

N° 373159

Société Dalkia France et autres

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 5 février 2014

Lecture du 21 février 2014

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Deux candidats, la société GDF Suez Energie Services-Cofely et un groupement constitué des sociétés Dalkia France, qui en était mandataire, IDEX Energies et CDC Infrastructures, ont participé aux négociations pour l'attribution, pour une durée de 25 ans, de la délégation du service public de production et de distribution de chaud et de froid sur le territoire des communes de Lyon, Villeurbanne et Bron. L'appel à candidatures avait été lancé par la Communauté urbaine de Lyon en juillet 2012, après les annulations contentieuses de deux précédentes conventions. Les négociations, engagées à partir du mois de mars 2013, se sont achevées par le classement des offres du groupement représenté par la société Dalkia devant celles de la société GDF. Par une délibération du 26 septembre 2013, le conseil de la communauté urbaine a approuvé ce choix et autorisé son président à attribuer la convention à ce groupement. Quelques jours avant l'intervention de cette délibération, la société concurrente avait demandé au juge du référé précontractuel du TA de Lyon d'annuler la procédure de passation, demande à laquelle celui-ci a fait droit par une ordonnance du 21 octobre 2013 en annulant la procédure d'attribution de la convention à partir de l'ouverture de la phase de négociation engagée avec les candidats. Il a jugé que l'autorité délégante ne pouvait retenir une offre qui modifiait le projet de convention soumis aux candidats dans une proportion qui, selon lui, remettait en cause son économie générale, ce qu'interdisait l'article 3.2 du règlement de la consultation. Dans l'offre qu'il a remise après l'ouverture de la phase de négociation, le groupement Dalkia a en effet ajouté à l'article 2 du projet de convention, qui ne comportait que la durée de la délégation, un dispositif applicable en cas de recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de l'un de ses actes détachables, consistant en substance, dans un premier temps, à redéfinir le programme d'investissements sur une durée de 4 années puis, dans un second temps, si le risque contentieux n'a pas été totalement purgé, à permettre au délégataire d'imposer au délégant la résiliation de la convention.

La société Dalkia et les autres membres du groupement se pourvoient régulièrement en cassation contre cette ordonnance.

Les principaux moyens du pourvoi portent sur l'appréciation de la portée de cette modification au regard de l'économie générale du projet de convention et sur les conséquences que le juge a tirées du manquement qu'il a retenu.

Précisons tout d'abord, notamment pour répondre à l'argumentation sur ce point des requérantes, que la circonstance que les stipulations proposées puissent légalement figurer dans une délégation de service public est sans incidence sur le bien fondé de

l'ordonnance attaquée qui s'est prononcée sur la régularité de l'offre au regard du règlement de la consultation, dont l'article 3.2 n'autorisait les candidats à proposer d'apporter au projet de convention et de ses annexes des modifications et/ou compléments qu'à la condition qu'ils « demeurent de portée limitée, ne remettent pas en cause l'économie générale du projet de convention et de ses annexes et soient justifiées par l'intérêt du service ». Cette condition s'inspire de votre jurisprudence selon laquelle l'autorité délégante ne peut apporter, au cours de la procédure d'attribution, que des adaptations à l'objet du contrat qui sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qui ne présentent pas, entre les candidats, de caractère discriminatoire (21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*, n° 209319, au Recueil sur ce point ; 29 avril 2002, *Groupement des associations de l'Ouest parisien et autres*, n° 216902, aux Tables sur d'autres points). Qu'elle le fasse spontanément ou sur proposition d'un candidat, l'autorité délégante ne peut, sans méconnaître le principe d'égalité entre les candidats, modifier au-delà de cette mesure, en cours de procédure, le projet de convention qu'elle leur a soumis. La marge de modification du projet que la Cté urbaine de Lyon a laissé aux candidats n'est et ne pouvait d'ailleurs être que celle dont elle dispose elle-même. La double condition d'une portée limitée et de l'absence de remise en cause de l'économie générale du projet nous paraît d'ailleurs à cet égard largement redondante.

La première question que vous devrez trancher est celle de l'étendue de votre contrôle de l'appréciation portée par le juge du référé précontractuel sur la conformité de l'offre au règlement de la consultation et, plus précisément, à la condition selon laquelle les modifications apportées au projet ne devaient pas en remettre en cause l'économie générale.

Bien que vous n'ayez encore jamais pris explicitement position sur ce point, votre jurisprudence nous semble conduire à laisser au juge du fond un pouvoir d'appréciation souverain.

L'examen de la conformité d'une offre aux préconisations du règlement de la consultation consiste moins à faire application de concepts juridiques qu'à vérifier le respect par les candidats de conditions factuelles posées par le pouvoir adjudicateur. De même que vous laissez aux juges du fond l'interprétation et l'application des stipulations contractuelles (Sect. 5 janvier 1945, *Erb* p 7 ; Section 10 avril 1992, *SNCF c/Ville de Paris*, p 168 ; pour un avenant 21 octobre 1992, *Société Setec Travaux Publics* T p 1264 ; et pour le contrôle de la conformité des prestations effectuées aux stipulations contractuelles : 23 juin 2000, *Société Legrand*, n° 198084, aux Tables sur un autre point), vous devrez leur laisser celles du règlement de la consultation et de la conformité des offres qui participent de l'élaboration du contrat. Vous avez ainsi limité à la dénaturer votre contrôle de l'appréciation portée par une cour administrative d'appel sur la conformité d'une offre de construction d'un navire aux spécifications du cahier des clauses techniques particulières, tout en effectuant un contrôle de la qualification juridique sur la question de savoir si cette offre pouvait être regardée comme une variante au sens du règlement de la consultation, notion quant à elle plus juridique (28 juillet 1999, *Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et société OCEA*, n° 186051, p 264). Les juges du fond sont également souverains dans le contrôle qu'ils font de l'appréciation portée par une commission d'appel d'offres sur la conformité des offres aux exigences du cahier des clauses techniques particulières (12 mars 1999, *Entreprise Porte*, n° 171293, aux T).

Si l'on aborde la question sous l'angle des modifications apportées aux données de la consultation en cours de procédure d'attribution, le contrôle semble là encore restreint. Ainsi, vous avez indiqué que les juges du fond déterminaient souverainement si des données portées à la connaissance des candidats en cours de procédure constituaient une

modification des critères de sélection ou seulement des précisions de leur sens et de leur portée (20 octobre 2006, *Cté d'agglomération Salon-Etang de Berre-Durance*, n° 287198, aux T).

Il en va de même si l'on se penche plus précisément sur la condition du règlement de la consultation concernée, tenant à ce que les offres ne proposent que des modifications qui ne remettent pas en cause l'économie générale du projet de convention.

L'appréciation de la portée d'une modification du projet de contrat sur l'équilibre général de celui-ci est une opération de même nature que l'interprétation et l'application du contrat, que vous laissez aux juges du fond. Vous leur reconnaissez par ailleurs un pouvoir souverain d'appréciation des conséquences d'un événement sur l'économie du contrat, pour l'application de régimes de responsabilité contractuels (23 juin 2000, *Société Legrand*, n° 198084, précitée).

Vous avez certes plus récemment et par une décision de Section effectué, contrairement à la proposition de votre commissaire du gouvernement, un contrôle entier de la qualification juridique donnée par le juge du référé précontractuel à la modification d'un contrat, aux fins de déterminer s'il s'agissait d'un avenant ou d'un nouveau contrat (11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354, concl. N. Boulouis). Or cette qualification dépend de l'appréciation des effets des modifications apportées sur l'économie générale du contrat initial. Mais l'étendue de votre contrôle ne tient pas à l'application de cette notion; elle s'explique par les enjeux d'une qualification qui conditionne l'application des règles de passation des contrats et la recevabilité des procédures contentieuses instituées pour en assurer le respect.

En l'espèce, il ne s'agit que d'apprécier si une offre est conforme à une condition du règlement de la consultation qui n'autorise les candidats qu'à proposer des modifications limitées au projet de convention qui leur est soumis. L'appréciation est factuelle et ses conséquences n'excèdent pas la procédure de passation en litige.

Nous vous proposons par conséquent de limiter votre contrôle sur ce point à l'éventuelle dénaturation commise par le juge du référé précontractuel.

Il est temps à présent de revenir au litige et plus précisément à la clause ajoutée par le candidat retenu.

Cette clause est longue¹. Les principales règles qu'elle institue sont les suivantes : en cas de recours administratif ou contentieux, les parties cocontractantes doivent se rencontrer dans un délai de 15 jours "pour se concerter, examiner la situation et tenter de trouver une solution préservant la continuité du service public et respectant l'équilibre contractuel convenu entre les parties./ La survenance d'un cas de recours ne suspend pas l'exécution de la convention durant toute la phase de concertation, sauf décision contraire du délégant en cours ou au terme de la phase de concertation prévue à l'alinéa précédent". A l'issue de cette phase, qui ne saurait excéder un mois, "les conditions de réalisation des investissements prévus à l'article 11 et à l'article 21 seront redéfinies entre les parties et couvriront au minimum les investissements visés à l'annexe 82-30, dans une limite maximale de quatre années à compter de la prise d'effet de la convention. Au terme de ces quatre années, la résiliation de la convention sera prononcée de plein droit par le délégant selon les modalités d'indemnisation prévues à l'article 68, sauf si les parties décident d'un commun accord de poursuivre l'exécution de la convention dans les mêmes conditions que celles initialement prévues", sous condition notamment de mise en place d'un "mécanisme juridique

¹ Elle est inspirée de l'article 18 du clausier type des contrats de partenariat de la Mission d'aide aux CPPP, mais n'en reprend pas toutes les modalités.

satisfaisant pour le financement externe du délégataire". "Si la purge définitive des actes ou contrats contestés intervient avant l'expiration des quatre années ci-dessus visées, le délégataire et le délégant se rencontreront dans les conditions de l'article 59, notamment pour convenir des modalités de réalisation des investissements résiduels que le délégataire s'engage à mettre en œuvre".

Le juge des référés a relevé que cette clause avait pour effet, en cas de recours administratif ou contentieux non purgé dans un délai de quatre ans, de permettre au délégataire de réduire de 25 à 4 ans, soit de plus des cinq sixièmes, la durée de son engagement ainsi que le périmètre des investissements à réaliser sur cette durée, qui se trouveraient ramenés à 37,2 millions d'euros sur les 172,8 millions d'euros d'investissements nouveaux sur lesquels le groupement attributaire s'est engagé pour l'ensemble de la durée de la délégation.

Cette analyse est exacte: contrairement à ce que soutiennent les requérantes, le juge du référé n'a commis ni erreur de droit ni insuffisamment motivé son ordonnance en calculant comme il l'a fait le montant minimum des investissements qui résulteraient de l'application de cette clause, sans inclure les 38 millions de droit d'entrée correspondant à la reprise des investissements réalisés par le précédent délégataire. En effet, le dispositif proposé par le groupement attributaire renvoie aux investissements prévus par l'annexe 82-30, qui n'inclut pas cette somme.

Nous ne voyons pas non plus l'erreur de droit ou la contradiction de motifs qui lui est reprochée pour avoir comparé les investissements minimaux imposés au délégataire pendant les 4 premières années d'exécution de la convention aux investissements devant être réalisés sur la durée totale de la délégation, dès lors qu'il s'est logiquement placé, pour apprécier les effets de la clause, dans l'hypothèse de son application intégrale, qui conduirait à une résiliation de plein droit de la convention au terme de quatre années. Dans ce cas, qui en présence d'un recours non purgé dépend du délégataire, les investissements que celui-ci devra faire seront effectivement substantiellement réduits.

Le juge des référés a-t-il enfin dénaturé les faits en considérant que ce dispositif remettait en cause l'économie générale du projet de convention ?

En cas de réalisation de l'événement qui en déclenche l'application, il ne fait aucun doute que l'économie générale du projet de convention est profondément bouleversée, puisqu'il ne dépend plus que du délégataire que la délégation soit considérablement réduite dans sa durée comme dans son volume d'investissements. L'article 68 du projet de convention n'envisageait en cas de recours administratif ou contentieux qu'une limitation de la responsabilité du délégant.

Mais ce bouleversement n'est qu'éventuel, puisqu'il dépend de la réalisation d'un risque. Il nous semble que la prise en compte d'une éventualité ne peut remettre en cause l'économie générale d'un projet que si sa réalisation est suffisamment probable et ses effets sur les droits et obligations des parties suffisamment nombreux. Nous avons vu que cette seconde condition était remplie. Quant à la première, elle nous paraît l'être également : le risque de recours contre une délégation de service public de cette importance est très élevé, comme le montre les contentieux dont les deux conventions précédentes conclues par la communauté urbaine de Lyon pour le même service ont fait l'objet au cours des 10 dernières années. Le juge du référé précontractuel n'a donc pas grossièrement déformé les faits en estimant que, dans ces circonstances, l'introduction d'un tel dispositif dans le projet de convention en remettait en cause l'économie générale.

Le moyen tiré de ce que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en déduisant que le manquement retenu avait lésé la candidate évincée du seul fait qu'elle était la seule autre candidate ne peut qu'être écarté tant il est évident que la disqualification des offres du groupement conduisait nécessairement à retenir celle de la société GDF, dont la régularité n'était pas contestée.

Le dernier moyen est tiré de ce que le juge des référés aurait méconnu son office en annulant la procédure d'attribution à compter de l'ouverture de la phase de négociation, après laquelle l'offre irrégulière du groupement Dalkia a été faite, alors qu'il aurait pu se limiter à supprimer le dispositif litigieux.

L'article L. 551-2 du code de justice administrative permet en effet au juge du référé précontractuel non seulement d'annuler les décisions se rapportant à la passation du contrat mais aussi de "*supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent*" les obligations de publicité et de mise en concurrence qui s'imposent à l'administration. Vous jugez qu'il peut faire usage de l'ensemble des pouvoirs que lui attribuent ces dispositions pour mettre fin aux manquements à ces obligations, sans être tenu par les conclusions des parties (20 octobre 2006, *Commune d'Andeville*, p. 434; 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, p. 566) et qu'il commet une erreur de droit si la mesure qu'il ordonne n'est pas strictement nécessaire à la résorption du manquement constaté (30 septembre 2011, *Dépt de la Haute-Savoie*, n° 350153, censurant l'erreur de droit à avoir prononcé l'annulation de l'ensemble d'une procédure de passation alors que le manquement se rapportant à la seule phase de sélection des offres, il appartenait au juge des référés de n'annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres). Par conséquent, si le juge des référés pouvait mettre fin au manquement constaté en supprimant la clause destinée à figurer dans le contrat, il devait le faire plutôt que de prononcer l'annulation de toute une partie de la procédure d'attribution.

Mais nous ne pensons pas qu'il pouvait le faire en l'espèce, pour trois raisons.

La première est qu'à notre avis et bien que cela ne ressorte pas expressément de l'article L. 551-2, « *les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat* » dont le juge peut ordonner la suppression sont celles qui figurent dans le règlement de la consultation et non celles que proposent les candidats. Le juge du référé précontractuel n'a de pouvoir que sur les actes et décisions du pouvoir adjudicateur, non sur les propositions des candidats. Mais il est permis d'hésiter lorsque ces propositions ont été, comme en l'espèce, retenues par le pouvoir adjudicateur pour figurer dans le futur contrat. Quoi qu'il en soit, les deux raisons suivantes conduisent certainement à écarter le moyen.

La deuxième raison est que le juge des référés ne peut ordonner la suppression d'une clause du projet de contrat que lorsqu'elle en est divisible, c'est à dire lorsqu'elle en constitue un élément accessoire dont la suppression n'est pas de nature à remettre en question la volonté des parties de s'engager sur ce qui constitue l'objet principal du contrat et qui demeure inchangé. Comme vous avez eu l'occasion de le souligner par votre décision du 29 décembre 2004, *Sté Soccrum* (n° 239681, aux T sur un autre point), la divisibilité d'une clause s'apprécie au regard de son poids dans l'économie générale du contrat. Si vous n'avez à notre connaissance jamais rencontré de contentieux portant sur la suppression d'une clause d'un projet de convention dans le cadre d'un référé précontractuel, il vous est arrivé de vous prononcer sur le caractère divisible de la clause d'un contrat et vous l'avez fait au regard de son économie générale (voyez, s'agissant d'une clause de transfert de propriété d'un bien du domaine public que vous avez jugée détachable d'une concession : 4 mars 2011, *Cté de cnes du Queyras*, n° 340089, au rec).

Lorsque le manquement tient précisément à ce que l'autorité délégante a retenu une offre comportant une clause modifiant l'économie générale du projet, la suppression de cette clause aura nécessairement pour effet de remettre en cause l'économie générale de la convention que les parties entendaient finalement conclure. En d'autres termes, si cette clause transforme le projet initial, sa suppression conduit à rétablir ce dernier, qui ne correspond pas à ce qu'ont voulu les parties, notamment pas le candidat qui a construit son offre avec la garantie que représentait ce dispositif de traitement du risque contentieux. Le juge des référés ne pouvait donc, après avoir estimé que la clause proposée par le groupement Dalkia remettait en cause l'équilibre général du projet de convention de telle sorte qu'elle ne pouvait être acceptée par l'administration, qu'annuler la procédure à partir du stade auquel cette offre avait été faite.

La troisième est que le manquement aux règles de transparence et de mise en concurrence ne réside pas dans le contenu de la clause, qu'il suffirait, à supposer que cela soit possible, de supprimer pour régulariser la procédure, mais de ce que le pouvoir adjudicateur a retenu une offre non conforme.

Nous vous proposons donc d'écarter ce dernier moyen et de rejeter le pourvoi des sociétés Dalkia et autres, à la charge desquelles vous pourrez mettre le versement à la société GDF d'une somme de 4500 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.

Tel est le sens de nos conclusions.