

**N° 426698**  
**Société Total Marketing France**

**7ème et 2ème chambres réunies**  
**Séance du 12 avril 2019**  
**Lecture du 30 avril 2019**

## **CONCLUSIONS**

**Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique**

1. C'est la première fois que vient devant vous un contentieux relatif à l'attribution d'un contrat relevant de l'article L. 122-23 du code de la voirie routière, c'est-à-dire un contrat passé par un concessionnaire d'autoroute en vue de faire assurer par un tiers la construction, l'exploitation et l'entretien des installations annexes à caractère commercial situées sur le réseau autoroutier concédé.

Cette affaire aurait pu illustrer devant vous les effets du renforcement voulu par le législateur des contrôles sur les sociétés concessionnaires d'autoroutes. Est, en effet, en cause le renouvellement d'une sous-concession portant sur les activités de boutiques et de restauration d'une aire de services. La société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) avait concédé à Total l'exploitation de l'aire de services de Dracé située sur l'A6. La sous-concession a expiré il y a quelques jours, le 31 mars dernier, et la société APRR avait, dans cette perspective, remis en concurrence l'attribution de ce contrat.

La société Total Marketing France n'a pas remis d'offre, car elle a estimé que l'illégalité de l'un des critères de sélection et les contradictions entachant les documents de consultation l'en empêchaient. Elle a saisi le juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Dijon, qui a rejeté sa requête.

Vous auriez pu vous pencher sur la consultation ainsi organisée. La passation de ce contrat posait en effet des questions sérieuses, en particulier sur le rôle exact du titulaire pour l'activité carburants. Mais nous ne détaillerons pas davantage les faits pour une raison simple : le contrat a été conclu.

Alors pourquoi en parler dans cette formation, vous demanderez vous légitimement. Elle réside dans un autre intérêt de ce dossier, qui va vous conduire à vous prononcer sur la question de la compétence du juge des référés précontractuels pour de tels contrats.

2. Tout d'abord, la compétence de la juridiction administrative ne fait pas de doute.

L'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques dispose que « *Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires* ».

Lorsque le contrat portant occupation du domaine public est conclu entre deux personnes privées, le juge judiciaire est compétent (TC 14 mai 2012, Mme G..., n° 3836, au Recueil). En

revanche, lorsque le contrat comportant autorisation d'occupation du domaine public est conclu par un concessionnaire de service public, le juge administratif est compétent (avis d'Assemblée générale du 16 mai 2002, n° 366305 ; TC, 9 décembre 2013, EURL Aquagol c/ Association réunionnaise de développement de l'aquaculture, n° 3925, aux Tables).

C'est donc le cas en l'espèce s'agissant de la conclusion d'un contrat d'autorisation d'occupation du domaine public autoroutier concédé.

3. S'agissant ensuite de la compétence du juge des référés précontractuels, les apparences sont simples mais elles sont, plus encore, trompeuses. Et, en l'espèce, elles le sont à trois titres.

Première apparence trompeuse : la compétence par définition directe dans le code de justice administrative

La compétence du juge du référé précontractuel est définie, comme vous le savez, à l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Il s'agit ainsi de l'article où devrait le plus naturellement se loger la compétence du juge du référé précontractuel pour les contrats qui nous intéressent ici.

Or, cet article évoque bien les concessions de service. Le contrat litigieux, eu égard à son objet, pourrait donc en relever.

Mais il pose une seconde condition, au plan organique, tenant à ce que le contrat soit passé par un pouvoir adjudicateur.

Les sociétés d'autoroutes peuvent être regardées comme des pouvoirs adjudicateurs sur le fondement de l'ordonnance du 29 janvier 2016 (relative aux contrats de concession) si les conditions fixées par ce texte sont remplies. L'organisme doit soit voir son activité majoritairement financée par un pouvoir adjudicateur, soit voir sa gestion soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, soit avoir un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur.

Dans son avis précité du 16 mai 2002, l'Assemblée générale du Conseil d'Etat a, en conséquence, relevé que les sociétés concessionnaires d'autoroutes dont les capitaux sont majoritairement publics sont des pouvoirs adjudicateurs dès lors qu'elles remplissent l'une de ces conditions (auparavant exigées par l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991, dont les dispositions sont identiques et issues du droit communautaire). Mais cet avis retient que tel n'est pas le cas pour des sociétés concessionnaires d'autoroutes à capitaux majoritairement privés.

En l'espèce, la société APRR, qui est une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés, ne peut, par conséquent, être regardée comme un pouvoir adjudicateur. La compétence du juge des référés précontractuels ne peut donc résulter du seul article L. 551-1 du code de justice administrative.

Deuxième apparence trompeuse : la compétence par renvoi via une autre disposition législative.

Une autre disposition législative pourrait, par elle-même ou par renvoi à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, prévoir la compétence du juge du référé précontractuel.

Ainsi, par votre décision du 1<sup>er</sup> avril 2009 Société des autoroutes du sud de la France (n° 315586, aux Tables, conclusions de Bertrand Dacosta ; puis du 30 septembre 2009, Société des autoroutes Rhône-Alpes, n° 326424, aux Tables, conclusions du Président Boulouis), vous avez retenu que le juge des référés précontractuels était compétent pour connaître de manquements aux règles de publicité pour des marchés de travaux passés par une société concessionnaire.

Mais dans ces décisions, vous avez fondé la compétence du juge des référés précontractuels en vous référant à l'article 11-2 de la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence. Cet article disposait expressément que la procédure applicable en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence était celle de l'article L. 551-1 du code de justice administrative. Or, l'article 11-2 a été abrogé par l'ordonnance n°2009-515 du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique.

Aujourd'hui, l'article L. 122-20 du code de la voirie routière (créé par la loi du 6 août 2015 et modifié par la loi du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*) étend le champ du référé précontractuel pour la passation des marchés de travaux, fournitures et services du réseau autoroutier concédé, et ce devant la juridiction administrative pour les contrats de droit public et devant la juridiction judiciaire pour les autres.

En revanche, la partie législative de la section 5 relative aux « installations annexes sur les autoroutes concédées » ne prévoit quant à elle aucune disposition équivalente à celle-ci, figurant à la section 4. Les travaux préparatoires de la loi nous aident, à vrai dire, assez peu, car les débats parlementaires n'ont jamais porté sur les possibilités de recours juridictionnels. L'article L. 122-20 a été adopté tel qu'il avait été élaboré par le projet du gouvernement sans discussion. La section 5 a quant à elle été créée à l'initiative des rapporteurs à l'Assemblée nationale, sans que le sujet des recours ait été abordé.

Aucune disposition législative n'a ainsi étendu la compétence du juge des référés précontractuels aux contrats d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes lorsque ces sociétés n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs.

Troisième apparence trompeuse : la compétence par assimilation au sein du code de la voirie routière

L'article R. 122-41 du code de la voirie routière dans sa rédaction issue du décret du 1<sup>er</sup> mars 2016 relatif à la régulation des contrats dans le secteur des autoroutes dispose désormais que : « *Le concessionnaire d'autoroutes est assimilé à un pouvoir adjudicateur et l'exploitant des installations annexes est assimilé au concessionnaire* ».

Mais cet article doit être cité entièrement : « *La passation et l'exécution des contrats d'exploitation sont régies par les titres II et III du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, sous réserve des adaptations suivantes : / 1° Pour*

*l'application du décret mentionné au premier alinéa, les contrats d'exploitation sont assimilés à des contrats de concession relevant du 1° de l'article 9 de ce même décret, le concessionnaire d'autoroutes est assimilé à un pouvoir adjudicateur et l'exploitant des installations annexes est assimilé au concessionnaire ; (...) »*

Cet article ne comporte ainsi aucun renvoi au code de justice administrative. Ce n'est que pour l'application du décret concession que les contrats d'exploitation sont assimilés à des contrats de concession. Et le décret concession lui-même n'aborde pas la question des voies de recours.

Surtout, nous pensons que si ce décret avait entendu – ce qu'il ne fait pas – étendre la compétence du juge du référé précontractuel par l'assimilation à laquelle il procède, il ne pouvait le faire légalement. Le référé précontractuel permet à des tiers d'intervenir dans le processus de formation d'un contrat entre deux personnes privées et il concerne ainsi les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales au sens de l'article 34 de la Constitution. Il relève donc du domaine de la loi. D'ailleurs, l'ordonnance du 7 mai 2009 puis les lois du 6 août 2015 et du 9 décembre 2016 témoignent de ce que le champ de compétence du juge des référés précontractuels relève du domaine de la loi.

Et la circonstance que le contrat soit soumis à des règles de procédure n'a pas pour effet de rendre applicable à cette procédure les référés précontractuels (par exemple pour une convention d'occupation du domaine public : 19 janvier 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Pointe-à-Pitre, n° 341669, aux Tables sur ce point ; 3 décembre 2014, Etablissement public Tisséo et Société Métrobus, n° 384170, aux Tables sur ce point).

Ces trois voies étant fermées, la conclusion à laquelle nous parvenons est que le juge des référés précontractuels n'est pas compétent pour connaître de ces contrats.

Votre décision de Section du 3 novembre 1995 Société Stentofon Communications (n° 152650, au Recueil) aurait pu conduire à prononcer un non-lieu en cassation du fait de la signature du contrat après l'introduction du pourvoi. Mais ici, dès lors que le juge du référé précontractuel n'était pas compétent, vous ne pouvez pas vous fonder sur la circonstance que ses pouvoirs ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat, puisque ces pouvoirs n'ont précisément jamais existé. Vous devez donc vous prononcer sur l'ordonnance sans statuer par un non-lieu.

Vous pourriez, sur le fondement du moyen relevé d'office par votre 7<sup>ème</sup> chambre tiré de l'incompétence du juge du référé précontractuel, annuler son ordonnance puis rejeter la requête. Mais ce motif, qui ne comporte l'appréciation d'aucune circonstance de fait, peut être substitué aux motifs retenus par l'ordonnance attaquée, dont le dispositif consiste à rejeter la requête.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi de la société Total Marketing France
- au rejet, eu égard aux circonstances de l'espèce, des conclusions présentées par la société APRR au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.