

Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

Actualité des référés dans le contentieux contractuel

Consultez
votre revue sur
MONITEURJURIS
et sur tablette
moniteurjuris.fr/contratspublics

► **Référé suspension : un bilan en demi-teinte**

Une procédure ouverte aux tiers à la convention

Portée limitée de cette procédure pour les cocontractants de l'administration

► **Référé précontractuel et contractuel**

Vers une prééminence du référé précontractuel ?

Quelles sont les incidences de l'ordonnance du 29 janvier 2016 ?

► **Référé « mesures utiles »**

Une procédure bénéficiant principalement à l'administration ?

Vie
des
contrats

PASSATION

Requalification d'une convention de forage comportant des obligations annexes

CONTENTIEUX

L'efficacité de la saisine du juge pour faire exécuter les contrats administratifs

Les contrats soumis au référé précontractuel (éclairages à l'aune de l'ordonnance du 29 janvier 2016)

Seuls certains contrats publics peuvent faire l'objet d'un référé précontractuel. Cependant, on constate un élargissement du champ d'intervention du juge des référés. En outre, quelles seront les conséquences de l'ordonnance du 29 janvier dernier dans le cadre de cette procédure de référé ?

Le présent article porte sur le champ du référé précontractuel prévu par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (CJA), particulièrement pour ce qui concerne certains contrats publics dont on peut se demander s'ils entrent dans le champ du texte, précisément en ce qu'ils confèrent un droit d'occupation de nature économique proche d'un marché ou d'une délégation de service public.

Si le juge des référés n'est pas compétent pour les contrats d'occupation proprement dits, il s'avère que la frontière avec d'autres conventions est ténue, et, qu'en outre, le champ des contrats visés par l'article L. 551-1 du CJA s'est élargi.

Au-delà, il faut également s'interroger sur la portée des nouvelles dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 sur les concessions, et se poser la question de savoir si un contrat portant occupation (à titre principal ou accessoire) ne pourrait pas être assimilé à une « concession », et donc relever du juge des référés.

L'élargissement du champ d'intervention du juge des référés

Une approche plus englobante des contrats visés

La rédaction antérieure de l'ancien article résultant de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 indiquait qu'étaient soumis au référé précontractuel les marchés publics, les contrats de partenariat, les contrats visés au premier alinéa de l'article L. 6148-5 du Code de la santé publique (les BEH), les conventions de délégation de service public, de même que les contrats et accords-cadres de droit public conclus par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Dorénavant, l'article L. 551-1 du CJA indique que sont visés : « les contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la

Auteur

Olivier Raymundie
Avocat - Alkyne Avocats

Mots clés

Concession d'aménagement • Contrat d'occupation du domaine public • Délégation de service public • Marché public • Référé précontractuel

délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique.

Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du Code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession (...) ».

L'ordonnance de 2009 a ainsi supprimé la liste des contrats qu'elle visait pour la remplacer par une approche plus englobante des contrats, ce tant pour les pouvoirs adjudicateurs⁽¹⁾, que les entités adjudicatrices⁽²⁾.

Sont concernés les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Le même dispositif est prévu pour les contrats passés par les entités adjudicatrices.

Les contrats visés

• Les marchés publics

Sans nul doute, entrent dans le champ du référé précontractuel devant le juge administratif les marchés publics au sens du droit interne, qu'ils soient passés par des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices, quel que soit le montant du marché. Peu importe, d'ailleurs, que le titulaire du marché soit une personne publique⁽³⁾, ou des SEM agissant au nom et pour le compte des personnes publiques.

En somme, le juge des référés est compétent pour des contrats conclus à titre onéreux qui répondent aux besoins du pouvoir adjudicateur.

De même, les « marchés de partenariat »⁽⁴⁾ entrent dans le champ du référé précontractuel puisqu'ils sont des contrats administratifs, qui portent sur des travaux, fournitures ou services, et qui donnent lieu à une contrepartie constituée d'une contrepartie économique au sens de l'article 67-I de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015. À ce titre, on sait que les contrats de partenariat étaient déjà assimilés, par le Conseil d'État, à des marchés publics⁽⁵⁾.

Quant aux délégations de service public, si elles entrent assurément dans le champ de l'article L. 551-1 du CJA, il peut paraître curieux d'ajouter, dans la liste des contrats visés dans ce même article, ceux donnant lieu à une contrepartie économique puisque les délégations donnent lieu aussi à une contrepartie économique. Redondance ?

Les concessions de travaux publics sont également incluses dans le champ du référé précontractuel au

visa de l'article L. 1415-1 du CGCT⁽⁶⁾, de même que les marchés des concessionnaires de travaux⁽⁷⁾.

Les BEA⁽⁸⁾ qui sont passés « en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence d'une collectivité territoriale » sont également visés par l'article L. 551-1 du CJA. Si le bail confère un droit d'occupation, il est souvent adossé à une convention non détachable. L'ensemble (BEA et convention non détachable) entrait dans le champ des contrats de la commande publique lorsqu'ils étaient « adossés » à un contrat, lui-même soumis aux directives. Ainsi, le bail constituait un marché public de travaux, au sens des directives, lorsqu'il s'accompagnait de travaux importants destinés à devenir, à l'issue du bail, la propriété de la collectivité publique concédante⁽⁹⁾. À l'inverse, il constituait une concession s'il était « adossé » à un contrat de ce type⁽¹⁰⁾.

Cet état de la jurisprudence a été consacré par le CGCT, à la suite du décret n° 2011-2065 du 30 décembre 2011, relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs.

Dès lors, eu égard à sa situation particulière au sein de la typologie des contrats de la commande publique, la question de savoir si certains BEA pouvaient être qualifiés de concession, et notamment de concession de service, aurait pu se poser. Toutefois, l'ordonnance du 23 juillet 2015, dans un souci de rationalisation des catégories contractuelles de droit interne, et dans une volonté de calquer celles-ci sur le droit communautaire, semble avoir expressément exclu cette possibilité.

En effet, son article 101 modifie l'article L. 1311-2 du CGCT et ajoute un alinéa qui interdit expressément que le bail emphytéotique administratif ait pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures, la prestation de services, ou la gestion d'une mission de service public, avec une contrepartie constituée par un prix ou un droit d'exploitation, et ce pour le compte ou pour les besoins d'une autorité soumise à l'ordonnance du 23 juillet 2015. Dès lors, cette restriction du champ des BEA empêche mécaniquement que ceux-ci se superposent aux marchés publics et aux contrats de concession.

(6) Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix.

(7) Ordonnance n° 2009-515 du 15 juillet 2009, art. 16, O. Raymondie, « L'apport de la concession de travaux publics dans les contrats publics », *CP-ACCP*, n° 100, juin 2010, p. 110.

(8) CGCT, art. L. 1311-2.

(9) TA Nice ord., 6 décembre 2006, Société Cirmad Grand Sud, n° 0605880.

(10) CE Ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg, req. n° 141633 ; CE avis, sect. sociale, 10 juin 1994, n° 356101 ; CAA Bordeaux 7 mai 2015, Commune de Rivedoux-Plage, req. n° 13BX02005 ; TA Paris ord., 3 février 2009, Soc Ken Club, n° 0900393.

(1) CJA, art. L. 551-1.

(2) CJA, art. L. 551-5.

(3) CE 30 décembre 2014, Société SNC Armor, req. n° 355563.

(4) Ordonnance du 23 juillet 2015.

(5) CE Ass., 29 octobre 2004, Sueur et autres, req. n° 269814.

● Les concessions d'aménagement

L'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme dispose que : « L'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État (...) ». Ces concessions, qui portent sur des travaux et prestations de services, sont rangées par la jurisprudence dans les contrats de la commande publique⁽¹¹⁾. D'autre part, le Conseil d'État considère que relèvent du champ du référé précontractuel les contrats dont la passation est soumise – seulement – au respect des grands principes de la commande publique⁽¹²⁾.

Elles entrent donc dans le champ de la compétence du juge des référés.

● Les concessions d'outillage public

Les concessions d'outillage public sont assimilées à des délégations de service public, et relèvent de l'office du juge des référés⁽¹³⁾.

Les contrats exclus

Littéralement, les contrats d'occupation du domaine public ne sont pas visés par le référé précontractuel. Ils en sont donc exclus⁽¹⁴⁾. Pourtant, nombre de contrats d'occupation représentent de très forts enjeux économiques.

Même lorsque la personne publique a soumis spontanément son contrat d'occupation à des règles de mise en concurrence, le juge des référés précontractuel n'est pas compétent⁽¹⁵⁾, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur a choisi d'appliquer le Code des marchés publics.

Il reste que le juge des référés peut avoir à connaître d'un contrat qu'il s'agit de qualifier, pour en déduire que, si la convention n'est ni un marché, ni une délégation de service public, elle sera un contrat d'occupation ne relevant alors pas de l'article L. 551-1 ou 5 du CJA, et donc de la compétence du juge des référés.

La distinction est, à cet égard, tenue entre des contrats dont on se demande parfois à quelle catégorie ils appartiennent, en particulier lorsqu'un « droit d'exploitation » de nature économique est conféré par la personne publique.

Pour distinguer le marché du contrat d'occupation, le juge des référés vérifie que le contrat est « onéreux » et répond « aux besoins de la personne publique », qui donc, verse un prix au prestataire.

Le contrat sera un marché public de service si un prix est payé par le pouvoir adjudicateur ; il ne le sera pas si une redevance est versée, par l'occupant, à la personne publique⁽¹⁶⁾.

À la différence des marchés, c'est donc l'occupant qui verse une redevance en contrepartie d'un droit d'occuper, tandis que le marché implique que la personne publique verse un prix, en contrepartie d'une prestation qui lui est rendue en exécution du contrat. Ainsi en va-t-il en matière de mobilier urbain, lorsqu'il s'est agi de savoir si la renonciation à la perception de redevance constituait ou non un marché ou un contrat d'occupation. Et dès lors que le contrat répond « aux besoins de la personne publique », le contrat n'est pas un contrat d'occupation, mais un marché public⁽¹⁷⁾.

Certes, la contrepartie du prix peut se traduire par une renonciation à percevoir des recettes⁽¹⁸⁾.

La difficulté vient du fait que « le droit d'exploitation » peut porter sur le domaine public ou sur un service public : dans le premier cas, la personne publique fournit un service dont elle tire avantage économique ; dans le deuxième cas, c'est la personne publique qui bénéficie d'un service qu'elle a sollicité, le droit d'exploitation permettant au délégataire de se rémunérer.

Le juge des référés vérifiera donc quelle est la destination du « droit d'exploitation » résultant de la convention : s'il confie l'exploitation d'un service public⁽¹⁹⁾ répondant aux besoins de la personne publique, il s'agira alors d'une délégation de service public qui verra le juge des référés se déclarer compétent⁽²⁰⁾.

Si les contrats d'occupation sont exclus des référés précontractuels, la nouvelle ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 autorisera-t-elle à faire entrer certains contrats d'occupation dans la catégorie des contrats administratifs ayant pour objet « l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation », au sens de l'article L. 551-1 du CJA ?

(16) CE 14 novembre 2014, SMAEG, req. n° 373156.

(17) CE 4 novembre 2005, J-C Decaux, req. n° 247298 ; voir également dans le même sens, CE 15 mai 2013, Ville de Paris, req. n° 364593 : « la convention litigieuse n'a pas été conclue pour répondre aux besoins de la ville, et ne peut être, pour ce seul motif qualifiée de marché public ».

(18) CE 4 novembre 2005, J-C Decaux, req. n° 247298.

(19) CE 7 mars 2014, CHU de Rouen, req. n° 372897, à propos de prestations de communication considérées comme étant des missions de service public ; CE 19 janvier 2011, CCI de Pointe-à-Pitre, req. n° 341669 ; pour des exemples dans lesquels aucun service public n'a été délégué : CE 3 décembre 2010, Ville de Paris, req. n° 338272 ; CE 4 novembre 2005, Société JC Decaux, req. n° 247298 ; CE 15 mai 2013, Société J-C Decaux, req. n° 364593.

(20) CE 10 juin 2009, req. n° 317671.

(11) CAA Bordeaux 9 novembre 2004, Sodegis, req. n° 01BX00381 ; CJCE 18 janvier 2007, Auroux, aff. C-220/05 ; CE 18 novembre 2011, SNC Eiffage Aménagement, req. n° 342147.

(12) CE 29 juin 2012, Soc PRO 2C, req. n° 357976.

(13) CAA Bordeaux 13 mars 2012, Sté coopérative maritime Logicoop, req. n° 10BX02224.

(14) CE 10 mars 2006, Unibail mangement, req. n° 284802.

(15) CE 3 décembre 2014, Tisseo, req. n° 384170.

L'impact de l'ordonnance du 29 janvier 2016

L'article 5 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 dispose, en substance, que la « concession confie l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie, soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part de risque transféré au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service ».

L'article 6 II de l'ordonnance précitée précise que les concessions de service ont pour objet la gestion d'un service. Elles peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

« Le droit d'exploitation » du service ou de l'ouvrage peut résulter aussi bien d'un contrat d'occupation que d'une délégation de service public, le droit d'exploitation consistant en un pouvoir de gestion de l'ouvrage, incluant la possibilité, pour le concessionnaire, de mettre lui-même cet ouvrage à la disposition de l'utilisateur et de percevoir sur celui-ci un prix d'utilisation. Au contraire, une conception élargie, cette fois, retient l'existence d'un droit d'exploitation toutes les fois où le cocontractant dispose du droit de tirer un profit, d'une manière ou d'une autre, de l'ouvrage qu'il a réalisé.

Or, cette question de la définition du contenu et de l'étendue du droit d'exploitation revêt un caractère essentiel dans les qualifications des contrats.

Au regard des marchés publics

Au regard de la catégorie des marchés, la définition proposée par l'article 5 de l'ordonnance ne va pas changer les choses : depuis 2009^[21], la pleine mesure de cette notion de droit d'exploitation semble avoir été tirée par la jurisprudence communautaire, qui a parallèlement et mécaniquement modifié sa définition du marché public, en admettant qu'elle puisse recouvrir des contrats prévoyant une rémunération indirecte consentie par le pouvoir adjudicateur^[22]. À ce titre, la position de la Cour

de justice de l'Union européenne rejoint celle du Conseil d'État, qui a reconnu la qualification de marché public à certains contrats prévoyant un mode de rémunération indirect par la personne publique, et ce, aussi bien au regard du droit interne^[23], que du droit communautaire^[24].

Au regard des contrats d'occupation

Au regard de la qualification des contrats d'occupation, l'article 5 ne va pas modifier les choses puisque la définition de la concession repose sur l'idée de la réponse d'un besoin exprimé par le pouvoir adjudicateur (la « concession confie ») en contrepartie d'un droit d'exploitation conféré au délégataire ; c'est là la véritable différence entre concession et contrat d'occupation que l'article 5 ne remet pas en cause.

On y ajoutera, pour être complet, l'idée (centrale) de transfert de risque d'exploitation, également présente dans la jurisprudence, tant communautaire que nationale^[25], qui repose sur l'idée que le contrat qui transfère le risque économique n'est pas un marché public, mais une délégation de service public qui entre dans la compétence du juge des référés^[26].

M. Paolo Mengozzi, concl. sur CJUE 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH c./ Bundesanstalt für Immobilienaufgaben, aff. C-451/08, point 77.

[23] CE Sect., 4 novembre 2005, Société Jean-Claude Decaux, req. n° 247298, s'agissant d'un contrat chargeant le cocontractant de l'installation de mobilier urbain en contrepartie de l'abandon, par la commune, des recettes publicitaires et de l'exonération du cocontractant de la redevance domaniale.

[24] Cf. par ex. : CE Sect., 3 juin 2009, Commune de Saint-Germain-en-Laye, req. n° 311798, s'agissant d'un contrat prévoyant la réalisation, par le cocontractant, d'une opération d'aménagement en contrepartie d'un financement par l'exploitation d'une carrière.

[25] CJUE 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c./ Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau, aff. C-274/09, points 37-38 pour le principe, et 39-49 pour la mise en œuvre selon la méthode du faisceau d'indices ; M. Antonio La Pergola, concl. sur CJCE 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c./ BFI Holding BV, aff. C-360/96, point 27 ; CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, aff. C-458/03, point 40 ; CJCE 10 septembre 2009, WAZV Gotha c./ Eurawasser, aff. C-206/08, préc., point 77 ; sur ces points, cf. H. Séville, « Du risque d'exploitation réellement supporté par le délégataire du service public de transports urbains », concl. (contraires) sur TA Lyon 24 mars 2011, Régie départementale des transports de l'Ain, n° 0805377, AJDA 2011 p. 1510 ; sur la définition de la part du risque d'exploitation, voir également les conclusions de B. Dacosta sur l'arrêt précité CE 5 juin 2009, Société Avenance-Enseignement et Santé, req. n° 298641.

[26] TC 7 avril 2014, Société service d'édition et de ventes publicitaires (SEVP) c/Office du tourisme de Rambouillet et Société Axiom-Graphic, n° C3949.

[21] CJCE 10 septembre 2009, WAZV Gotha c./ Eurawasser, aff. C-206/08, point 53.

[22] M. Niilo Jääskinen, concl. sur CJUE 26 mai 2011, Commission européenne c./ Royaume d'Espagne, aff. C-306/08, points 86 et s. ;