

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, rapporteur public

1. Les deux pourvois appelés – que vous pourrez joindre car ils sont chacun dirigés contre l'arrêt du 27 février 2020 par lequel la CAA de Douai a, sur le recours de plusieurs conseillers communautaires, annulé un protocole transactionnel conclu le 13 août 2015 entre la communauté d'agglomération de Lens Liévin (CALL) et la société Territoires 62 pour mettre fin à un litige né de l'exécution d'une concession d'aménagement d'une friche industrielle signée en 1991 – posent quelques délicates questions d'**applicabilité des dispositions législatives prohibant la renonciation au paiement des intérêts moratoires**, issues de l'article 67 de la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier¹.

Ces dispositions énoncent que : « *Dans le cadre des marchés publics, (...) est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance. / La présente disposition est applicable à toute clause de renonciation conclue à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.* »

Les juges d'appel, qui ont eux-mêmes annulé le jugement du 16 octobre 2018 du TA de Lille qui n'avait prononcé qu'une annulation conditionnelle de la transaction, en accordant au conseil communautaire un délai de trois mois pour adopter une nouvelle délibération autorisant la signature de ce contrat, en ont fait application pour annuler la transaction litigieuse, après avoir estimé que le contrat de concession d'aménagement de 1991 relevait du régime des marchés publics.

Ce raisonnement est combattu par quatre séries de moyens dont trois nous paraîtraient pouvoir être écartés sans trop de difficultés.

¹ désormais codifiées à l'article L. 2192-14 du code de la commande publique selon lequel : « *Toute renonciation au paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite.* »

2. Il en va d'abord ainsi d'un premier groupe de moyens tirés de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant, d'une part, que la règle issue de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 s'appliquait aux transactions conclues postérieurement à la conclusion du marché et, d'autre part, que cette règle n'était pas applicable en l'espèce, dès lors que le contrat initial, à savoir la concession d'aménagement, avait été conclu en 1991.

2.1. Cette argumentation vise à vous faire revenir sur votre décision CE 7 octobre 2003, *Ministre de l'intérieur c/ syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset, la Cadière, le Castellet*, n° 249822, A, par laquelle vous aviez estimé que les dispositions en cause interdisent de façon absolue toute renonciation aux intérêts moratoires dus en raison de retards dans le règlement des marchés publics, que cette renonciation intervienne lors de la passation du marché ou postérieurement, notamment à l'occasion d'une transaction.

Il est vrai que cette solution, rendue aux conclusions contraires de Gilles Le Châtelier, n'était pas évidente car elle tend à isoler une partie du tout alors, précisément, qu'une transaction suppose des concessions réciproques. Ce faisant, elle peut contrarier les stratégies de négociation de l'administration.

Mais vous étiez parfaitement conscients de cette difficulté en 2003 et la lettre de la loi est très claire.

Au reste, comme nous l'avons exposé à votre 7^{ème} chambre lors de l'examen de la question prioritaire de constitutionnalité soulevée par la société Territoires 62 dans le cadre du présent litige – que vous avez écartée par une décision du 23 décembre dernier, l'interdiction de renoncer aux intérêts moratoires est loin d'être dénuée de justification lorsqu'elle s'applique à une transaction. Cela évite en effet que la personne publique retarde artificiellement le paiement de son cocontractant dans l'attente de la signature d'un éventuel accord. En tout état de cause, l'atteinte demeure mesurée : elle n'empêche la transaction que sur une catégorie de droits pécuniaires, sans prévenir la libre négociation de contreparties dans le reste du champ contractuel. A l'échelle de l'ensemble des marchés publics, la disposition litigieuse permet ainsi d'inciter les acheteurs publics à considérer les intérêts moratoires comme une réalité intangible et à faire preuve de toute la diligence nécessaire pour payer en temps utile les entreprises.

Nous ne vous proposerons donc certainement pas de revenir sur votre jurisprudence de 2003.

2.2. De même, nous n'avons aucun doute quant au fait que c'est à la date de conclusion du contrat de transaction qu'il faut se placer pour faire application de la règle énoncée par l'article 67 de la loi du 8 août 1994 dont le second alinéa dispose expressément que : « *La présente disposition est applicable à toute clause de renonciation conclue à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi.* ». La notion de « clause de renonciation » invite en effet à distinguer la transaction du contrat à l'origine du litige que la transaction vient régler (parfois, comme en l'espèce, bien des années plus tard !) et c'est d'ailleurs ainsi que vous aviez déjà

procédé dans votre décision CE 10 novembre 2004, *Entreprise Paul Milet*, n° 256031, inédit, ccl. D. Piveteau, pour un marché conclu antérieurement à la loi de 1994.

3. En deuxième lieu, vous écarteriez plus aisément encore les moyens d'insuffisance de motivation et d'erreur de droit à ne pas avoir recherché si la concession d'aménagement répondait aux critères d'un marché public puisque la cour a procédé à une telle recherche. Le moyen, soulevé à titre subsidiaire et tiré de ce que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier en estimant que la concession d'aménagement constituait un marché public faute de risque pesant sur le titulaire nous paraît tout autant voué au rejet puisqu'il ressortait clairement des stipulations analysées par la cour que la collectivité publique contractante s'engageait *in fine* à couvrir le déficit de l'opération d'aménagement.

4. Enfin, nous aurions du mal à suivre le dernier moyen du pourvoi de la CALL tiré de ce que la méconnaissance de la règle prohibant la renonciation aux intérêts moratoires ne constituerait pas un vice d'une particulière gravité de nature à justifier l'annulation du contrat en application de votre jurisprudence *Tarn-et-Garonne*.

S'il est vrai que votre jurisprudence a développé une conception restrictive des vices susceptibles de conduire à l'annulation du contrat, notion que vous contrôlez en cassation sous l'angle de l'erreur de qualification juridique (CE 10 juillet 2013, *Commune de Vias*, n° 362304, T. p. 695), il nous semblerait toutefois sévère de censurer la cour pour avoir annulé le contrat sur ce terrain dès lors que, selon nous, l'existence d'une telle clause dans un contrat de transaction est non seulement contraire à une disposition qui, aux termes de la loi, est d'ordre public mais en outre de nature à affecter l'équilibre de l'ensemble de la transaction et donc la convention tout entière.

5. Cependant, si vous nous suivez, vous n'aurez pas à juger ces points car nous croyons qu'est fondé le moyen tiré de ce qu'une concession d'aménagement conclue en 1991 ne constituait pas un marché public au sens de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 et que, dès lors, la transaction adoptée à sa suite ne rentrait pas dans son champ d'application.

Ce moyen va nous conduire à faire un peu d'archéologie du droit de la commande publique.

5.1. Rappelons d'abord qu'en vertu des termes-mêmes de la loi de 1994, c'est « *Dans le cadre des marchés publics, (...) [qu'] est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires* ».

En d'autres termes, l'interdiction prévue par la loi ne vaut que pour des clauses passées dans un marché public ou, comme c'est le cas ici, pour régler un différend né de l'exécution d'un marché public, conformément à votre jurisprudence *Syndicat intercommunal*

d'assainissement le Beausset, la Cadière, le Castellet.

Il s'en déduit que, pour apprécier si les dispositions de l'article 67 trouvent à s'appliquer à la transaction litigieuse, il convient de vérifier si le contrat initial était un marché public. S'il ne l'est pas, la règle posée par la loi de 1994 ne joue pas.

Or, nous pensons qu'à la date de sa conclusion, la concession d'aménagement ne constituait pas un marché public au sens du droit interne.

En 1991, l'article 1^{er} du code des marchés publics (CMP), alors applicable, prévoyait en effet que : « *Les marchés publics sont des contrats passés, dans les conditions prévues au présent code, par les collectivités publiques en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services.* »

Pour leur part, les concessions d'aménagement étaient régies, de manière au demeurant assez implicite, par l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, qui disposait alors : « *L'Etat, les collectivités locales ou leurs établissements publics peuvent confier l'étude et la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent livre à toute personne publique ou privée y ayant vocation (...)* ». L'article R* 311-4 du même code se bornait à préciser que l'aménagement et l'équipement de la ZAC pouvaient être soit réalisés directement par la personne morale ou par un établissement public ou une société d'économie mixte répondant aux conditions fixées par l'article L. 300-4, soit confiés à une personne privée ou publique selon les stipulations d'une convention².

Vous en avez déduit que les concessions d'aménagement n'étaient pas des marchés publics au sens du droit interne (CE 26 mars 1997, *Commune de Sceaux*, n° 129943, inédit) car le contrat d'aménagement ne pouvait être regardé comme un simple marché de réalisation de travaux au sens du CMP mais portait au contraire sur une opération d'aménagement qui est une opération complexe (Section 28 juillet 1993, *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, n° 124099, p. 251).

5.2. Il est vrai que deux séries de considération pourraient un temps vous faire douter du bien-fondé de cette conclusion...

5.2.1. La première est liée à la **prise en compte du droit communautaire** (pour reprendre la terminologie alors en vigueur !).

Il est vrai que, dès cette époque, les concessions d'aménagement étaient susceptibles de relever du champ de définition des marchés publics de travaux au sens de la directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 (voir en ce sens CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05, rendue sur le fondement de la définition donnée par la

² La partie réglementaire du code prévoyait aussi quelques dispositions spéciales pour les opérations d'aménagement réalisées par des opérateurs privés ou publics : achèvement des zones (art. R* 311-35) et application du plafond légal de densité (articles R* 333-24 à R* 333-33)

directive 93/37 mais qui était la même pour les marchés publics de travaux que celle de 1971).

Toutefois, cette qualification n'emporte pas nécessairement, par elle-même, que les concessions d'aménagement soient également des marchés publics au sens du droit interne : les pouvoirs normatifs nationaux peuvent choisir de transposer une même notion de droit de l'Union par deux notions de droit national et, de fait, c'est ce qu'a longtemps fait le droit français...

Nous pensons donc qu'est sans incidence sur la question qui vous occupe la circonstance que le contrat de concession passé le 12 août 1991 aurait pu être qualifié de marché public de travaux au sens de la directive du 26 juillet 1971, alors applicable.

5.2.2. La seconde considération, que le pourvoi de la société Territoires 62 vous invite également à explorer de manière assez radicale en soutenant que la cour a commis une erreur de droit en retenant que la règle d'interdiction de renonciation aux intérêts moratoires s'applique à toutes les concessions d'aménagement, est liée aux **évolutions du droit interne** des concessions d'aménagement durant ces trente dernières années.

Conscient que le droit national se trouvait en délicatesse avec les textes européens, le nouveau code des marchés publics a, en 2001, largement aligné la définition française des marchés sur la définition européenne, laissant ouverte la possibilité que certains contrats qui n'étaient jusqu'alors pas identifiés comme tels soient qualifiés, en droit interne, de marchés publics.

Le législateur est ainsi intervenu par la loi n°2005-809 du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement, qui a notamment modifié l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme en prévoyant une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes et qui a défini précisément, à l'article L. 300-5, le contenu des traités de concession d'aménagement.

En 2006, le pouvoir réglementaire a même fait le choix de ne réglementer que les concessions d'aménagement emportant le transfert d'un risque, consacrant ainsi implicitement mais nécessairement l'idée que les concessions d'aménagement susceptibles d'être qualifiées de marchés de travaux au sens du droit de l'Union étaient, de plein droit, des marchés publics en droit interne.

Toutefois, dès 2009, le pouvoir réglementaire (décret n°2009-889 du 22 juillet 2009) a de nouveau distingué les deux types de concession d'aménagement (avec et sans risque) en modifiant les articles R*. 300-4 et suivants du code de l'urbanisme pour prévoir deux procédures : une applicable aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des concessions et une procédure relative aux concessions d'aménagement soumises au droit communautaire des marchés. Il a ainsi choisi de tirer la conséquence de ce que les concessions d'aménagement étaient parfois des marchés au sens du droit communautaire, non en en faisant des « marchés » au sens du droit interne, mais en les soumettant à un régime *ad hoc* répondant

aux exigences du droit européen.

Comme vous l'aurez constaté à l'aune de ce rappel, la question de l'applicabilité du droit de la commande publique aux concessions d'aménagement présente aujourd'hui encore quelques zones d'ombre et nous pensons donc que la position que vous adopterez aujourd'hui ne vaudrait pas nécessairement pour toutes les concessions d'aménagement passées depuis 2001, en particulier pour celles passées sous l'empire des règles en vigueur entre 2006 et 2009³.

Au total, si nous estimons que le droit actuel de la commande publique est au moins pour partie applicable à certaines concessions d'aménagement, nous croyons en revanche qu'en retenant une conception extensive pour ce qui concerne le litige dont vous avez à connaître, vous céderiez à une forme d'illusion rétrospective dont tant le bien-fondé que l'opportunité nous paraissent douteux : l'impératif de stabilité des relations contractuelles exige aussi, parfois, que l'on ne soumette pas des contrats anciens et leurs avatars à des changements de régime juridique qui résultent eux-mêmes d'une longue maturation.

Dans ces conditions, nous vous invitons à juger qu'en se fondant sur l'article 67 de la loi du 8 août 1994 pour annuler le contrat de transaction litigieux, alors que ces dispositions n'étaient pas applicables dès lors que le traité de concession conclu le 12 août 1991 ne constituait pas un marché public au sens de l'article 1^{er} du code des marchés publics alors en vigueur, la cour a commis une erreur de droit.

Vous pourrez donc annuler l'arrêt en tant qu'il fait grief aux demanderesses (c'est-à-dire à l'exception de son article 3) et renverrez l'affaire à la CAA de Douai à laquelle il appartiendra notamment de se prononcer sur les moyens tirés de ce que la transaction donnait lieu à des concessions déséquilibrées ou, le cas échéant, sur la portée de la régularisation du vice de procédure retenu par le TA de Lille.

EPCMNC :

- à l'annulation des articles 1^{er}, 2, 4 et 5 de l'arrêt du 27 février 2020 ;
- au renvoi de l'affaire, dans la mesure de la cassation prononcée, à la cour administrative d'appel de Douai ;
- à ce que soit mise à la charge de M. E... la somme de 1 500 euros à verser respectivement à la communauté d'agglomération de Lens-Liévin et à la société Territoires 62, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées au même titre par M. E....

³ Sachant qu'en principe, les contrats demeurent régis par les textes en vigueur lors de leur conclusion (Section 29 janvier 1971, *Sieurs Emery et autres*, n° 73932, p. 80 ; Section 3 novembre 1997, *Société Intermarbres*, n° 148698, p. 393, ccl. J-H. Stahl ; voir aussi ccl. E. Geffray sous Ass. 8 avril 2009, *Commune d'Olivet*)