

Revue

Lexbase Hebdo édition publique n°356 du 18 décembre 2014

[Contrats administratifs] Jurisprudence

Le champ d'application du référé précontractuel reste définitivement fermé aux conventions d'occupation domaniale, même en cas de soumission volontaire à une procédure formalisée

N° Lexbase : N5208BUG



par *Eve Derouesné, Avocat associé, et Benjamin Touzanne, Avocat, KGA Avocats*

Réf. : CE 2° et 7° s-s-r., 3 décembre 2014, n° 384 170, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A9087M4C](#))

Dans une décision rendue le 3 décembre 2014, le Conseil d'Etat a dit pour droit que le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour statuer sur une demande relative à la procédure de passation d'un contrat qui n'est pas au nombre des contrats mentionnés à l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (N° Lexbase : [L6261I3B](#)), y compris si la personne publique a choisi de se soumettre, sans y être tenue, à la procédure applicable aux marchés publics passés par des entités adjudicatrices.

Un établissement public à caractère industriel et commercial gère le transport public urbain de l'agglomération toulousaine en vertu d'une convention conclue avec le syndicat mixte des transports en commun de l'agglomération toulousaine.

Le 6 mars 2014, il a lancé une procédure négociée pour l'attribution de ce qu'il considérait sans doute être un marché public pour la commercialisation des espaces publicitaires des bus et des métros toulousains. Le lot litigieux porte sur la réalisation d'opérations publicitaires dans l'enceinte des stations des lignes A et B du réseau métropolitain. En contrepartie d'une exploitation exclusive de supports publicitaires et, contre le versement d'une redevance domaniale, le cocontractant devait s'engager à mener une activité de régie publicitaire.

En fin de procédure, l'établissement public ayant attribué ce lot à la société X, la société Y engage une procédure de référé précontractuel.

Considérant, d'une part, que le contrat était un marché public au sens du Code des marchés publics et, d'autre part, qu'agissant en tant qu'entité adjudicatrice en soumettant explicitement la procédure de passation à plusieurs

articles de la deuxième partie du code des marchés publics, l'établissement public avait commis un manquement puisque, en l'occurrence, il devait être considéré qu'il avait agi en tant que pouvoir adjudicateur, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a annulé la procédure de passation (1).

Saisi par l'établissement public et par la société attributaire, le Conseil d'Etat a, par la décision rapportée, cassé l'ordonnance du premier juge. Il a jugé que ce dernier avait commis une erreur de droit en se considérant compétent pour statuer sur la régularité d'une procédure de passation organisée en vue de la conclusion d'un contrat qui n'entre pas dans le champ du référé précontractuel, y compris si la personne publique a choisi de se soumettre, sans y être tenue, à la procédure applicable aux marchés publics.

I — Le contrat n'est pas un marché public

Depuis l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009, relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique (N° Lexbase : L1548IE3), les contrats dont la procédure de passation est susceptible de faire l'objet d'un référé précontractuel, font l'objet d'une définition légale propre. Ils ne sont plus nommément visés par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Il s'agit aujourd'hui "*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, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique*".

La définition légale retenue apparaît susceptible de faire entrer dans le champ de cet article plus de contrats administratifs que précédemment, en particulier ceux qui ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique formalisée. Ainsi, le rapporteur public Boulouis relevait que "*l'objectif poursuivi par l'adoption de cette définition générique est simple : prendre de court l'imagination déployée par les acteurs économiques, à l'étroit dans les catégories existantes de contrats de la 'commande publique' et prévenir des modifications récurrentes rendues nécessaires par l'élargissement lui-même récurrent de ces catégories*" (2).

Pour le cas particulier des marchés publics par exemple, alors que la définition réglementaire posée par l'article 1er du Code des marchés publics (N° Lexbase : L2661HPA) impose, en plus du critère financier, que l'objet du contrat *réponde aux besoins* des personnes publiques, cette notion n'apparaît pas expressément dans l'article L. 551-1 du Code de justice administrative.

Il y a donc une place entre les marchés publics ou les conventions de délégation de service public et les conventions d'occupation du domaine public conclues dans des secteurs très concurrentiels comme en l'espèce, et qui, pourtant, échappent totalement au formalisme et contrôle du juge du référé précontractuel, en l'absence de disposition législative ou réglementaire et de principe imposant à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable à la délivrance d'une autorisation ou à la passation d'un contrat d'occupation d'une dépendance du domaine public, ayant dans l'un ou l'autre cas pour seul objet l'occupation d'une telle dépendance (3).

Toutefois, cette décision confirme que le juge administratif persiste à recourir aux définitions légales ou réglementaires des contrats visés non-nominativement dans le Code de justice administrative.

Sur le fond, l'affaire se situe dans la lignée d'une évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de mobilier urbain. En effet, dans un arrêt resté célèbre du 4 novembre 2005, l'Assemblée du contentieux a jugé qu'un contrat portant sur la fourniture, l'installation et l'entretien sur le domaine public d'une commune d'éléments de mobilier urbain entre dans le champ d'application du Code des marchés publics, considérant que ce type de contrat pouvait être conclu à titre onéreux et pour répondre aux besoins de la personne publique (4).

Plus récemment, le Conseil d'Etat statuant sur un contrat de mobilier urbain dont l'objet portait sur des éléments d'affichage de programmes de théâtre, cirques et films d'art et d'essai à des tarifs préférentiels, a considéré que ledit contrat ne constituait pas un marché public. En l'espèce, si cette affectation culturelle répondait bien à un intérêt général s'attachant pour la ville à la promotion d'activités culturelles sur son territoire, elle ne concernait pas des activités menées par les services municipaux ou exercées pour leur compte, de sorte que le contrat ne pouvait être regardé comme ayant été conclu pour répondre aux besoins de la ville (5).

Suivant finalement cette dernière décision, le Conseil d'Etat a jugé, dans l'arrêt rapporté, que le contrat dont la procédure de passation avait été attaquée n'était pas un marché public dès lors qu'il ne satisfaisait pas à l'un des deux critères nécessaires à la qualification d'un tel contrat : la réponse aux besoins exprimés par l'établissement public.

Il juge, en effet, que la mission confiée par le syndicat mixte à cet établissement, de prendre en charge la gestion des espaces publicitaires, ne permettait pas, "*par elle-même*", de considérer que le contrat répondait aux besoins

de ce dernier. Par ailleurs, il a jugé que les stipulations du cahier des clauses particulières du marché en cause prévoyant que le titulaire devait s'engager à conserver à la disposition de l'établissement, plusieurs semaines par an, une partie des emplacements publicitaires, avaient pour objet *"de déterminer dans quelle mesure les supports publicitaires en cause sont mis à disposition du cocontractant pour son exploitation et non de définir un besoin propre de l'établissement public [...] en matière de services"*.

Tout comme la décision "Ville de Paris" de 2013 précitée (6), il est permis de considérer que le Conseil d'Etat adopte une acception assez restrictive de la notion de *"réponse aux besoins"* de la personne publique.

Il en tire, peut-être de manière regrettable, le constat de son incompétence.

II — La soumission volontaire à une procédure de passation contrôlée par le juge du référé précontractuel n'ouvre pas l'office de ce juge aux concurrents évincés

Se posait ensuite la question de savoir si l'absence de qualification en marché public suffisait à exclure l'application du référé précontractuel, en particulier lorsque la personne publique avait *"choisi"* de se soumettre à une procédure de passation associée à la procédure contentieuse du référé précontractuel.

La réponse apportée par le Conseil d'Etat est claire. Elle est négative : *"par suite, et alors même que l'établissement public [...] a choisi de se soumettre, sans y être tenu, à la procédure applicable aux marchés publics passés par des entités adjudicatrices, lesquels relèveraient au demeurant de l'article L. 551-5 (N° Lexbase : L6260I3A), le juge du référé précontractuel n'était pas compétent pour statuer sur la demande présentée par la société [Y]"*.

Pourtant, la soumission volontaire, si l'on peut dire en l'espèce, d'une personne publique à une procédure de passation, impose à cette dernière de la respecter. Le Conseil d'Etat juge ainsi depuis un arrêt d'Assemblée "Albert" du 22 juin 1963 (7).

Le juge administratif a étendu cette jurisprudence au contentieux des procédures de passation des contrats publics de sorte que, lorsqu'elle se soumet volontairement à une procédure de passation, la personne publique doit suivre cette dernière de manière régulière. Si tel n'est pas le cas, l'irrégularité ainsi commise peut entraîner l'irrégularité du contrat (8).

La possibilité pour le juge de contrôler la régularité d'une procédure volontairement suivie par une administration a même déjà été appliquée dans le cadre du référé précontractuel dans un arrêt du Conseil d'Etat du 25 juin 2004 "Société Colas SA", alors même que les règles du Code des marchés publics n'étaient pas applicables (9).

En 2008, le juge des référés a encore jugé que la soumission au Code des marchés publics, pourtant non applicable à l'étranger et dont les règles qu'il contient n'étaient pas applicables en dehors de l'Union européenne, d'un contrat qui, par voie de conséquence, n'en avait pas la nature, excluait la soumission de la procédure de passation au contrôle du juge des référés, dès lors que ce contrat n'était pas soumis à ce code *"ni par application de ce code, ni par la volonté de la personne publique"* (10).

Encore eut-il fallu que le contrat fût un marché public. C'est ce que laissait entendre les conclusions du rapporteur public Nicolas Boulouis, à l'époque : *"[Si], d'une part, le contrat projeté répond à la définition du marché public, d'autre part l'autorité administrative a clairement désigné les règles issues du Code des marchés publics qu'elle entend respecter au cours de la passation de ce marché, nous ne voyons pas de raison pour dire que le juge du référé précontractuel de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ne serait pas compétent pour connaître d'un litige relatif à l'attribution du marché. Inversement, dans l'hypothèse où il ne ressortirait pas des pièces du dossier que l'autorité administrative a voulu se conformer à l'une quelconque des règles de passation des marchés du Code des marchés publics, le juge de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative ne serait pas compétent"* (11).

Nous rappelons que les marchés publics étaient, à l'époque, nommément désignés à l'article L. 551-1.

Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Il est alors permis de s'interroger : est-il possible qu'un contrat n'entre pas dans la définition légale ou réglementaire donnée par les textes spécialisés, mais entre dans la définition légale du Code de justice administrative ?

Selon nous, la réponse devrait être positive et l'exemple en cause aurait pu en fournir une illustration. Le contrat administratif -par détermination de la loi puisque constitutif d'une occupation du domaine public-, ne répond certes pas à la définition retenue par l'article 1er du Code des marchés publics mais pourrait entrer, dans certains cas, dans la définition légale retenue à l'article L. 551-1, c'est-à-dire celle d'un contrat administratif *"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 [...]".

Lorsque la personne publique choisit de soumettre volontairement -ou est considérée comme avoir choisi de se soumettre volontairement-, à une procédure préalable à la conclusion d'un contrat intervenant dans un univers concurrentiel qui pourtant y échappe, elle doit respecter les règles qu'elle s'impose et commet des manquements à des obligations de publicité et de mise en concurrence, *a fortiori* si celles-ci ont été fixées par le pouvoir réglementaire ou législatif, comme c'est le cas des procédures de passation prévues pour les marchés publics.

Ici, l'objet du contrat est mixte, il y a bien à côté de la mise à disposition une demande de prestations de services tenant à la remise à disposition d'une partie d'espaces. Pour ces hypothèses de contrat mixte qui ont bien pour objet *notamment* une prestation de services, n'y a-t-il pas une place pour le juge du référé précontractuel ? En tous les cas, pour l'instant, la réponse est négative pour le Conseil d'Etat qui applique de manière implicite mais certaine la théorie de l'accessoire et du principal en ne s'éloignant pas de sa ligne jurisprudentielle (12).

Convenons, pour conclure, qu'il est regrettable de ne pas donner à ces contrats un juge efficace et de reléguer ceux-ci à des recours de second rang (recours en contestation de validité du contrat et référé suspension -dont l'urgence est extrêmement rarement admise-), alors même que la personne publique a procédé à la mise en œuvre d'une procédure de passation de commande publique.

Dans bien des cas, l'opérateur découvrira qu'il s'agit d'une *soumission volontaire a posteriori* et aura décidé de se porter candidat, puis aura mené toute la procédure de mise en concurrence en croyant disposer d'un recours en référé précontractuel à son issue en cas de rupture d'égalité...

L'occasion manquée était trop belle. Elle fait terriblement écho à ces mots du Professeur Chapus au sujet des personnes publiques qui se soumettent de manière volontaire à des règles : "*La liberté est une chose, la fantaisie en est une autre*" (13).

(1) TA Toulouse, 19 août 2014, n° 1 403 656.

(2) Conclusions prononcées dans l'affaire CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 341 669, mentionné aux Tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A1571GQA](#)).

(3) CE, Sect., 3 décembre 2010, n° 338 272, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A4439GMD](#)).

(4) CE, Ass., 4 novembre 2005, n° 247 298, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A2732DLR](#)).

(5) CE 2° et 7° s-s-r., 15 mai 2013, n° 364 593, publié au recueil Lebon (N° Lexbase : [A3193KDM](#)).

(6) CE 2° et 7° s-s-r., 15 mai 2013, n° 364 593, publié au recueil Lebon, préc..

(7) CE, 22 juin 1963, Albert, publié au recueil Lebon, p. 385.

(8) CE, 15 octobre 1982, n° 21 609 (N° Lexbase : [A2376ALL](#)).

(9) CE 2° et 7° s-s-r., 25 juin 2004, n° 261 264, inédit au recueil Lebon (N° Lexbase : [A8221DCH](#)).

(10) CE 2° et 7° s-s-r., 4 juillet 2008, n° 316 028, mentionné aux tables du recueil Lebon (N° Lexbase : [A4527D9K](#)).

(11) BJCP, 2008, n° 60, p. 355.

(12) Voir CE 2° et 7° s-s-r., 19 janvier 2011, n° 341 669, mentionné aux Tables du recueil Lebon, préc. : "*Considérant qu'il résulte de l'instruction que la convention envisagée par la chambre de commerce et d'industrie permet à son titulaire d'aménager et d'exploiter la boutique hors taxe de l'aéroport, cette autorisation d'occupation du domaine public étant assortie de prescriptions tenant à la qualité du service, à l'aménagement des horaires d'ouverture et à l'insertion du commerce dans la réalité locale, notamment par la réalisation d'une vitrine de promotion des produits locaux et la création d'un espace guadeloupéen et d'une case à rhum ; qu'à supposer même que ces obligations puissent être regardées comme relevant d'une mission de service public [...]; qu'ayant principalement pour objet l'occupation du domaine public aéroportuaire moyennant le versement d'une redevance, il ne s'agit pas non plus d'un contrat de prestation de services*".

(13) *Droit administratif général*, Tome I, n° 1223.