 du code des marchés publics, que le marché soit passé sans publicité ni mise en concurrence préalables, le secteur économique dans lequel intervient le marché rendant inutile toute publicité et mise en concurrence, les éditeurs fixant le prix de vente au public des ouvrages qu'ils éditent et la réduction maximale sur le prix de vente du livre qui peut être consentie par les éditeurs et distributeurs au profit de l'Etat étant de 9% ;
- le fait de conclure avec les éditions Dalloz écartait tout risque pour la personne publique, amenée à départager des offres strictement identiques, de fonder son choix sur des éléments autres que purement objectifs ;

Vu, enregistré le 18 octobre 2010, le nouveau mémoire produit pour la SOCIETE DOOLITTLE tendant aux mêmes fins que ses précédentes écritures par les mêmes moyens et, en outre, par lequel elle soutient que :

- la requête est recevable, le courrier électronique envoyé à la requérante ne pouvant tenir lieu de la publication exigée par les dispositions de l'article L. 515 -15 du code de justice administrative ; qu'au demeurant, il ne ressort pas de ce courrier que le marché attaqué va être conclu après un délai de *stand still* de onze jours mais qu'il a d'ores et déjà été conclu ; qu'au surplus, le marché attaqué ne relève pas de la catégorie des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable ;
- les dispositions de l'article 35 II 8° du code des marchés publics ne sont pas applicables, l'éditeur Dalloz ne disposant pas de l'exclusivité de la vente de son produit, d'autres fournisseurs pouvaient livrer les produits en cause dans des conditions tarifaires strictement identiques ;

- les dispositions dérogatoires sont d'interprétation stricte et leur mise en œuvre nécessite que l'acheteur public établisse que le marché peut être négocié sans mise en concurrence pour une raison tenant à la protection des droits d'exclusivité et que cette raison doive nécessairement conduire au choix d'un prestataire déterminé ; qu'en l'espèce, d'une part, à supposer même que l'éditeur Dalloz, en sa qualité d'éditeur, soit titulaire de « droits d'exclusivité » sur ses ouvrages, ces droits ne concernent pas l'objet même du marché attaqué et ne s'étendent pas à la vente des codes et ouvrages juridiques ; que, d'autre part, l'éditeur Dalloz n'était pas le seul prestataire à même de fournir et de livrer des codes et ouvrages juridiques ;
- le fait que l'éditeur Dalloz puisse faire des offres dérogatoires par rapport au prix catalogue ne lui confère pas un avantage sur les détaillants puisqu'elle implique une baisse généralisée du prix unique de vente de l'ouvrage. Les détaillants restant libres de consentir une remise supplémentaire dans la limite de 9% ;
- compte tenu de l'objet du marché, le prix ne peut être le critère unique de la sélection des offres ; que sont également à prendre en considération les délais de traitement des commandes, de livraison, le service après vente et la qualité du suivi de la commande et de la facturation ; que, pour départager objectivement des offres financièrement identiques, seules ces dernières considérations pouvaient et devaient être prises en compte ;
- les dispositions de l'article 28 du code des marchés publics ne trouvent pas à s'appliquer, de telles dispositions ne pouvant trouver à s'appliquer que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, tenant notamment à l'urgence ;

Vu les autres pièces jointes au dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu la loi n° 81-766 du 10 août 1981 sur le prix du livre ;

Vu le code de justice administrative ;

Vu la décision par laquelle le président du Tribunal a désigné M. Lapouzade, vice-président, pour statuer sur les demandes de référé ;

Après avoir convoqué à une audience publique :

- Me Liébeaux, pour la SOCIETE DOOLITTLE ;
- le ministre de la justice ;
- la société Dalloz ;

Après avoir, à l'audience publique du 19 octobre 2010 à 14 heures 30, présenté son rapport et entendu les observations de :

- Me Liébeaux, pour la SOCIETE DOOLITTLE, laquelle reprend les conclusions, moyens et arguments développés dans ses écritures ;
- M. Gracia, chef du département des affaires contentieuses, pour le Garde des Sceaux, ministre de la justice et des libertés, lequel reprend les conclusions, moyens et arguments développés dans ses écritures ;

Après avoir prononcé, à l'issue de l'audience, la clôture de l'instruction ;

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section » ; qu'aux termes de l'article L. 551-14 : « Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours » ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 : « Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité. La même exclusion s'applique aux contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a envoyé aux titulaires la décision d'attribution du contrat et observé un délai de seize jours entre cet envoi et la conclusion du contrat, délai réduit à onze jours si la décision a été communiquées à tous les titulaires par voie électronique » ; qu'aux termes de l'article L. 551-18 : « Le juge prononce la nullité du contrat lorsque 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. La même annulation est prononcée lorsque 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. Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, 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 » ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 551-19 : « Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat, ou si le contrat porte sur une délégation de service public » ;

Considérant que la SOCIETE DOOLITLLE demande au juge des référés d'annuler le marché à bons de commande d'une durée allant de la date de sa notification jusqu'au 31 décembre 2010, conclu le 2 septembre 2010 avec les éditions Dalloz pour la fourniture de codes et ouvrages édités par cette maison aux juridictions du ressort de la Cour d'appel de Versailles, selon la procédure négociée en application de l'article 35 II 8° du code des marchés publics ;

Sur la fin de non recevoir opposée par le ministre de la justice et des libertés :

Considérant que le ministre de la justice soutient que la requête est irrecevable, en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-15 du code de justice administrative dès lors que la SOCIETE DOOLITLLE a été informée par un message électronique en date du 16 août 2010 que la fourniture des codes Dalloz au titre de l'année 2010 serait confiée à l'éditeur par l'intermédiaire d'un marché négocié et que ledit marché n'a été signé que le 2 septembre 2010, soit plus de onze jours après que cette information a été portée à la connaissance de la requérante ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le courrier électronique en date du 16 août 2010 n'informe pas la SOCIETE DOOLITLLE de son intention de conclure le marché litigieux mais, compte tenu de ses termes, donne à entendre que le marché dont s'agit a d'ores et déjà été conclu pour 2010 sur le fondement des dispositions de l'article 35 II du code des marchés publics ; que, par suite, la fin de non recevoir du ministre de la justice et des libertés doit, en tout état de cause, être écartée ;

Sur le bien fondé :

Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'article 35 II du code des marchés publics :
« Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous : (...) II – Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence : 8° Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité ... » ;

Considérant que le ministre de la justice et des libertés soutient, à titre principal, que le marché s'analyse comme l'achat pur et simple d'ouvrages édités par les éditions Dalloz, lesquelles disposaient à titre exclusif de la faculté d'autoriser l'utilisation et l'exploitation de l'œuvre comprise dans lesdits ouvrages et étaient également les seules habilitées à négocier et gérer les offres à tarif dérogatoire par rapport au prix catalogue, et qu'ainsi, le marché en cause, pour des motifs tenant à la protection des droits d'exclusivité des éditions Dalloz, ne pouvait qu'être confié à ces éditions ;

Considérant que les droits d'exclusivité que peut posséder l'éditeur Dalloz sur les ouvrages qu'il publie, s'ils concernent l'utilisation et l'exploitation de l'œuvre, ne couvrent pas la vente des ouvrages qu'il édite, lesquels peuvent également être vendus par des libraires ; que la circonstance que l'éditeur Dalloz soit seul habilité à gérer les offres à tarif dérogatoire par rapport au prix catalogue, ne saurait lui conférer un avantage quelconque sur les détaillants dès lors qu'en vertu des dispositions de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi du 10 août 1981 relative au prix du livre, une modification du prix unique de vente fixé par l'éditeur implique une baisse généralisée du prix unique de vente de l'ouvrage. les détaillants comme l'éditeur restant libres de consentir une remise supplémentaire qui, au cas d'espèce, que le vendeur soit l'éditeur ou un libraire, ne peut excéder 9% du prix catalogue en application des dispositions de l'article 4 de la loi précitée ; qu'ainsi, aucun motif tenant à la protection de droit d'exclusivité ne permettait à l'adjudicateur de négocier le marché dont s'agit sans publicité préalable et mise en concurrence ;

Considérant, en second lieu, que, à titre subsidiaire, le ministre de la justice et des libertés soutient que le marché litigieux pouvait être conclu sur le fondement des dispositions de l'alinéa 5 de l'article 28 du code des marchés publics, aux termes desquelles « *Le pouvoir adjudicateur peut décider que le marché sera passé sans publicité ni mise en concurrence préalables si les circonstances de justifient, ou si son montant estimé est inférieur à 4.000 euros HT, ou dans les situations décrites au II de l'article 35* » dès lors que le secteur économique dans lequel intervient le marché rend inutile toute publicité ou mise en concurrence, en raison, d'une part, de l'application de la loi sur le prix unique du livre qui établit, ainsi qu'il a été dit, à 9% la remise maximale pouvant être consentie sur le prix et, d'autre part, compte tenu de l'objet du marché qui est l'achat d'ouvrages en dehors de toute prestation accessoire, qui a pour conséquence que le prix constitue le critère unique d'attribution du marché ;

Considérant, toutefois, que le ministre de la justice et des libertés n'établit pas que le prix d'achat des ouvrages soit le seul critère possible d'attribution du marché ; que sont également à prendre en considération les délais de traitement des commandes, de livraison, le service après vente et la qualité du suivi de la commande et de la facturation ; que, d'ailleurs, ainsi que le fait valoir la société requérante, les cours d'appel d'Aix-en-Provence et de Dijon ont, pour des marchés similaires concernant la fourniture d'ouvrages aux juridictions de leur ressort, pris en considération la valeur technique, et non le seul prix, dans les critères d'attribution des marchés en cause ; que, par suite, le ministre de la justice et des libertés n'est pas fondé à soutenir le secteur économique dans lequel intervient le marché rend inutile toute publicité ou mise en concurrence et que cette circonstance serait, en tout état de cause, au nombre de celles qui justifient, au sens de l'alinéa 5 de l'article 28 précité du code des marchés publics, que le marché soit négocié sans publicité préalable et mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la SOCIETE DOOLITTLE, laquelle exerce une activité de librairie et papeterie et assure dans ce cadre la fourniture et la livraison d'ouvrages juridiques, et avait d'ailleurs obtenu antérieurement à 2009 et pendant dix ans des marchés avec la Cour d'appel de Versailles, présentait un intérêt à conclure le contrat et est susceptible d'avoir été lésée par l'absence de publicité et de mise en concurrence ; qu'en conséquence, le contrat conclu le 2 septembre 2010 entre l'éditeur Dalloz et la Cour d'appel de Versailles doit être annulé ;

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

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à la charge de l'Etat (ministre de la justice et des libertés) la somme de 1.500 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE

Article 1^{er} : Le contrat conclu le 2 septembre 2010 entre l'éditeur Dalloz et la Cour d'appel de Versailles est annulé.

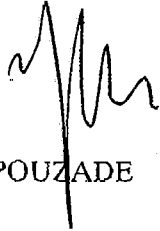
Article 2 : L'Etat (ministre de la justice et des libertés) versera à la SOCIETE DOOLITTLE la somme de 1.500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à la SOCIETE DOOLITLLE, à la société Dalloz et au ministre de la justice et des libertés.

Copie en sera adressée à la Cour d'appel de Versailles.

Fait à Versailles, le 22 octobre 2010.

Le juge des référés,



J. LAPOUZADE

Le greffier,



C. BENOIT-LAMAITRIE

La République mande et ordonne au garde des sceaux, ministre de la justice en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.