

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 7 septembre 2016
Lecture du 21 septembre 2016 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Les affaires qui viennent d'être appelées vous permettront d'apporter deux précisions à vos jurisprudences relatives d'une part à la recevabilité du référé précontractuel, d'autre part aux contraintes qui s'imposent à la collectivité au moment de définir le contenu du service ou des services qu'elle entend déléguer.

La communauté urbaine du Grand Dijon (CUGD) a publié au mois de juillet 2015 un avis d'appel à la concurrence en vue de la conclusion d'une délégation de service public d'une durée de 6 ans « portant sur l'exploitation des services de la mobilité » sur son territoire et comprenant principalement la gestion et l'exploitation du service public de transport urbain (tramway et bus), l'aménagement et l'exploitation d'un système de location de vélos, l'exploitation et la commercialisation de 9 parcs de stationnement, la gestion du service de stationnement payant sur voirie et l'exploitation du service de fourrière automobile. D'autres prestations plus accessoires étaient également incluses dans ce contrat, sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir.

Seules deux sociétés se sont portées candidates. Presque neuf mois après la date limite de remise des offres, alors que les négociations avec les candidates étaient en cours, trois sociétés, Q Park, Indigo infra et SAGS, spécialisées dans l'exploitation de parcs de stationnement, ont saisi le juge du référé du TA de Dijon de conclusions tendant à l'annulation de la procédure. Il y a fait droit par une ordonnance du 25 avril 2016 contre laquelle la CUGD et la société Kéolis, par deux requêtes que vous pourrez joindre, se pourvoient en cassation. Leurs moyens sont très proches.

La CUGD a lancé une nouvelle procédure à la suite de cette annulation, qui a de nouveau été annulée par le juge du référé précontractuel, dont l'ordonnance fait l'objet d'un pourvoi en cassation pendant devant vous. Non seulement le périmètre de la concession était sensiblement différent, mais aucun contrat n'a été conclu au terme de cette nouvelle procédure. Le pourvoi contre l'ordonnance initiale conserve donc son objet, contrairement à ce que soutiennent les sociétés défenderesses.

Vous écarterez tout d'abord la fin de non recevoir soulevée par la société Indigo infra à l'encontre du pourvoi formé par la société Kéolis et tirée de ce que cette société ne s'étant présentée devant le juge du référé qu'en qualité d'intervenante en défense, elle n'aurait pas qualité pour se pourvoir en cassation contre l'ordonnance.

Toutefois, si en principe seules les parties à l'instance peuvent se pourvoir en cassation contre la décision à laquelle cette instance a donné lieu (20 décembre 2000, *cne de Ville d'Avray*, n° 209329, T. p. 1194) et qu'un intervenant n'est pas une partie (19 janvier 1994, *M. P...*, n°143421, T. p. 1120), vous admettez qu'un intervenant puisse se pourvoir en cassation lorsqu'il aurait eu qualité, s'il n'était pas intervenu, pour former tierce opposition contre la décision (Sect, 9 janvier 1959, *Sieur H...*, n° 41383, p. 23 ; 3 juillet 2000, *Syndicat des pharmaciens du Nord*, n° 196259, T. p. 1194 ; Sect, 26 février 2003, *M. et Mme B...*, n°231558, p. 59, pour le pourvoi en cassation). Cette solution s'explique aisément : peuvent former tierce opposition les personnes aux droits desquelles la décision litigieuse préjudicie (art R. 832-1 du code de justice administrative), c'est-à-dire ceux qui auraient dû être parties à l'instance, auxquels la juridiction aurait dû notifier la requête afin de les constituer défendeurs. Leur intervention spontanée en défense répare cet oubli et il est logique qu'elles bénéficient des mêmes droits de contester la décision rendue que si elles avaient été appelées à l'instance par la juridiction.

En l'espèce, l'ordonnance attaquée, qui annule une procédure d'attribution d'une délégation de service public, nous paraît préjudicier aux droits de la société Kéolis qui était l'une des deux candidates à avoir remis une offre. Les droits auxquels la décision doit porter préjudice pour que puisse être formée contre elle un recours en tierce opposition ne sont pas nécessairement des droits acquis mais plutôt une vocation suffisamment sérieuse à accéder à une situation juridique¹. Elle doit cependant être plus forte qu'un simple intérêt, qui peut donner qualité à intervenir mais pas à faire tierce opposition².

L'application de ces principes à la contestation d'une ordonnance rendue en référé précontractuel doit tenir compte de la particularité d'une décision qui porte sur la procédure d'attribution d'un droit et intervient avant qu'il soit conféré. Vous avez ainsi admis que le candidat sélectionné pouvait faire tierce opposition contre une ordonnance de référé précontractuel annulant la procédure dont il est sorti victorieux, alors même qu'il ne peut encore se prévaloir d'aucun droit à l'obtention du contrat, que la personne publique peut toujours décider de ne pas conclure (15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (SIAEP) de Saint-Martin-en-Ré*, n° 228856, aux T). Le candidat qui a remis une offre dont il n'est pas allégué qu'elle était irrecevable et qui est en cours de négociation n'a certes pas une vocation aussi forte à l'attribution du contrat que le candidat sélectionné, mais il a une chance d'obtenir le contrat, chance en l'espèce d'autant plus sérieuse qu'il n'a qu'un seul concurrent, de sorte qu'il nous semble possible de reconnaître que l'annulation de la procédure préjudicie à son droit à ce qu'elle soit menée à son terme.

Le premier moyen des pourvois est dirigé contre les motifs par lesquels le juge du référé a écarté la fin de non recevoir soulevée par les sociétés Effia et Kéolis et tirée de ce que les sociétés requérantes n'ayant pas déposé d'offres ni démontré avoir été dissuadées de le faire, elles n'étaient pas été recevables à agir. L'auteur de l'ordonnance attaqué leur a répondu que « les trois sociétés requérantes ont un intérêt à contester la conclusion de la convention en litige car, de part leur spécialité, elles avaient vocation à candidater au moins pour la partie stationnement des missions déléguées ».

¹ M. Waline, note sous Ass, 29 oct 1965, Dame Béry, p. 565, cité par D. Piveteau dans ses conclusions sur CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'adduction d'eau potable (SIAEP) de Saint-Martin-en-Ré*, n° 228856, aux T.

² Cf. conclusions R. Keller sur 17 juillet 2013, *cté d'agglomération du Douaisis*, n° 347089, aux T.

Il a expressément justifié cette solution en interprétant votre décision du 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe (SYVADE)* (n° 386748, aux T) à la lumière de nos conclusions, dont il a, ce qui est assez original, cité un extrait, mais que malheureusement, du moins pour la validité juridique de son raisonnement, vous n'aviez pas suivies. Vous avez jugé, par cette décision qui est notamment fichée sur ce point, « que toute personne est recevable à agir, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, lorsqu'elle a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat, y compris lorsqu'elle n'a pas présenté de candidature ou d'offre si elle en a été dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ». La définition de l'intérêt pour agir qui résulte de ces motifs lève une ambiguïté tenant à la rédaction d'une décision *société Koné* du 1^{er} juin 2011 (n° 346405, au rec sur un autre point), qui pouvait être lue comme déniait tout intérêt pour agir à une personne qui n'avait pas candidaté, en rappelant que cette seule circonstance ne saurait par elle-même faire obstacle à ce qu'elle conteste une procédure à laquelle elle n'a pas participé, mais ajoute aussi une condition à la reconnaissance de cet intérêt dans ce cas, condition tenant à ce qu'elle en ait été "empêchée ou dissuadée par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque ». Or cette dernière précision ne figurait pas dans l'état antérieur de votre jurisprudence, résultant de votre décision du 8 août 2008, *Région Bourgogne* (n° 307143) qui posait comme seul critère d'appréciation de l'intérêt pour agir la vocation de la requérante, au regard de sa spécialité, à exécuter le contrat. Nos conclusions ne vous invitaient qu'à rappeler cet état antérieur afin de corriger la motivation trop générale de la décision *société Koné*, sans prendre en considération au stade de la recevabilité du recours les raisons pour lesquelles cette vocation n'avait pu se concrétiser, mais à tenir compte de ces raisons pour apprécier la lésion qu'elle a subi du fait des manquements qu'elle invoque afin de décider si elle peut utilement s'en prévaloir (Sect, 3 oct 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, p. 324). Cette répartition nous paraissait plus conforme au principe traditionnel selon lequel la recevabilité du recours s'apprécie au regard des conclusions et non des moyens. Mais cette distinction tend à s'estomper dans le contentieux contractuel et votre décision, comme votre jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*, consacrent une rigueur dans l'appréciation des intérêts susceptibles de donner qualité pour agir. La règle est désormais qu'une société qui ne s'est pas portée candidate à l'attribution d'un contrat ne peut contester la procédure que si elle avait vocation à l'exécuter et qu'elle justifie avoir été empêchée ou dissuadée de le faire par les manquements qu'elle invoque. Nous ne sommes toujours pas convaincus de la portée de cette évolution, puisque de toute façon cette démonstration doit toujours être faite, et de manière plus approfondie, au stade de l'opérance du moyen, ainsi que cela ressort de la décision *SYVADE*. Mais il ne fait aucun doute que l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit en n'appréciant la recevabilité des sociétés requérantes au seul regard de leur objet social.

Nous vous proposons donc d'annuler l'ordonnance pour ce motif, ce qui vous dispensera d'examiner les nombreux autres moyens des pourvois. Mais vous retrouverez l'intéressante question des contraintes qui s'imposent à la personne publique lors de la détermination de l'objet de la délégation de service public en réglant l'affaire au titre de la procédure de référé.

Vous devrez tout d'abord statuer sur la fin de non recevoir écartée par le premier juge en faisant application du double critère d'appréciation de l'intérêt pour agir que nous venons de rappeler. Il nous semble satisfait. Non seulement la spécialisation des trois sociétés dans l'exploitation de parcs de stationnement leur donnait vocation à exécuter certaines prestations du contrat, mais elles faisaient valoir que la réunion dans un contrat unique de services aussi importants que différents, réunion qui, selon elles, méconnaît les principes de liberté et d'égal

accès à la commande publique, ne leur avait pas permis de se porter candidates. Une d'entre elles, la société SAGS, indiquait même avoir proposé en vain à la société Transdev de s'associer à elle pour présenter une offre commune.

Nous ne pensons pas qu'il faille exiger davantage des requérantes, au stade de la recevabilité de leur recours, que d'invoquer des manquements de nature à les avoir empêché ou dissuadé de présenter une offre, sans avoir à démontrer qu'ils ont eu effectivement cet effet, car alors cela reviendrait à confondre purement et simplement condition de recevabilité du recours et bien fondé et opérance des moyens. En contestant l'ampleur du périmètre de la délégation de service public et en faisant valoir que, compte tenu de leur spécialité qui ne leur donnait vocation à l'exécution que de certaines prestations, elles n'avaient pu se porter candidates, les sociétés requérantes démontrent suffisamment leur intérêt à demander l'annulation de la procédure.

La plupart des moyens soulevés par les sociétés requérantes tendent à contester l'ampleur de l'objet de la délégation de service public. Ils vous donneront l'occasion de rappeler les règles qui s'imposent à la personne publique dans la détermination du périmètre de la convention qu'elle entend conclure.

Ces règles établissent trois catégories de contraintes, matérielle, financière et procédurale.

La première est relative à l'objet du contrat. Outre la prohibition générale de déléguer l'exécution de missions régaliennes qui ne peuvent être exercées que par des personnes publiques, la délégation de service public soumise aux dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 29 janvier 2016 doit porter sur un service public. Vous vérifiez que les activités déléguées constituent l'exécution de tout ou partie d'un service public et, pour celles qui n'ont pas ce caractère, qu'elles sont le complément normal et nécessaire de l'exécution du service public délégué (Sect, 18 décembre 1959, *Sieur D... et autres*, n° 22536, p. 692 : locations de longue durée jugées complémentaires à l'exploitation d'un parc souterrain ; 28 juin 2006, *Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la moyenne vallée du Gier*, n° 288459 : activités formant partie du service public ; 13 juillet 2012, *Cne d'Aix-en-Pce*, n° 358512, T. p. 841 : activités de service public et d'intérêt général dont l'ensemble constitue une mission de service public). Votre appréhension de l'objet de la délégation de service public est globale et seule l'inclusion d'activités sans aucun rapport avec les services publics délégués pourrait être censurée. Cette contrainte est désormais encore plus légère depuis que l'ordonnance du 29 janvier 2016 permet aux personnes publiques de concéder des services qui n'ont pas nécessairement à recevoir la qualification de service public.

Outre cette condition propre à la délégation de service public qui imposait de ne déléguer qu'un service public ou un service complémentaire à un service public, aucune disposition ne limite le pouvoir de la personne publique de définir l'objet de la convention qu'elle entend passer. La loi Sapin ne comportait aucune disposition applicable aux délégations de service public semblable à l'ancien article 10 du code des marchés publics ou à l'article 32 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui obligent en principe les pouvoirs adjudicateurs à passer leurs marchés en autant de lots séparés qu'il y a de prestations distinctes, afin de susciter la plus large concurrence. Ni la directive 2014/23 du 26 février 2014 relative aux contrats de concession, ni l'ordonnance du 29 janvier 2016 qui la transpose ne contiennent une telle obligation, cette dernière envisageant d'ailleurs plusieurs hypothèses de contrats mixtes portant sur plusieurs activités (art 20 et suivants).

Ni vous, ni la Cour de justice de l'Union européenne n'avez jamais tiré des principes généraux de la commande publique une obligation générale d'allotir qui s'imposerait aussi aux délégations de service public. La règle de l'allotissement des marchés publics réserve d'ailleurs de nombreuses possibilités de dérogation. Nous ne voyons donc pas comment vous pourriez, de manière prétorienne, imposer une telle contrainte au nom d'une ouverture à la concurrence alors que les normes en vigueur qui poursuivent cet objectif ne le font pas.

En l'absence de dispositions imposant l'allotissement des délégations ou concessions de service, le choix du périmètre de la convention relève de l'organisation par les collectivités des services publics dont elles ont la responsabilité, qui est d'abord un choix politique dont vous ne contrôlez pas les motifs (18 mars 1988, *L...*, p. 668 ; 28 juin 1989, *Syndicat national du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, RFDA 1989, p. 929, ccl. Guillaume ; 10 janvier 1992, *Association des usagers de l'eau de Peyreleau* p. 13), et de la définition de leurs besoins.

Reste tout de même qu'il nous semble qu'il vous faudrait censurer une convention qui impliquerait, sans justification tenant à leur bonne exécution, la dévolution de services hétéroclites, sans liens entre eux. Une telle décision de l'autorité concédante, en plus de heurter l'exigence d'une cohérence minimale de l'action administrative, aurait pour effet d'écarter sans raison de la commande publique un certain nombre d'opérateurs spécialisés ou de les contraindre à des regroupements difficiles. Elle porterait donc atteinte aux principes généraux de la commande publique que nous avons cités. Elle alimenterait les soupçons de favoritisme ou de détournement de procédure. Pour toutes ces raisons, nous pensons qu'il convient de réserver la possibilité d'un contrôle du choix de l'autorité concédante quant au périmètre de la concession, mais un contrôle qui, compte tenu de la liberté que lui laissent les textes, doit être limité à l'erreur manifeste d'appréciation, comme l'ont d'ailleurs suggéré plusieurs de ceux qui nous ont précédés à ce pupitre³. Seul le regroupement au sein d'une même convention de services n'ayant manifestement aucun lien entre eux constituerait ainsi un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence.

La deuxième est financière et prolonge en partie la précédente. Elle figurait au 11^{ème} alinéa de l'article L. 1411-2 du même code, qui prévoyait que « *les conventions de délégation de service public ne peuvent contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation.* » Cette interdiction, qui est l'une des manifestations⁴ du principe jurisprudentiel selon lequel les tarifs des services publics à caractère industriel et commercial doivent trouver leur contrepartie directe dans le service rendu aux usagers, est désormais posée par l'article 30 de l'ordonnance du 29 janvier 2016. Comme vous l'avez fait à propos de l'objet de la convention, vous avez consacré une approche holistique de l'application de ces dispositions en jugeant qu'elles « ne font pas obstacle à ce qu'une convention de délégation de service public mette à la charge du cocontractant des prestations accessoires dès lors qu'elles présentent un caractère complémentaire à l'objet de la délégation » (19 mars 2012, *SA Groupe Partouche*, n° 341562, au rec).

³ Conclusions N. Boulouis, précitées ; B. Dacosta s/ Cne d'Aix en Pce : « Il est vrai qu'une délégation dont le périmètre engloberait des prestations totalement distinctes et qui aurait ainsi pour effet d'écarter de l'accès à la commande publique des opérateurs spécialisés dans les unes ou dans les autres, sans que ce choix soit justifié par un motif tenant à la bonne exécution du service public, pourrait prêter à critiques et, sans doute, donner prise à un contrôle juridictionnel. »

⁴ Cf. conclusions N. Boulouis s/ décision SA Groupe Partouche.

La troisième est procédurale. Les règles de passation des marchés publics étant plus contraignantes que celles qui régissent la passation des délégations de service public et, aujourd'hui, des concessions de service, l'inclusion de marchés publics dans une délégation de service public passée selon les règles applicables à cette dernière serait susceptible de méconnaître les règles applicables aux premiers. Les dispositions applicables au présent litige n'envisagent pas ce cas de figure. Nous pensons cependant que vous devrez aborder la question dans la même perspective globale que précédemment, comme le font d'ailleurs les nouvelles dispositions résultant de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et de sa transposition par l'ordonnance du 29 janvier 2016. Des prestations donnant lieu au paiement d'un prix par la personne publique peuvent être incluses dans un contrat de délégation de service public passé selon la procédure applicable à ces contrats si elles ont un lien suffisant avec le service public délégué et si elles demeurent accessoires, c'est-à-dire si le financement global du contrat reste essentiellement assuré par les résultats de l'exploitation ou, pour le dire en des termes plus actuels, si le risque lié à l'exploitation du service demeure à la charge du cocontractant. L'article 20.4 de la directive 2014/23 et l'article 22 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 prévoient que les prestations relevant des contrats de concession et celles relevant des marchés publics doivent en principe être distinguées pour faire l'objet de contrats conclus selon les procédures respectivement applicables à ces catégories contractuelles, sauf si les prestations sont indissociables. Dans ce cas, le contrat est soumis aux dispositions applicables à son objet principal.

En l'espèce, la communauté urbaine de Dijon n'a outrepassé aucune de ces trois limites à son pouvoir de détermination de l'objet du contrat qu'elle entend conclure.

En ce qui concerne en premier lieu le regroupement des différents services délégués, ils constituent tous des services publics ou des accessoires complémentaires à ces services publics se rattachant à la mobilité. Les transports urbains collectifs, le stationnement et la mise en fourrière et la location de vélos en libre service sont des activités de service public. Certaines prestations ne constituent effectivement pas, comme le font valoir les sociétés requérantes, des activités de service public : tel est le cas des missions de vérification de la performance du sous-système électrique du tramway et du système d'hybridation des bus, de maîtrise d'œuvre pour le déploiement des matériels de péage et d'assistance à la maîtrise d'ouvrage du projet « prioribus », qui font l'objet de sous-contrats de partenariat. Le dispositif est curieux mais il ne fait aucun doute que ces prestations sont des compléments nécessaires au bon fonctionnement des services publics délégués.

Par ailleurs, la réunion au sein d'une même convention de ces différents services ne nous paraît pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation. Il s'agit de services liés à la mobilité que l'article L. 5215-20 du code général des collectivités territoriales réunit dans l'organisation de la mobilité dont il confie la responsabilité aux communautés urbaines et qui porte sur « *la création, l'aménagement et entretien de voirie ; la signalisation ; les parcs et aires de stationnement ; le plan de déplacements urbains* ». La loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, dont est issue la rédaction actuelle de cet alinéa, a entendu ce faisant promouvoir une action « multimodale » des pouvoirs publics visant à décourager la circulation automobile au profit des circulations collectives et douces. Dans cette perspective, il est cohérent de confier au même opérateur les différents leviers qui lui permettront de mener une action coordonnée sur les différents modes de transports urbains, dont les usagers sont en majeure partie les mêmes.

S'agissant en deuxième lieu du financement de ces services, il n'est pas établi ni même allégué que la convention de délégation de service public aurait pour effet de faire prendre en charge par les usagers des prestations étrangères à l'objet du service, en méconnaissance de l'article L. 1411-2 du CGCT. En tout état de cause, une telle irrégularité n'affecte pas les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité des candidats ni de transparence des procédures et ne pourrait donc être utilement invoquée dans le cadre d'un référé précontractuel. Elle ne serait pas non plus la cause de l'absence de candidature des requérantes, qui ne pourraient donc utilement l'invoquer.

En troisième lieu, les requérantes font valoir que les prestations que nous avons évoquées comme ne constituant pas des services publics devaient être attribuées selon la procédure de passation des marchés publics.

Il est cependant tout d'abord permis de se demander, compte tenu à la fois du caractère marginal de ces prestations et de leur objet, qui est étranger à l'objet social des requérantes, qui ne concerne que le stationnement, si cette irrégularité, à la supposer établie, est susceptible de les léser.

Le moyen ne nous paraît en tout état de cause pas fondé. Ces prestations sont accessoires aux services délégués puisqu'elles portent sur des modalités de leur exécution et difficilement dissociables, de sorte qu'elles pouvaient faire partie de la convention de délégation. Il n'est par ailleurs pas allégué que leur paiement par un prix versé par le pouvoir adjudicateur ferait disparaître tout risque pour le délégataire quant à l'exécution de la convention dans son ensemble.

Nous vous proposons donc de répondre aux requérantes qu'en décidant de conclure un contrat unique pour ces différentes prestations, la cté urbaine du Grand Dijon n'a méconnu aucune des règles applicables à la commande publique.

Le dernier moyen des sociétés requérantes, tiré de ce que l'objet du contrat constituerait ou risquerait de constituer un abus de position dominante, est inopérant dans le cadre d'un référé précontractuel, cette voie de recours n'ayant pas pour objet de sanctionner des atteintes, en tant que telles, au droit de la concurrence (cf. CE, 24 octobre 2001, *Collectivité territoriale de Corse*, p. 485 ; 10 avril 2015, *Gvt de la Nouvelle-Calédonie*, n° 385617).

EPCMNC : - Annulation des articles 2 à 4 de l'ordonnance du TA de Dijon ;

- Rejet des demandes présentées au JRTA ;
- A ce que vous mettiez à la charge des sociétés Q-Park France, SAGS et Indigo infra le versement à la communauté urbaine du Grand Dijon et à la société Kéolis de 1 500 euros chacune et 500 euros à la société Effia stationnement.