

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La détermination par le juge du contrat de la façon d'assurer le meilleur équilibre entre l'effectivité des règles de la commande publique et la continuité du service public est la question la plus intéressante de la présente affaire. La plus intéressante, mais non la seule et vous devrez commencer par en examiner d'autres relatives tant à la recevabilité du référé contractuel qu'à la qualification du contrat.

La société Régál des Iles a successivement formé devant le juge des référés du TA de La Réunion des référés précontractuel et contractuel à l'encontre du contrat, dénommé convention provisoire, passé sans aucune mise en concurrence préalable par la commune de Saint-Benoît pour la gestion du service de restauration municipale. Ce contrat vise explicitement à assurer l'exécution du service pendant le délai nécessaire à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation, le précédent contrat, signé le 8 janvier 2014, ayant été annulé par un jugement du 31 mars 2016, sur recours de la société requérante, candidate évincée à son attribution. Le jugement a été frappé d'un appel actuellement en cours d'instruction devant la CAA de Bordeaux.

Le juge des référés a rejeté comme irrecevables tant le référé précontractuel que le référé contractuel formés par la société, le premier au motif non contesté qu'il avait été introduit postérieurement à la signature du contrat, le second au motif qu'en l'espèce il ne résultait pas de l'instruction que la commune n'ait pas respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou ne se soit pas conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

Outre le fait que l'auteur de l'ordonnance attaquée n'a pas informé au préalable les parties qu'il entendait se fonder sur ce motif, qui n'était pas en débat, entachant d'irrégularité sa décision (sur l'application de l'article R. 611-7 du CJA au référé précontractuel, voyez : Sect, 2 oct 1996, *SARL Entreprise générale d'électricité Noël Béranger*, p. 379), ce motif est entaché d'erreur de droit, comme le soutient à juste titre la société requérante.

En effet, vous savez que si l'article L. 551-14 du CJA dispose que le référé contractuel *"n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551 ou à l'article L. 551-5 [référé précontractuel] dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 [lorsque le tribunal est saisi d'un recours] et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours"*, ces cas d'ouverture du référé contractuel ne sont pas les seules. Il est également ouvert, pour les contrats soumis à une procédure formalisée prévoyant l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de notifier aux candidats évincés le rejet de leurs offres et le délai pendant lequel il s'abstiendra de conclure le marché,

lorsque ces informations n'ont pas été données au candidat évincé (10 novembre 2010, *Etablissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer)*, n° 340944, aux T), qu'elles étaient erronées (24 juin 2011, *OPIEVOY*, n° 346665 : absence d'indication du délai de suspension de la signature du contrat ; 18 déc 2012, *Métropole Nice-Côte d'Azur*, n° 363342 : absence d'information des motifs du rejet de l'offre) ou que le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté ce délai de suspension. S'agissant des contrats dont le régime de passation ne prévoit pas une telle obligation, ce qui est le cas des marchés passés selon une procédure adaptée et des concessions, il est, en application de l'article L. 551-15 du CJA, ouvert lorsque la personne publique n'a pas « *avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication* » (19 janvier 2011, *Grand port maritime du Havre* n° 343435, au rec; 25 octobre 2013, *Cne de La Seyne-sur-Mer*, n° 370393, aux T, pour une application à une délégation de service public).

Quelle que soit la procédure applicable au contrat litigieux, qui dépend de sa qualification, le juge des référés ne pouvait donc se borner à juger de la recevabilité du référé contractuel à l'aune des conditions de recevabilité posées par l'article L. 551-14, c'est à dire se limiter à constater que la commune n'avait pas méconnu son obligation de ne pas signer le contrat après l'introduction d'un recours ou en violation d'une décision de justice, mais devait aussi vérifier, s'agissant d'un contrat passé sans formalité préalable, si la commune avait rendu publique son intention de conclure le contrat et respecté un délai de onze jours.

Nous vous invitons donc à annuler l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté le référé contractuel de la société requérante. Régplant l'affaire au titre de cette procédure engagée devant le TA de La Réunion, vous commencerez par constater qu'elle est recevable, la commune n'ayant pas fait usage de cette faculté que lui offre l'article L. 551-15. Or, quelle que soit la qualification du contrat et la régularité de la procédure suivie pour son attribution, il n'était pas soumis à une procédure formalisée : les concessions ne le sont pas et l'article 28 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics prévoit que les marchés ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, au nombre desquels figurent les services de cantine et de restauration scolaire, peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée.

Le principal moyen du recours de la société Régat des Iles est tiré de l'irrégularité de la conclusion de gré à gré du contrat. La commune soutenant que l'urgence justifiait en l'espèce une dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence, vous devrez d'abord qualifier le contrat, les conditions d'une telle dérogation en cas d'urgence n'étant pas les mêmes pour les marchés publics, auxquels sont applicables les règles de l'article 30 du décret du 25 mars 2016, et pour les concessions, auxquelles s'appliquent les règles issues de votre décision du 4 avril 2016, *Cité d'agglomération du centre de la Martinique* (n° 396191, aux T). La commune s'est explicitement placée sur ce dernier terrain, mais nous avons les plus grands doutes sur la pertinence de cette qualification.

S'agissant d'un contrat qui remplit les conditions communes à ces deux catégories contractuelles tenant à la nature du commanditaire, au caractère onéreux du contrat et à son objet, le critère de distinction est celui de la rémunération du cocontractant, prix versé par la collectivité pour un marché public ou exercice du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, dans le cas des concessions, dont font partie les délégations de service public.

Les concessions de service sont définies à l'article 5 de l'Ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession comme des contrats par lesquels une autorité concédante confie

la gestion d'un service à un opérateur économique *"à qui est transféré un risque lié à l'exploitation ... du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter ... le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix"*. Cette formulation est sensiblement plus précise que celle du critère de la rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation qui résultait de votre jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône* du 15 avril 1996, reprise par la loi MURCEF du 11 décembre 2001. D'autant que l'article 5 de l'Ordonnance reprend les explications qu'en donne la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession, dont elle assure la transposition : *"La part de risque transférée 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"*. Toutefois, la logique de ce critère reste inchangée, de sorte que les décisions que vous avez rendues sous l'empire des dispositions applicables aux délégations de service public avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016 demeurent pertinentes pour les qualifications des contrats auxquels elle est désormais applicable.

Le contrat litigieux se présente comme "une concession provisoire de service public pour la gestion du service de restauration municipale", lequel concerne 24 écoles, 4 crèches et une dizaine de centres aérés. Son article 2 stipule que "la gestion du service est assurée par le concessionnaire à ses risques et périls" et qu'il "perçoit un prix auprès des usagers".

Ces affirmations ne correspondent cependant pas exactement à la réalité des modalités de rémunération du cocontractant de la commune, qui sont fixées à l'article 37 du contrat. Il en ressort que sa rémunération se compose "d'une subvention forfaitaire d'exploitation annuelle, d'un complément de prix unitaire au repas servi, des recettes qu'il perçoit sur les usagers". La subvention forfaitaire d'exploitation annuelle, qui est donc garantie par la collectivité à son cocontractant, s'élève à 3 389 228 euros HT, à diminuer du montant des recettes issues des usagers. Elle couvre intégralement les charges fixes, constituées pour l'essentiel par la masse salariale. La convention de 2014 annulée par le TA, dont les termes étaient pratiquement identiques à la convention litigieuse, indiquait que cette subvention forfaitaire annuelle représentait au moins 60 % du montant total de la rémunération annuelle. Le jugement retient un chiffre de 64 %. Le complément de prix unitaire au repas servi, fixé par la convention en fonction des prestations et de la typologie des convives, est versé par la commune selon le nombre de repas effectivement servis. Il couvre les charges variables, d'un montant estimatif de 238 000 euros, et représente un peu plus de 20 % des recettes du titulaire.

Le risque d'exploitation se situe donc uniquement sur les recettes perçues sur les usagers, qui ne représentent qu'environ 15 % du montant total des recettes. Comme l'indique tant le contrat lui-même que la commune devant le tribunal, le risque économique porte sur la différence entre les repas commandés et ceux servis, les premiers ne donnant pas lieu au versement du complément de prix unitaire, sur les variations de la fréquentation ainsi que sur les impayés par les usagers. Mais ces risques sont faibles, d'autant que la durée de la convention (14 mois) est courte: l'existence d'un dispositif de commande des repas, prévu par l'article 12.2, devrait limiter le nombre de repas commandés et non servis. Entre le mois d'août et le mois de décembre 2016, cet écart était de 6,75 %, soit environ 20 000 repas, ce qui, projeté sur l'année, est peu rapporté au nombre annuel estimatif de repas, de 880 265. Le nombre d'usagers de ces services de restauration est très peu sujet à variations, comme vous l'avez déjà relevé à propos de services similaires dans votre décision du 5 juin 2009, *société Avenance Enseignement et Santé* (n° 298641, aux T). Enfin, la commune ne vous fournit aucune évaluation du risque découlant des impayés.

Dans ces conditions, la part de risque transférée au cocontractant ne nous paraît pas l'exposer réellement aux aléas du marché. Vous êtes arrivés à la même conclusion dans l'affaire précitée *société Avenance Enseignement et Santé* qui présentait des caractéristiques très proches de la présente espèce. A titre de comparaison, vous avez qualifié de délégation de service public un contrat également relatif à la restauration scolaire mais dont il ressortait que les trois-quarts des recettes du titulaire dépendaient de la fréquentation puisqu'elles étaient constituées d'une redevance versée par les familles et d'une participation du département et de la caisse d'allocations familiales variant selon le nombre d'usagers (20 octobre 2006, *cne d'Andeville*, n° 289234, au rec). La part des recettes versées par les usagers est ici considérablement plus réduite.

Si vous nous suivez, vous qualifierez donc le contrat litigieux de marché public de service, rejoignant ainsi la qualification donnée par le tribunal administratif de La Réunion du précédent contrat dont il a prononcé l'annulation pour avoir été passé sans respecter la procédure applicable à cette catégorie de contrats.

Vous devrez donc vérifier si les conditions posées par l'article 30 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics pour pouvoir régulièrement passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalable en cas d'urgence étaient remplies. Ces conditions sont les suivantes : *« lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. ... Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence »*.

Bien que ces dispositions évoquent l'impossibilité *« de respecter les délais minimaux exigés pour les procédures formalisées »*, elles ne s'appliquent pas uniquement aux marchés publics soumis à de telles procédures et ce pour au moins deux raisons. La première est qu'elles ont pour objet de transposer la directive relative aux marchés publics qui prévoit cette exception lorsqu'une situation d'urgence impérieuse présentant les mêmes conditions *« ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation »* (art 32.2 c). L'urgence impérieuse permet de déroger à toutes les procédures, formalisées ou adaptées, qui impliquent au minimum une publicité. La rédaction de l'ancien article 35 II 1° du code des marchés publics, qui transposait des dispositions identiques de la directive précédente et visait des *« conditions de passation [qui] ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable »*, était à cet égard plus claire. La seconde est que toute autre interprétation conduirait à exclure toute dérogation au titre de l'urgence pour les procédures adaptées, puisqu'il n'existe pas d'autre disposition prévoyant une telle exception qui leur serait spécialement applicable. Or il serait évidemment absurde que l'urgence justifie de déroger aux procédures les plus contraignantes mais non à celles qui laissent davantage de liberté aux acheteurs. Par ailleurs, dégager de manière prétorienne des conditions plus souples de cette dérogation pour les procédures adaptées serait contraire à la directive.

Les conditions posées par les dispositions précitées de l'article 30 pour passer régulièrement de gré à gré un marché en principe soumis à publicité et mise en concurrence sont effectivement très strictes, particulièrement en ce qui concerne l'intensité et la cause de l'urgence. Celle-ci doit être impérieuse et résulter de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur. La Cour de justice a, à plusieurs reprises, jugé qu'une situation devenue urgente du fait du retard de l'acheteur à passer un marché faisait obstacle à ce qu'il s'en prévale pour échapper à ses obligations de publicité

et de mise en concurrence (CJCE, 14 septembre 2004, *Comm c/ Italie*, aff. C-385/02 ; 15 octobre 2009, *Comm c/ Allemagne*, C-275/08).

En l'espèce, la convention litigieuse a été conclue le 28 novembre 2016 à titre provisoire pour faire face à la situation d'urgence résultant de l'annulation de la précédente convention, conclue en 2014. Toutefois, le jugement prononçant cette annulation, en date du 31 mars 2016, a différé son effet au 1^{er} décembre suivant, afin précisément de laisser à la commune le temps de passer régulièrement une nouvelle convention, éventuellement provisoire. Mais la commune n'a pris durant cette période aucune initiative en vue du lancement d'une nouvelle procédure, attendant le dernier moment pour attribuer le marché de gré à gré. Nous pensons donc que la commune s'étant elle-même placée, par son inertie, en situation d'urgence, elle ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 30.

Cette condition destinée à éviter toute instrumentalisation de cette dérogation par l'acheteur en la rendant la plus objective possible et la rigueur de son application présentent l'inconvénient de ne pouvoir introduire dans l'appréciation de l'urgence toute autre considération, notamment la nécessité d'assurer la continuité du service public. Or cette exigence peut se rencontrer aussi bien en matière de marché public que de concession, la distinction ne reposant pas sur l'objet du contrat, qui peut dans les deux cas porter sur l'exécution d'un service public, mais sur le mode de rémunération du titulaire. L'inertie de l'acheteur public, le risque qu'elle ait été plus ou moins volontaire, justifient-ils une cessation de l'exécution d'un service public ? Ce dilemme ne se rencontre pas dans tous les cas. Le plus souvent, l'interdiction de passer un marché dans l'urgence risque de gêner l'acheteur public sans compromettre l'exécution du service. Mais en présence, comme en l'espèce, d'un véritable risque d'interruption du service public et lorsque celui-ci est essentiel, les conséquences de l'application stricte de l'article 30 peuvent apparaître excessives au regard des objectifs qu'il poursuit. La formulation de l'exception d'urgence que vous avez dégagée de manière prétorienne pour les concessions par votre décision du 4 juin 2016, *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique* (n° 396191, aux T), qui indique que l'urgence doit être indépendante de la volonté de la personne publique, laisse davantage de marge d'appréciation au juge.

Nous ne pensons cependant pas que vous puissiez l'introduire dans l'application de l'article 30 du décret de 2016. Un tel assouplissement serait contraire tant aux lettres du décret et de la directive qu'à la jurisprudence de la Cour de justice.

Mais si les nécessités de la continuité du service public ne peuvent être prises en compte pour apprécier la régularité de la conclusion du contrat, elles peuvent l'être pour déterminer les conséquences qu'il convient d'en tirer et leurs effets.

Les conséquences que le juge des référés contractuels doit tirer des irrégularités qu'il a relevées sont fixées par les articles L. 551-18 et 19 du CJA. La sanction de l'absence totale des mesures de publicité requises pour la passation du contrat, ce qui est le cas en l'espèce, est, en application du 1^{er} alinéa de l'article L. 551-18, la nullité du contrat. L'article L. 551-19 prévoit cependant que le juge peut sanctionner le manquement « *soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ... si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général* ».

Le juge administratif dispose également, en vertu du pouvoir général de fixer la date de prise d'effet des mesures qu'il prononce, de la possibilité de reporter dans le temps la nullité du contrat, et ce alors même qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifie le prononcé de l'une des

mesures alternatives à l'annulation du contrat prévues par l'article L. 551-19 du code de justice administrative (1^{er} juin 2011, *sté Koné*, n° 346405, au rec).

Ces différentes mesures n'ont pas la même portée. Celles visées par les dispositions du CJA portent sur la sanction du manquement que le juge décide. Les pouvoirs généraux du juge portent sur les modalités temporelles d'application de la sanction qu'il a arrêtée. Ainsi, lorsque le juge décide de la nullité du contrat mais reporte la prise d'effet de cette décision à une date ultérieure à la lecture du jugement, les effets de cette nullité, notamment ses effets rétroactifs qui conduisent à regarder le contrat comme n'ayant jamais existé, demeurent intacts. Simplement, le contrat peut continuer à être exécuté jusqu'à la date fixée pour son annulation. A partir de cette date, il disparaîtra et les droits et obligations des parties devront être réglés sur le terrain quasi-contractuel ou quasi-délictuel. L'effet d'un tel différé est donc très différent d'une mesure de résiliation prise en application de l'article L. 551-19, qui n'affecte pas les droits et obligations nés du contrat avant sa résiliation.

Le choix entre l'une ou l'autre de ses mesures dépend de leurs justifications. Les mesures prévues par l'article L. 551-19 visent à éviter la disparition rétroactive du contrat lorsqu'elle aurait des effets excessifs sur un intérêt général qui tient donc à l'existence ou au maintien du contrat. Lorsque l'intérêt général ne fait pas obstacle à la disparition rétroactive du contrat mais seulement à ce qu'elle survienne trop brusquement, lorsqu'il implique seulement qu'une période transitoire soit laissée à la personne publique pour conclure un nouveau contrat afin d'éviter toute solution de continuité dans l'exécution du contrat, le différé d'exécution doit être privilégié, car il assure le meilleur équilibre entre la sanction du manquement, qui est en principe l'annulation, et la nécessité de la continuité du service public.

La prise en compte des nécessités de la continuité du service public au stade de la détermination par le juge des effets dans le temps des mesures qu'il prononce constitue également une meilleure solution que celle consistant à les prendre en compte pour apprécier la régularité de la procédure de passation du contrat au regard de la condition d'urgence. Non seulement parce qu'elle est la seule compatible avec les dispositions européennes et internes, mais aussi parce qu'elle résout la difficulté au stade auquel elle se présente, qui est celui de l'effet dans le temps de la mesure qui sanctionne le plus efficacement le manquement commis par le pouvoir adjudicateur. Le règlement de leurs droits sur des fondements non contractuels constitue par ailleurs pour les parties une réelle menace, de nature à les dissuader de conclure des contrats illégaux, tout en assurant la continuité du service public. Si cette solution s'impose avec plus de force en matière de marchés publics, compte tenu de la contrainte que représentent les conditions de l'article 30 du décret, elle devrait également s'imposer en matière de concessions lorsque le seul problème qui se pose au juge est d'assurer la continuité du service public en cas d'annulation du contrat, puisqu'elle y apporte la meilleure réponse.

Nous pensons que c'est celle que vous devrez adopter en l'espèce, aucun intérêt général ne s'opposant à ce que vous annuliez le contrat litigieux. La seule réserve porte sur l'effet immédiat qu'aurait normalement une telle annulation sur la continuité du service public de la restauration scolaire. Vous pourrez éviter un tel effet en reportant de six mois la date à laquelle cette annulation prendra effet, ce qui laisse à la collectivité un délai suffisant pour mettre en œuvre une procédure négociée avec mise en concurrence. Notons à cet égard que la durée de 14 mois fixée par la convention litigieuse nous paraît très largement excessive, ce qui constitue un autre manquement aux dispositions de l'article 30.

EPCMNC : - Annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté le référé contractuel ;

- Annulation de la convention conclue le 28 novembre 2016 par la commune de Saint-Benoît avec la société Dupont distribution Réunion à l'expiration d'un délai de 6 mois à compter de la date de votre décision ;

- A ce que vous mettiez à la charge de la commune de St-Benoît le versement à la société Régat des Iles d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.