

# La continuité du service public et l'urgence en marché public

Le Conseil d'État requalifie en marché public une concession provisoire de restauration scolaire conclue de gré à gré et considère que la condition d'urgence posée par le décret du 25 mars 2016 permettant de passer un marché sans formalité préalable n'est pas remplie.

Le 24 mai 2017, le Conseil d'État, saisi d'un recours à l'encontre d'une ordonnance rejetant un référé contractuel à l'encontre d'une convention provisoire de restauration scolaire conclue de gré à gré, a apporté de précieuses indications quant à la conciliation entre l'effectivité des règles de la commande publique et la continuité du service public, revenant par la même sur les conditions dans lesquelles un acheteur peut déroger en cas d'urgence impérieuse aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Pour ce faire, après avoir infirmé l'ordonnance querelée au stade de la recevabilité du recours, le Conseil d'État a requalifié la concession provisoire en marché public puis considéré que les strictes conditions posées à l'article 30 du décret du 25 mars 2016 n'étaient pas réunies compte tenu du comportement de la personne publique. Il a toutefois jugé nécessaire d'aménager dans le temps la sanction pour préserver la continuité du service public.

## Les conditions de recevabilité des référés contractuels à l'encontre des conventions provisoires

Avant de se prononcer sur le fond de l'affaire, le Conseil d'État est revenu sur les conditions de recevabilité d'un référé contractuel à l'encontre d'une convention provisoire conclue sans formalité préalable.

On sait que conformément aux dispositions de l'article L. 551-14 du CJA, le référé contractuel n'est plus ouvert aux candidats qui ont préalablement exercé un référé précontractuel à la condition que l'acheteur n'ait toutefois pas méconnu le délai de standstill visé à l'article L. 551-4 du CJA ou violé l'obligation de suspension de la conclusion du contrat jusqu'au prononcé de la décision du juge des référés précontractuels<sup>(1)</sup>.

(1) CJA, art. L. 551-4 et L. 551-9.

### Auteur

**Émeric Morice**

Avocat associé

Cabinet Symchowicz Weissberg et associés

### Références

CE 24 mai 2017, req. n° 407213

### Mots clés

Circonstances imprévisibles • Concession • Continuité du service public • Marché public • Référé contractuel • Requalification • Urgence impérieuse.

Le recours reste également ouvert lorsqu'en procédure formalisée, les candidats n'ont pas été utilement informés du rejet de l'offre, soit parce que l'acheteur ne leur a notifié aucune lettre de rejet<sup>(2)</sup>, soit parce que le courrier d'éviction contenait des informations erronées<sup>(3)</sup>. En somme, la possibilité de former un référé précontractuel doit être parfaitement effective pour que les candidats ne puissent plus agir en référé contractuel.

Or, en procédure adaptée ou pour les concessions, dès lors que les textes ne prévoient aucune obligation d'information des candidats évincés, l'effectivité du référé précontractuel ne peut résulter que d'une volonté de l'acheteur de rendre public le futur contrat<sup>(4)</sup>. Ainsi, le Code de justice administrative offre la possibilité aux acheteurs de fermer la porte du référé contractuel en laissant aux candidats la possibilité de former un référé précontractuel en rendant public, avant la conclusion du contrat, son intention de le conclure, et observer un délai de onze jours après cette publication. À défaut, les candidats ne peuvent connaître la date de signature du contrat et former utilement un référé précontractuel. En d'autres termes, pour que la porte du référé contractuel soit définitivement fermée, encore faut-il que celle du référé précontractuel ait été grande ouverte. Comme le rappelle le Conseil d'État dans sa décision, il convient donc de rechercher, pour les procédures adaptées ou en matière de concession, si la requérante « dont le référé avait été introduit postérieurement à la signature du contrat, n'[a] pas été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel du fait du comportement » de l'acheteur.

Dans l'affaire soumise au Conseil d'État, dans la mesure où la signature de la convention provisoire « n'a été précédée de la publication d'aucun avis de concession ni d'aucune forme de publicité », la société requérante « a été privée de la possibilité d'introduire utilement son référé précontractuel ».

Contrairement à ce qu'a considéré le juge de première instance, elle était donc recevable à initier un référé contractuel, pour peu qu'il soit introduit, en l'absence d'avis d'attribution, dans un délai de six mois à compter du lendemain du jour de la conclusion du contrat<sup>(5)</sup>. Le moyen tiré de l'absence de publicité est en outre un des

rare griefs opérants en référé contractuel conformément aux dispositions de l'article L. 551-18 du CJA<sup>(6)</sup>.

## La requalification du contrat

La directive 2014/23/UE, transposée par l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et son décret d'application n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016, pourtant largement inspirée des règles en vigueur pour les marchés publics, n'envisage pas plus que l'ancien texte un régime dérogatoire à la mise en concurrence en cas d'urgence.

Dès 2000, le Conseil d'État a néanmoins implicitement reconnu la faculté pour une personne publique de conclure une convention provisoire de gré à gré pour assurer la continuité d'un service public<sup>(7)</sup>. Le rapporteur public relevait d'ailleurs que « la solution juridique à laquelle a recouru le syndicat d'une convention provisoire, pour se laisser le temps de refaire la procédure et d'exercer ses droits à recours, nous paraît la meilleure envisageable »<sup>(8)</sup>. Plus explicitement ensuite, le Conseil d'État a appréhendé en creux l'urgence au travers du dispositif de l'article L. 1411-2 du CGCT, aujourd'hui abrogé, jugeant que la prolongation d'une concession est légalement possible sans qu'il soit nécessaire de vérifier si la prise en charge directe du service par la commune est impossible<sup>(9)</sup>. Pour le rapporteur public, la décision de prolongation faisant suite à une décision de justice censurant une décision d'attribution ne méconnaît pas pour autant l'autorité de la chose jugée<sup>(10)</sup>. Ce n'est finalement que récemment, dans l'arrêt Communauté d'agglomération du centre de la Martinique<sup>(11)</sup> que le Conseil d'État a expressément admis la faculté de conclure une convention provisoire de gré à gré « en cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service ». Il a ensuite validé l'application de ce principe en cas de

(2) CE 10 novembre 2010, France Agrimer, req. n° 340944.

(3) CE 18 décembre 2012, Métropole Nice-Côte d'Azur, req. n° 363342 ; CE 24 juin 2011, OPIEVOY, req. n° 346665.

(4) CE 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435 ; CE 25 octobre 2013, Commune de La Seyne-sur-Mer, req. n° 370393.

(5) CJA, art. R. 551-7.

(6) Précité, CE 19 janvier 2011, Grand port maritime du Havre, req. n° 343435 « qu'en ce qui concerne l'ensemble des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, les manquements susceptibles d'être utilement invoqués dans le cadre du référé contractuel sont, comme les sanctions auxquelles ils peuvent donner lieu, limitativement définis aux articles L. 551-18 à L. 551-20 du même code ; qu'ainsi, le juge des référés ne peut prononcer la nullité mentionnée à l'article L. 551-18 - c'est-à-dire annuler le contrat - ou, le cas échéant, prendre les autres mesures prévues aux articles L. 551-19 et L. 551-20, que dans les conditions prévues à ces articles ».

(7) CE 21 juin 2000, Synd. intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaïse, req. n° 209319 ; CAA Marseille 9 avril 2009, Commune d'Orange, req. n° 07MA02807 ; CAA Marseille 25 juin 2007, Commune de Sanary-sur-Mer, req. n° 05MA00197.

(8) Concl. C. Bergeal sur CE, 21 juin 2000, Synd. intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaïse, req. n° 209319, p. 2.

(9) CE 8 juin 2005, Omayeli, req. n° 255987.

(10) Concl. Nicolas Boulouis CE, 8 juin 2005, Tomaselli, req. n° 255987, p. 5 et 6 - BJCP 2002, n° 29, p. 327.

(11) CE 4 avril 2016, Communauté d'agglomération du centre de la Martinique, req. n° 396191.

défaillance du titulaire quand bien même la condition de la soudaineté de l'évènement n'était pas remplie<sup>[12]</sup>.

Cette fois, le Conseil d'État n'est pas allé dans cette voie et a procédé à une requalification du contrat en marché public. On sait que pour qu'un contrat soit qualifié de concession, il est impératif qu'un risque d'exploitation soit présent, fût-il infime<sup>[13]</sup>. À défaut, le risque de requalification du contrat en marché public est prégnant<sup>[14]</sup>. Le risque d'exploitation est en effet inhérent à la définition même de la concession, l'article 5 de l'ordonnance de 2016<sup>[15]</sup> qui renvoie à la gestion d'un service par un opérateur vise précisément un transfert du « 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 » et souligne que « la part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché ».

Or, comme il a déjà pu le faire dans d'autres circonstances pour des services de restauration scolaire<sup>[16]</sup>, le Conseil d'État considère, après avoir relevé que les compensations et garanties de la personne publique couvraient 86 % de la rémunération du cocontractant, qu'« en l'absence de réel risque d'exploitation et compte tenu des compensations et garanties fournies à l'entreprise par la commune, ne peut être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ».

## L'imprévoyance n'est pas l'imprévisibilité

Une fois le contrat requalifié en marché public, le Conseil d'État contrôle la légalité de la convention provisoire litigieuse - qui aurait pu être conclue à l'issue d'une procédure adaptée<sup>[17]</sup> - au regard des dispositions de l'article 30 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics<sup>[18]</sup>.

Bien que la nouvelle rédaction vise uniquement « les procédures formalisées », ces dispositions concernent toutes les procédures, y compris les procédures adaptées puisqu'elles ont vocation à transposer la directive communautaire qui vise les « procédures ouvertes, restreintes ou concurrentielles avec négociation »<sup>[19]</sup>. En outre, il n'existe aucune disposition spécifique en procédure adaptée qui traite de l'urgence. En tout état de cause, comme le relève à juste titre le rapporteur public Gilles Péllissier dans ses conclusions « 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 ».

Ceci rappelé, en dépit de quelques reformulations<sup>[20]</sup>, la philosophie du texte reste identique à celle des anciennes dispositions de l'article 35 du Code des marchés publics. Les conditions permettant de recourir, par dérogation, à un marché de gré à gré sont très strictes. Dans une récente communication au Parlement européen et au Conseil relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile, la Commission réaffirme que « le recours à cette procédure reste exceptionnel » « étant donné que, dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs dérogent au principe de base du traité en ce qui concerne la transparence »<sup>[21]</sup>. L'urgence doit donc être impérieuse et trouver sa cause dans des circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur. Toutes les conditions doivent être remplies de manière cumulative et être interprétées de manière restrictive<sup>[22]</sup>.

L'imprévisibilité s'apprécie par rapport à l'acheteur. Les circonstances l'obligeant à conclure en urgence un marché sans formalité préalable doivent nécessairement être indépendantes de sa volonté ou de son propre comportement. La carence de l'administration ne peut pas être analysée comme une circonstance imprévisible<sup>[23]</sup> et l'inertie des pouvoirs publics à lancer une procédure de passation est régulièrement censurée par la Cour de

[12] CE 14 février 2017, Société Grand Port maritime de Bordeaux, req. n° 405157.

[13] CJUE 10 novembre 2011, Norma-A SIA SIADekom SIA, aff. C-348/10 ; CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG, aff. C-458/03 ; Rec. CJCE 2005, I, p. 8585.

[14] CJCE 18 juillet 2007, Commission c/ Italie, aff. C-382/05 ; Rec. CJCE 2007, I, p. 6659.

[15] Nouvel article L. 1411-1 du CGCT

[16] CE 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, req. n° 289234, Rec. CE, p. 494 ; CE 5 juin 2009, Sté Avenance – Enseignement et Santé, req. n° 298641 ; Rec. CE tables, p. 826.

[17] Art. 28 du décret n° 2016-360 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.

[18] « 1° 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 ».

[19] Art. 32.2 c de la Directive 2014/24/UE du 26 février 2014.

[20] Le décret du 25 mars 2016 ajoute notamment une illustration de circonstances imprévisibles en renvoyant aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du Code rural et de la pêche maritime portant sur certains dangers de nature à porter atteinte à la santé des animaux et des végétaux ou à la sécurité sanitaire des aliments et les maladies d'origine animale ou végétale qui sont transmissibles à l'homme.

[21] Com/2015/0454, 9 septembre 2015, Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil relative aux règles de passation de marchés publics en lien avec l'actuelle crise de l'asile.

[22] CJUE 15 octobre 2019, Comm. CE c/ Allemagne, aff. C-275/08 ; CJUE 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, aff. C-352/12.

[23] CAA Lyon 18 mai 1989, Sté Royat Automobiles, Rec. CE tables p. 777 ; LPA 7 mai 1990, p. 5 : « l'urgence est due non à des circonstances imprévisibles mais à la seule carence de la collectivité à définir un nouveau cahier des charges et à organiser un nouvel appel d'offres ».

justice<sup>[24]</sup>. L'urgence impérieuse équivaut quant à elle à un « cas d'extrême urgence »<sup>[25]</sup> par opposition à « l'urgence simple » qui permet de réduire les délais de la consultation<sup>[26]</sup>. Comme le précise la jurisprudence de la Cour de justice<sup>[27]</sup>, si l'urgence impérieuse est invoquée, la passation de marchés publics requise doit s'effectuer dans les meilleurs délais. L'urgence impérieuse a été reconnue par la proximité de la rentrée scolaire, alors même que le terrain sur lequel devait être édifiée la construction objet du marché n'était pas encore la propriété de la commune<sup>[28]</sup> ou d'une situation résultant de la déclaration d'infructuosité d'une procédure d'appel d'offres<sup>[29]</sup>.

Or, en l'espèce, à la suite de l'annulation d'une délégation de service public avec un effet différé, l'acheteur n'a engagé aucune démarche si ce n'est interjeter appel de la décision. Il s'est contenté de conclure une convention provisoire d'une durée de quatorze mois. Le Conseil d'État censure ce comportement considérant que « la commune de Saint-Benoît, qui a fait appel de ce jugement, n'a pris aucune initiative en vue de lancer une nouvelle procédure de délégation du service public et a conclu le 18 novembre, sans mesure de publicité et de mise en concurrence, une convention de gestion provisoire avec la société Dupont Restauration Réunion, approuvée par une délibération du 25 novembre 2016 ; que, dans ces conditions, la commune n'est pas fondée à soutenir qu'elle était placée dans une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur, au sens de l'article 30 du décret du 25 mars 2016 précité ; qu'en outre, par sa durée de quatorze mois, la convention excède ce qui est strictement nécessaire pour faire face à la situation d'urgence alléguée ». Selon le rapporteur public Gilles Pélissier, dès lors que la commune n'a pris « aucune initiative » durant la période de l'effet différé de l'annulation, elle s'est « elle-même placée, par son inertie, en situation d'urgence, elle ne peut se prévaloir des dispositions de l'article 30 ».

[24] CJUE 27 octobre 2011, Comm. CE c/ Rép. Hellénique, aff. C-601/10 : considérant que les acheteurs ne sont pas « en mesure d'invoquer leur propre échec à estimer et à déterminer précisément l'objet physique et la portée du marché initial pour procéder ensuite à l'attribution de services complémentaires par la conclusion de contrats distincts en violation des principes d'égalité de traitement et de transparence » (point 33 de l'arrêt) ; CJCE 14 septembre 2004, Comm c/ Italie, aff. C-385/02 ; CJCE, 15 octobre 2009, Comm c/ Allemagne, aff. C-275/08.

[25] Communication précitée de la Commission en date du 9 septembre 2015.

[26] Fiche pratique de la DAJ – L'urgence dans les marchés publics – mise à jour le 29 août 2016.

[27] Précitée, CJUE 20 juin 2013, Consiglio Nazionale degli Ingegneri, aff. C-352/12.

[28] TA Nice 3 avril 1986, Bartoli : *Rec. CE*, p. 609.

[29] CE 11 octobre 1985, Cie générale de construction téléphonique c/ Centre hospitalier régional de Rennes, req. n° 38788 : *AJDA* 1985, p. 750, obs. L. Richer, « le retard entraîné par la circonstance que l'appel d'offres a légalement été déclaré infructueux a donné à la mise en service du réseau téléphonique de l'hôpital [...] un caractère imprévu d'urgence ».

## La préservation de la continuité du service public par l'aménagement de la sanction

On ne peut que saluer la rigueur du raisonnement dès lors qu'il sanctionne l'attentisme de la personne publique et préserve de « toute instrumentalisation de cette dérogation par l'acheteur en la rendant la plus objective possible ». Mais, comme le reconnaît le rapporteur public Gilles Pélissier, « la rigueur de son application présente 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 ».

Il semble pourtant qu'il faille respecter strictement la lettre même des dispositions du décret qui, comme l'estime le Conseil d'État, « définissent de manière exhaustive les conditions dans lesquelles une personne publique peut, en cas d'urgence, conclure un nouveau marché public, notamment à titre provisoire, sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ». À l'inverse, les principes dégagés en la matière pour les concessions sont plus souples et intègrent la préservation de la continuité du service public pour éviter toute interruption de service (cf. *supra*).

Le degré de protection du service public et sa continuité dépendraient donc de la nature du contrat bien que la dichotomie entre marché public et concession ne repose que sur le mode de rémunération du titulaire du contrat qui est en tout point étranger à la notion même de service public. Plus encore, des concessions de service peuvent ne pas être de service public. En vérité, pour les concessions, la continuité du service public est un des paramètres à prendre en considération pour apprécier la régularité de la convention provisoire conclue tandis que, dans le cadre des marchés publics, le juge veillera tout autant à ne pas interrompre le service quand il s'agira de se prononcer sur la nature de la sanction et son aménagement dans le temps.

Conformément aux dispositions de l'article L. 551-19 du CJA, le juge des référés contractuels peut ainsi prendre des mesures alternatives à l'annulation du contrat au regard de ses effets excessifs sur un intérêt général. Il peut également reporter dans le temps la prise d'effet de la sanction<sup>[30]</sup>.

C'est cette dernière solution qui a eu les faveurs du Conseil d'État, lequel après avoir considéré « qu'aucune raison impérieuse d'intérêt général ne justifie le prononcé de l'une des mesures alternatives à l'annulation prévues par l'article L. 551-19 de ce code », n'a prononcé l'annulation de la convention qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois « compte tenu de la nécessité de préserver la continuité du service de la restauration municipale ». Au final, la convention provisoire, certes irrégulière, aura survécu près de huit mois.

[30] CE 1<sup>er</sup> juin 2011, Société Koné, req. n° 346405 ; CE, ass., 11 mai 2004, AC, req. n° 255886.