

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

Chronique de droit public des affaires (Juillet à novembre 2013)

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Chronique de droit public des affaires (Juillet à novembre 2013) », *Revue Lamy collectivités territoriales*, n°95, 2013. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Chronique de droit public des affaires (Juillet à novembre 2013)

I - DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

A - Textes et questions parlementaires

Le rehaussement des seuils des procédures de passation au 1^{er} janvier 2014.- Tous les deux ans, la Commission européenne modifie les seuils au-dessus desquels les procédures de passation deviennent « formalisées ». En France, cela signifie qu'en deçà de ces montants, les marchés sont des marchés à procédure adaptée (MAPA) et qu'au-dessus, ils ne peuvent prendre que certaines formes détaillées à l'article 26-I du Code des marchés publics (CMP). On y retrouve (1^o) l'appel d'offres ouvert ou restreint, (2^o) les procédures négociées de l'article 35, (3^o) le dialogue compétitif de l'article 36, (4^o) le concours de l'article 38 et (5^o) le système d'acquisition dynamique. La seule exception à l'application des MAPA est l'autre seuil le plus bas, fixé à 15 000 euros, en dessous duquel seuls les principes de la commande publique sont applicables (ce qui signifie qu'au fond, un minimum de publicité et de mise en concurrence est malgré tout requis).

Ces seuils sont fixés par un règlement de la Commission au niveau européen et sont intégrés dans les différents textes de la commande publique par décret (ce dernier modifiant notamment l'article 26 du CMP). Ces textes ne sont pas encore édictés, mais les seuils sont déjà connus : 207 000 euros HT pour les marchés de services et fournitures des collectivités territoriales, au lieu de 200 000 euros HT auparavant (134 000 euros HT au lieu de 130 000 pour ceux de l'État) et 5 186 000 euros HT pour les marchés de travaux des collectivités et de l'État, au lieu de 5 000 000 euros HT. Le seuil des marchés des entités adjudicatrices et ceux dans le domaine de la défense ou de la sécurité passe pour sa part de 200 000 euros HT à 414 000 euros HT, une évolution exceptionnelle et notable.

Il s'agit donc d'un rehaussement de seuil et, dans le cadre de la faible inflation actuelle, il est possible de l'analyser comme la volonté de la Commission de laisser des marges de manœuvre aux collectivités qui pourront ainsi passer un plus grand nombre de marchés en MAPA. Une liberté qu'il faut pourtant savoir utiliser. Le bon acheteur étant celui qui adapte réellement la procédure et ne se contente pas de calquer un appel d'offres en pensant ainsi ne pas engager sa responsabilité. Le relèvement attendu incite donc au contraire à utiliser de plus en plus des techniques d'acheteurs et à sortir de la simple application de procédure. Le métier se professionnalise, et c'est heureux pour les finances publiques et la qualité des achats.

Réglementation relative aux accords-cadres (Rép. min. à QE n° 32666, JOAN Q. 13 août 2013, p. 8758). - Les accords-cadres sont des procédures relativement jeunes, si l'on veut bien excepter les marchés à bons de commande qui sont des accords-cadres au sens du droit de l'Union européenne. Des questions se posent donc à leur égard sur bien des points. Parmi celles-ci trois ont été posées au ministre de l'Économie. La première porte sur les possibilités qu'il y a à céder un accord-cadre ou l'un de ses marchés subséquents. La réponse du ministre est paradoxale, mais compréhensible. Il insiste en effet sur le fait que l'accord-cadre est un « système clos » ou « fermé » pour dire que les opérateurs choisis lors de la passation de l'accord-cadre sont les seuls à pouvoir prétendre participer aux marchés subséquents. Cependant, il estime qu'il faut appliquer le droit classique des contrats publics et permettre la cession, non seulement

des accords-cadres, mais aussi des marchés subséquents. La réponse rappelle toutefois les conditions classiques des transferts de contrats : il faut que celui-ci se fasse par avenant tripartite (le cédant, le cessionnaire et la collectivité) et que cet avenant ne porte pas atteinte à l'économie générale du contrat. La réponse fait référence aux éléments essentiels du marché : « *tels que la durée, le prix ou la nature des prestations* » en renvoyant expressément à l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 (CE, 8 juin 2000, n° 364803), mais aussi aux capacités techniques et financières du cocontractant, des éléments classiques que contrôle la personne publique en cas de cession. En réalité, il nous semble qu'il faille interpréter cette réponse comme voulant dire que le cessionnaire du contrat doit remplir les mêmes conditions que celles requises pour le conclure initialement. Il faut en effet rappeler que le droit des cessions de contrat a été créé à une époque où les principes de la commande publique n'existaient pas et il ne peut aujourd'hui être interprété qu'à l'aune de ceux-ci. Sur ce point la réponse est en effet légère. Que faire si un candidat évincé lors de la mise en concurrence initiale remplace l'un de ceux qui ont emporté l'accord-cadre, mais qu'un autre (éventuellement mieux noté) n'est pas proposé pour remplacer celui qui ne peut ou ne veut plus répondre ? Il nous semble qu'il y a là une remise en cause de la mise en concurrence initiale qui mériterait une annulation de l'avenant, au moins, et vraisemblablement du contrat initial s'il a été exécuté.

Pour ce qui concerne les autres questions, elles portaient sur la résiliation des accords-cadres ou des marchés subséquents. Là encore, le ministère raisonne par analogie avec la théorie classique des contrats publics. Il estime que ces deux actes sont des contrats et qu'il est possible de résilier un accord-cadre avec l'un seulement des attributaires ou avec tous. Il s'agit là d'une position originale qui considère en quelque sorte l'accord-cadre comme plusieurs contrats et non comme un seul. En effet, s'il s'agissait d'un seul contrat, alors il n'y aurait pas résiliation, mais modification unilatérale dans ce cas. Cela étant, les conditions de la modification et de la résiliation ne sont pas tellement éloignées. Plus logiquement, il ouvre la possibilité de résilier l'accord-cadre et les marchés subséquents, ou seulement tous ou certains de ces derniers. Une réponse qui n'a pas dû éclairer autant qu'il l'espérait l'auteur de la question.

B - Jurisprudence

Distinction des contrats administratifs et de droit privé : inapplication de la théorie de l'accessoire entre les contrats de vente d'électricité et de raccordement au réseau (T. confl., 8 juill. 2013, n° 3906, Sté d'exploitation des énergies photovoltaïques).- Les contrats entre personnes privées peuvent parfois être des contrats administratifs. Cette situation juridique est cependant très rare, le critère organique prenant une part essentielle dans la définition des contrats administratifs, à l'inverse de la situation des actes administratifs unilatéraux qui sont bien plus souvent édictés par des personnes privées. Les exceptions à ce caractère de droit privé des contrats entre personnes privées se comptent - exactement - sur les doigts d'une main, si l'on excepte les hypothèses de qualification directe par la loi. Le premier est le cas des mandats de l'article 1984 du Code civil. Lorsqu'une personne publique donne un mandat explicite à une personne privée, cette personne agit « *au nom et pour le compte de la personne publique* » et le contrat conclu entre le mandataire et l'autre personne privée est en réalité conclu entre le mandant (la personne publique) et la personne privée. Formellement, il s'agit d'un contrat conclu entre deux personnes privées, mais au fond, il s'agit d'un contrat dont l'une des parties est publique et qui peut donc avoir le caractère de contrat administratif (CE, 18 déc. 1936, Prades). La deuxième possibilité est le mandat tacite. Dans ces hypothèses, sans que le mandat soit formellement matérialisé, on va aussi considérer la personne privée comme « transparente ». Le contrat va donc en réalité être conclu par la personne publique et il pourra être administratif (cf. T. confl., 5 juill. 1975, Cne D'Agde et CE, 30 mai 1975, Sté d'équipement de la région montpelliéraine). La troisième hypothèse est aussi rattachée aux mandats, mais il s'agit ici de mandats particuliers au droit administratif qui ne sauraient être reconnus

comme des mandats au sens du Code civil. Le Tribunal des conflits a en effet estimé que certaines matières relevaient par nature de l'État et que les contrats conclus entre personnes privées prenaient un caractère administratif. Ainsi en est-il des contrats relatifs aux travaux autoroutiers (T. confl., 8 juill. 1963, Sté Entreprise Peyrot) ou à la construction et l'exploitation des ouvrages routiers (T. confl., 12 nov. 1984, SEM du tunnel Ste Marie-aux-Mines). La quatrième possibilité de voir un contrat entre personnes privées être qualifié de contrat administratif ne touche que les anciens établissements publics transformés en sociétés anonymes. Dans une décision du 16 octobre 2006 (T. confl., 16 oct. 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français), le Tribunal des conflits a en effet estimé que les contrats conclus par des établissements publics restaient des contrats administratifs malgré leur transformation en sociétés commerciales. La possibilité que cela pourrait donner à ces sociétés commerciales d'utiliser les modifications et résiliations unilatérales propres aux contrats administratifs n'est pas sans poser des interrogations théoriques et pratiques importantes. Enfin, la cinquième hypothèse est celle abordée dans l'arrêt présenté : le caractère accessoire du contrat en cause par rapport à un autre contrat administratif. L'arrêt commenté pose très clairement - bien qu'incomplètement - la situation : « *Considérant que les contrats conclus entre personnes privées sont en principe des contrats de droit privé, hormis le cas où l'une des parties agit pour le compte d'une personne publique ou celui dans lequel ils constituent l'accessoire d'un contrat de droit public* ». La question qui se pose en l'espèce est effectivement celle du contrat « accessoire » à un contrat administratif. Une nouvelle fois, c'est EDF qui apporte sa pierre au droit des contrats administratifs. Le rachat de l'électricité par EDF est en effet une question ancienne (on se souvient de l'arrêt CE, sect., 19 janv. 1973, Sté d'exploitation de la rivière du Sant qui avait utilisé le critère de l'« ambiance de droit public » pour qualifier de contrats administratifs ces contrats de rachat), mais elle a été relancée ces dernières années par le développement des énergies propres et la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 imposant le rachat des énergies renouvelables à des conditions tarifaires très intéressantes. L'objectif était d'atteindre le seuil européen de 20 % d'énergie issue de ces sources, la France étant même plus exigeante en se fixant une limite minimale de 23 %. Dans l'arrêt du Tribunal des conflits du 8 juillet 2013, la SEEP avait exercé des recours afin de se voir accorder un raccordement au réseau électrique avant que les tarifs ne baissent de manière importante à la suite d'un décret du 9 décembre 2010, décret qui avait conduit ERDF à suspendre les raccordements. Mais tant le tribunal de commerce de Nîmes que le tribunal administratif de Paris s'étaient déclarés incompétents. Le conflit de compétence devait donc faire l'objet d'une solution par le Tribunal des conflits.

Le système de rachat de l'électricité fait l'objet de deux contrats : d'une part un contrat liant la société produisant de l'énergie avec ERDF en tant que gestionnaire du réseau, pour le raccordement de l'installation photovoltaïque sur le réseau national d'électricité ; d'autre part le contrat liant cette même société EDF fixant les tarifs du rachat obligatoire de cette électricité, dit « contrats de rachat ». Ce dernier contrat est un contrat administratif par qualification législative, comme le dit expressément l'article L. 314-7 du Code de l'énergie, repris lui-même de la loi Grenelle 2 du 12 juillet 2010 (avec des problèmes d'inconventionnalité de l'application rétroactive de ce texte, cf. T. confl., 5 mai 2012, n° 3843, Sté Baryflor c/ EDF). Avec la fin du statut d'EPIC (établissement public industriel et commercial), l'arrêt « Société d'exploitation de la rivière du Sant » dans lequel il manquait simplement un critère matériel n'était plus applicable et l'arrêt du Conseil d'État « Société Bioenerg » (CE, 10 juill. 2010, n° 333275) avait qualifié ces contrats de droit privé. Pour autant, le Code de l'énergie ne qualifie de contrat administratif que ce premier contrat liant EDF et le producteur. La question qui se posait dans l'arrêt « SEEP » était donc celle de savoir si le caractère administratif de ce contrat impliquait le caractère administratif du contrat de raccordement, lui aussi conclu entre deux personnes privées : le producteur indépendant et ERDF.

La seule possibilité pour que ce contrat de raccordement soit administratif était de le considérer comme un contrat « accessoire » du contrat de rachat, seul qualifié d'administratif par la loi. En effet, l'hypothèse du mandat est exclue dans la mesure où, comme dans l'arrêt « Société Bioenerg », ERDF est considéré comme agissant pour son propre compte et non à la suite d'un mandat (quelle qu'en soit sa nature) d'une personne publique. L'adage « *accessorium sequitur principale* » est en effet parfois appliqué en droit public. On cite généralement à cet égard l'arrêt « SA de banque Le crédit du Nord » (CE, sect., 13 oct. 1972, n° 79499) qui estime qu'un contrat mettant en place une caution à un marché public est administratif comme étant l'accessoire du marché lui-même. La jurisprudence administrative sur l'application de cette théorie est parfois difficile à rendre cohérente, mais en substance, « *le juge analyse donc la relation qu'il est susceptible d'entretenir avec le contrat principal et recherche si ce dernier est la raison d'être du contrat accessoire* », comme le dit Grégory Mollion (La théorie de l'accessoire dans les contrats publics, Contrats marchés publ. 2009, n° 8-9, p. 9.). En l'espèce, la solution prise par le Tribunal des conflits - estimant que le contrat de raccordement n'est pas l'accessoire du contrat de rachat - n'est donc pas si évidente. Il ne serait pas incongru en effet de considérer que sans raccordement le contrat de vente ne peut être conclu et que cela suffit à considérer ce premier contrat comme l'accessoire du contrat de vente. Un point particulier pourrait militer dans le sens d'une compétence judiciaire : pourquoi le législateur n'a-t-il pas étendu au contrat de raccordement le caractère administratif qu'il a lui-même imprimé au contrat d'achat ? La création de ce petit « bloc de compétence » était pourtant utile pour éviter que les requérants n'aient à porter les opérations de raccordement et rachat devant des juges différents.

La complexité de la commande publique s'affiche sur les colonnes Morris (CE, 15 mai 2013, n° 364593, Ville de Paris).- La complexité de la commande publique s'affiche sur les « colonnes Morris » ! Ces éléments de mobilier urbain permettant la publicité des spectacles culturels de la capitale sont en effet concédés depuis 1868 (à l'époque à l'imprimeur Gabriel Morris qui leur a donné leur nom). Aujourd'hui, le contrat pour l'exploitation des 550 colonnes et 700 mâts porte-affiche lie la ville de Paris avec la Société JC Decaux depuis le 18 octobre 2005. Cette convention a été contestée par la société CBS Outdoor, concurrente évincée de la procédure d'appel d'offre qui avait été mise en place par la ville de Paris. Cette procédure avait été faite préventivement dans un contexte doctrinal contestant le caractère de simple convention domaniale aux contrats de mobilier urbain et ayant fini par des décisions du Conseil d'État les qualifiant de marchés publics (CE, ass., 4 nov. 2005, n° 247298 et n° 247299, Sté JC Decaux ; AJDA 2006, p. 120, Ménéménis A. ; Contrats marchés publ. 2005, repère 10, Llorens F. et Soler-Couteaux P. ; Dr. adm. 2005, comm. 25, note Auby J.-B., Dr. adm. 2006, chron. 6, note Brenet F. ; JCP A 2005, n° 1831, note Linditch F.).

Le contrat en cause a subi un parcours contentieux pour le moins original puisque le tribunal administratif a en effet annulé la délibération de la Ville de Paris relative à ce contrat (l'arrêt CE, ass., 16 juill. 2007, Tropic Travaux Signalisation, n'avait pas été rendu avant le recours) en considérant qu'il s'agissait d'une délégation de service public et que la procédure des articles L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) n'avait pas été suivie (TA Paris, 24 avr. 2009, Sté CBS Outdoor). L'appel interjeté, la cour administrative d'appel de Paris a annulé le jugement en considérant, comme le Conseil d'État quelques années auparavant, qu'il s'agissait d'un marché public (CAA Paris, plén., 17 oct. 2012, n° 09PA03922, Ville de Paris ; CP-ACCP 2013, n° 128, p. 74, note Cattier R. ; AJDA 2012, p. 2323, concl. Dewailly S.).

Le Conseil d'État prend en l'espèce une solution encore différente en considérant que ce contrat est bien

une « simple » occupation du domaine public. La proximité avec l'autre arrêt - très contesté - « Ville de Paris » à propos du Stade Jean Bouin (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, Ville de Paris, Assoc. Paris Jean Bouin, Sté Paris Tennis) est d'ailleurs notable et la motivation est en grande partie reprise de cet arrêt. Pour conclure ainsi, le Conseil d'État écarte d'abord la qualification de marché public dans des termes qui nous semblent parfaitement contestables et même dangereux pour la cohérence de la jurisprudence. Le fait que les juges de l'affaire aient chacun qualifié différemment ce contrat est particulièrement topique du manque de cohérence de la jurisprudence et de la confusion qui règne au sein même de ceux qui doivent éclairer les textes, et qui en l'espèce les obscurcissent. Deux éléments de la qualification de marché public sont présentés comme manquants. D'abord le fait que le contrat ait en grande partie (475 dispositifs d'affichage sur 1 200) pour objet de faire de la promotion « *d'activités culturelles sur son territoire, il est constant qu'elle ne concerne pas des activités menées par les services municipaux ni exercées pour leur compte* ». La différence avec l'arrêt « Decaux » de 2005 était donc que l'objet du contrat n'était pas de diffuser des contenus relatifs à la « *matière d'information municipale, de propreté et de protection des usagers des transports publics contre les intempéries* ».

La différence est ténue et il est bien certain que si c'est cela qui différencie les contrats, on se trouve face à des risques d'instabilité contractuelle forte. Ensuite, plus avant dans l'arrêt, le Conseil interprète le mode de financement du contrat afin de juger de son caractère « onéreux » au sens du Code des marchés publics. Il tire du fait qu'il n'y a pas d'abandon de recette, mais une rémunération de la personne publique en fonction des recettes des affichages, que le caractère « onéreux » est absent. On ne peut qu'être étonné de cette solution qui nous semble contraire à l'apport même de l'arrêt de 2005 relatif aux contrats de mobilier urbain que la doctrine interprète unanimement comme signifiant que l'abandon du critère du prix comme un paiement direct de la part de la personne publique.

Par ailleurs, nier le fait que l'abandon de recette est un prix signifie donc que l'on considère que, par nature, le domaine n'est pas un revenu naturel. Que le revenu qu'il procure est une sorte de bonus qui n'est pas une conséquence de la propriété du domaine. C'est oublier un peu vite que l'un des démembrements de la propriété s'appelle le *fructus*... est que l'on peut ne pas avoir de *fructus* issu de la propriété, mais que s'il y en a, il est un revenu du titulaire du domaine. Donc l'abandonner est un prix (sur une interprétation étonnante des commentateurs officiels, cf. AJDA 2012, p. 1274). Plus encore, l'arrêt de 2013 nous semble contraire à la jurisprudence de la Cour de justice qui a même qualifié de contrat conclu « à titre onéreux » un contrat qui ne remboursait que les frais du service (CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-159/11, Azienda Sanitaria Locale di Lecce).

Le Conseil d'État reprend le même raisonnement de l'absence de service public délégué pour nier au contrat la qualité de délégation de service public. Il est vrai que rien ne laisse entendre que la ville de Paris ait octroyé contractuellement à la société JC Decaux des prérogatives de puissance publique, ni même que l'organisation du service soit marquée par la présence des éléments propres à créer un service public au sens de l'arrêt « APREI », cette dernière hypothèse n'étant cependant pas exclue (CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, qui précise qu'une personne privée peut être considérée comme chargée d'un service public si « *eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission* »). Il est cependant indéniable qu'il y a bien dans ce contrat une part de service, et que celui-ci visant à développer la création artistique et l'accès et l'information des habitants de Paris aux spectacles vivants, le service public ne dépendrait que des conditions dans lesquelles le service est rendu. C'est

d'ailleurs dans ce sens que le tribunal administratif avait tranché avant d'être démenti par une analyse précise des clauses par la cour administrative d'appel de Paris.

Restait donc la qualification de contrat d'occupation domanial, que retient finalement le Conseil d'État. Si tel est la solution retenue, nos critiques suivront celles de bien d'autres dans la doctrine (nombreuse, que l'on retrouvera dans la thèse de Comellas S., *Domaine public et droit de la concurrence*, Toulouse 1, Dactyl. 2012) pour considérer que l'arrêt « Ville de Paris » relatif au stade Jean-Bouin dont la solution est réitérée ici porte en lui une résistance incompréhensible. Comment en effet justifier l'absence de mise en concurrence face aux principes de la commande publique qui ont vocation à s'appliquer largement (cf. Cons. const., 26 juin 2003, n° 2003-473 DC), idée renforcée par le fait que l'arrêt « Telaustria » de la Cour de justice a lui aussi cette vocation. Or, comme le dit implicitement le Conseil d'État, l'activité de publicité sur les colonnes est une activité économique, et au minimum une « *concession de service* » (sans que la qualification de service public soit nécessaire en droit de l'Union européenne) à laquelle ces principes s'appliquent. Espérons que la prochaine directive « concession » viendra apporter des éclaircissements sur ces définitions, auquel cas cet arrêt pourrait être le dernier de son genre.