Conclusions sur l'affaire n° 1804171 Association Free software foundation Europe. / TA MELUN

Rapporteur : Philippe Thébault

Rapporteur public : Julie Salenne-Bellet

Le 14 décembre 2016, la direction interarmées des réseaux d'infrastructure et des systèmes d'information de la Défense a conclu avec la société Microsoft Irlande un accord-cadre 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, qui vient d'être appelée sous le numéro 184171, l'association Free Software Foundation Europe (AFSFE) vous demande notamment d'annuler ou de résilier cet accord-cadre.

A/ Dans un premier temps, vous pourriez vous demander si les conclusions à fin d'annulation du contrat ne sont pas entachées d'un non-lieu.

En effet, si l'expiration du contrat ne fait pas obstacle au prononcé d'une mesure d'annulation (voyez en ce sens : **CAA Nancy 28 janvier 2013 SAS Ace Consultants**, n° 12NC00126, C+), elle fait obstacle au prononcé d'une mesure de résiliation (**CAA Paris 15 avril 2014 CNAVTS**, n° 11PA02034).

En l'espèce, l'acte d'engagement stipule que la durée de l'accord-cadre est de 48 mois, soit quatre années, à compter du 1^{er} juin 2017.

Il prend donc fin le 1^{er} juin 2021. Vous n'aurez donc pas à prononcer un non-lieu à statuer.

B/ Dans un deuxième temps, vous devrez répondre à la fin de non-recevoir soulevée par le ministre des Armées et tirée de l'absence d'intérêt à agir de l'association requérante.

En effet, vous n'êtes pas sans savoir que si la décision Tarn-et-Garonne ouvre le recours de plein contentieux à tous les tiers lésés, c'est à la condition qu'ils justifient être lésés dans leurs intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation du contrat ou par ses clauses.

Selon les commentateurs officiels à l'AJDA 2014, si la démonstration de cet intérêt à agir sera « chose aisée » pour les concurrents évincés, *« ce sera chose beaucoup moins évidente pour le reste des tiers, qui devront consentir, pour justifier de leur intérêt pour agir, des efforts bien plus importants qu'au temps du recours contre les actes détachables. La rançon de l'accès au juge du contrat et à l'efficacité de ses sentences est, logiquement, une subjectivisation du contentieux défavorable aux recours introduits de façon désincarnée dans le seul intérêt de la légalité, qu'il pouvait sembler judicieux d'admettre au temps de la jurisprudence Martin où l'annulation de l'acte détachable avait pour seul effet de faire dire le droit au juge sans conséquence directe pour le contrat. »*.

Dans ses conclusions sur [l'affaire Tarn-et-Garonne](#), Bertrand Dacosta avait à l'esprit de ne pas laisser « au bord de la route » les requérants recevables à faire un recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables du contrat tout en n'ouvrant pas le prétoire du juge du contrat de manière déraisonnée.

S'agissant plus particulièrement des associations, il rappelle la jurisprudence prévalant au temps du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables et que certaines décisions appliquaient de manière stricte le principe selon lequel elles n'avaient pas d'intérêt à agir s'il n'existait pas de lien direct entre la décision attaquée et l'intérêt invoqués, mais que d'autres décisions, notamment en matière de concessions autoroutières, considéraient que dès lors que le projet est susceptible d'affecter les intérêts des tiers, la recevabilité est aisément admise.

Il conclut en proposant d'écarter les jurisprudences trop libérales et, *« S'agissant des associations, devra ainsi être vérifiée avec une vigilance accrue l'atteinte directe aux intérêts qu'elles entendent défendre. »*.

A notre connaissance, le Conseil d'Etat n'a pas déterminé les conditions de l'intérêt à agir des associations dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne.

Récemment, il a jugé que si les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte, la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge.

Voyez en ce sens : **CE 3 juin 2020 Département de la Loire-Atlantique**, n° 426932, B.

Toutefois, nous ne pensons pas que cette jurisprudence puisse être appliquée de manière générale aux associations.

En effet, le rapporteur public Gilles Pellissier sur cette affaire écrivait que « *la notion d'intérêt lésé implique désormais un rapport spécifique entre l'intérêt du requérant et le contrat particulier qu'il conteste, spécificité qui fait défaut lorsque l'intérêt invoqué est le même que ceux dont peuvent se prévaloir une autre catégorie de personnes plus directement concernée.* ».

La notion de lésion « *conduit à réserver la possibilité de contester la validité d'un contrat à ceux qui soit sont vecteurs d'intérêts généraux qui dépassent les intérêts individuels, tels que le représentant de l'Etat, les membres de l'organe délibérant, les contribuables locaux ou les associations, soit défendent leurs intérêts individuels. Or la personne morale qui conteste un contrat particulier au motif que les conditions pour recourir à ce type de contrat n'étaient pas remplies défend un intérêt professionnel identique, s'agissant d'une opération déterminée, à ceux de ses membres qui auraient pu candidater. S'ils n'ont pu le faire ou en ont été dissuadés, ils justifient personnellement d'un intérêt lésé de façon suffisamment directe et certaine qu'ils peuvent défendre soit en référé précontractuel, soit en contestant la validité du contrat. Mais il ne nous semble pas que l'intérêt collectif de la profession dont l'ordre professionnel assure la défense lui permette de se substituer à ceux de ses membres qui ne se sont pas estimés lésés ou pas suffisamment pour contester eux-mêmes la procédure de passation du contrat ou le contrat lui-même. L'intérêt collectif des membres de la profession ne doit lui donner qualité pour agir que contre les mesures susceptibles d'affecter de manière générale leurs droits ou les modalités de leur exercice, mais pas de se faire le gardien du respect de ces droits à l'occasion de la conclusion de tout contrat. (...)* ».

Il en résulte donc que l'absence d'intérêt à agir des ordres professionnels est justifiée par la circonstance que les membres peuvent intenter le recours Tarn-et-Garonne et que l'ordre professionnel ne peut pas se substituer à eux.

Or, les associations, comme notre association requérante, ne défendent pas toujours les intérêts de leurs membres et peuvent avoir comme objet la défense d'intérêts non personnifiés, tels que la protection de l'environnement.

Certaines cours administratives d'appel ont eu à se prononcer sur l'intérêt à agir des associations dans le cadre de [la jurisprudence Tarn-et-Garonne](#).

S'agissant d'une convention d'autorisation d'occupation d'une parcelle du Champ de Mars afin d'installer une structure éphémère dans le cadre des JO de 2024, la CAA de Paris a jugé que le statut de l'association, qui a pour objet de « *lutter par tous les moyens, y compris en justice, contre les utilisations abusives* » d'un espace comprenant notamment le Champ de Mars, et « *contre tous les usages contraires à l'histoire et à l'esprit des lieux, ainsi que défendre sa nature de parc public* » lui donne intérêt lui donnant qualité pour introduire la présente instance.

Voyez en ce sens : **CAA Paris 21 juillet 2020**, n° 19PA04069 (pourvoi en septembre 2020).

De même, une association, dont l'objet est la défense de l'espace et des milieux maritimes, justifie d'un intérêt suffisamment direct et certain à contester une convention de concession, qui fait apparaître les effets sur l'environnement des installations en vue desquelles est concédée l'utilisation du domaine maritime.

Voyez en ce sens : **CAA Nantes 3 avril 2018**, n° 17NT01943.

Au contraire, pour refuser l'intérêt à agir d'une association, la CAA de Nantes s'est fondée sur le ressort géographique de l'association, limité à la Touraine. Eu égard au seul champ d'intervention résultant de ses statuts alors applicables, elle ne pouvait se prévaloir d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par le contrat attaqué.

Voyez en ce sens : **CAA Nantes 9 novembre 2018**, n° 17NT01733.

De même, une association agréée pour la protection de l'environnement n'a pas intérêt à contester un contrat portant sur la construction d'une voie autoroutière, même si ce projet est susceptible d'avoir des répercussions importantes sur l'environnement, dès lors que le montage contractuel retenu pour en assurer la réalisation est, par lui-même, dépourvu de lien avec l'objet statutaire de l'association requérante.

Voyez en ce sens : **CAA Nancy 19 juin 2018**, n° 17NC01302.

Vous l'aurez compris, les CAA reprennent en substance le raisonnement tenu par le Conseil d'Etat en matière de recours pour excès de pouvoir, consistant à examiner le lien entre l'objet statutaire de l'association et l'acte attaqué.

Ce raisonnement semble conforme aux conclusions précédemment rappelées de Bertrand Dacosta sur la décision Tarn-et-Garonne et de Gilles Pellissier, qui écrivait que « *la notion d'intérêt lésé implique désormais un rapport spécifique entre l'intérêt du requérant et le contrat particulier* ».

Pour résumé, pour déterminer si une association est recevable à contester la validité d'un contrat, il conviendrait de déterminer si le contrat porte atteinte de manière suffisamment directe et certaine aux intérêts dont elle a la charge.

En l'espèce, l'article 2 des statuts de l'association dispose qu'elle « *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'article 1^{er} des dispositions administratives relatives à l'accord-cadre stipule qu'il 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 en résulte que l'objectif de l'association n'est pas de promouvoir ou de diffuser in abstracto les logiciels libres mais uniquement dans le but de promouvoir l'égalité des chances dans l'accès aux logiciels et la diffusion du savoir.

Il semblerait donc que l'association s'adresse plutôt aux citoyens et non aux administrations et sociétés pour l'utilisation des logiciels en interne.

Or, l'accord-cadre a été conclu pour les besoins internes des services du ministère des Armées et pour ses missions opérationnelles de défense nationale.

Il est constant que l'accord-cadre prévoit l'utilisation de produits Microsoft mais, selon nous, même si les services du ministère des Armées utilisaient des logiciels libres, cela ne serait pas dans le but de soutenir le libre-échange de savoirs et l'égalité des chances dans l'accès aux logiciels.

Nous pensons donc que la passation de l'accord-cadre ne lèse pas de manière suffisamment directe et certaine les intérêts défendus par l'association requérante.

Il nous semblerait que la solution serait différente si les statuts prévoyaient la promotion des logiciels libres in abstracto ou si le contrat était

passé, par exemple, par une commune pour les ordinateurs en libre accès dans sa bibliothèque municipale ou par le ministère de l'éducation nationale pour les ordinateurs fournis aux élèves.

Vous pourrez alors rejeter les conclusions à fin d'annulation et de résiliation de l'accord-cadre comme étant irrecevables. Vous pourrez également rejeter, par voie de conséquence, les conclusions à fin de 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 les conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administratif.

Le ministère des armées demande de mettre à la charge de l'AFSE la somme de 2 700 euros au titre des frais exposés et non compris dans les dépens.

De façon générale, les coûts supportés pour la présentation de la requête ou l'organisation de la défense, alors même que le requérant ou le défendeur n'a pas été représenté par un avocat, peuvent faire l'objet d'un remboursement : il a ainsi été jugé que l'article L. 761-1 ne faisait pas obstacle à ce qu'une personne morale, notamment l'Etat, puisse demander le remboursement des frais exposés dans l'instance et non compris dans les dépens, par exemple lorsqu'elle fait état des coûts supportés par ses services.

Voyez en ce sens : **CE 30 novembre 2007 Société L'immobilière Groupe Casino**, n° 304825, B.

Mais une personne publique ne peut se borner à faire valoir, à l'appui de sa demande, que le litige a entraîné un surcroît de travail pour ses services et doit faire état précisément des frais spécifiques exposés dont il lui revient d'indiquer la nature.

Voyez en ce sens : **CE 3 octobre 2012 Ministre de la défense c. Société ARX**, n° 357248, A.

Selon Bertrand Dacosta, rapporteur public sur cette dernière affaire, « *la simple invocation d'un surcroît de travail est insuffisante pour se prévaloir utilement de l'article L. 761-1 ; mais le fait, pour une collectivité, de ne pas avoir été représentée par un avocat n'exclut pas que d'autres frais exposés dans l'instance soient mis à la charge de la partie perdante. On peut penser à des frais de déplacement, à des consultations auprès de personnes extérieures à l'administration, à des frais de reprographie ...* ».

En l'espèce, le ministre des Armées demande le versement d'une somme de 700 euros au titre des frais spécifiques engagés par la direction interarmées des réseaux d'infrastructure et des systèmes d'informations de la défense et 2 300 euros au titre des frais spécifiques engagés par la direction des affaires juridiques (journées de travail, frais de photocopie, de déplacement, etc.).

Toutefois, ce faisant, le ministre des Armées ne justifie pas que la présente instance a engendré des coûts supplémentaires.

Vous pourrez donc rejeter ses conclusions présentées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

POUR CES MOTIFS, NOUS CONCLUONS :

- au rejet de la requête pour irrecevabilité ;

- au rejet des conclusions présentées par le ministre des Armées sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.