



Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Mise en concurrence

Chroniques | Concurrences N° 1-2018 | pp. 190-200

CRDP

arnaud.see@u-picardie.fr
fabien.tesson@univ-angers.fr

Centre de Recherches sur le Droit Public
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

Mise en concurrence

CRDP*

arnaud.see@u-picardie.fr
fabien.tesson@univ-angers.fr

Centre de Recherches sur le Droit Public
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

1. Textes

190 Le Gouvernement français précise les conditions de délivrance de certains titres d'occupation du domaine public
Gouv. franç., Direction générales des finances publiques, Section Gestion comptable publique n° 17-0018, Circulaire du 19 oct. 2017, Application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques – Délivrance de titres d'occupation de courte durée – Un cas d'application : les fêtes foraines et les cirques, NOR : CPAE1727822C

2. Jurisprudence

192 Le Conseil d'Etat et la Cour de justice de l'Union européenne encadrent les stipulations techniques à effet protectionniste dans la commande publique en conciliant concurrence et intérêt général
CJUE, 8 juin 2017, Medisanus, aff. C-296/15 ; CE, 4 déc. 2017, Ministre de l'Intérieur, n° 413366 ;

195 Le Conseil d'Etat confirme les obligations minimales qui s'imposent à la personne publique à l'issue de la passation d'un marché à procédure adaptée, et limite de ce fait le contentieux contractuel de ces contrats

CE, 31 oct. 2017, MB Terrassements bâtiments, n° 410772

196 Le Conseil d'Etat précise quelles circonstances peuvent justifier que le pouvoir adjudicateur modifie, au cours de la passation d'une concession de service public, les étapes essentielles de la procédure prévue par le règlement de consultation
CE, 8 nov. 2017, Transdev, n° 412859

198 Le Conseil d'Etat précise les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public pouvait être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur de l'article L. 3112-4 du CGPPP et indique que la réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale
CE, 15 nov. 2017, Commune d'Aix-en-Provence, Société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA), n° 409728

1. Textes

Domaine public – Titre d'occupation – Conditions de délivrance: Le Gouvernement français précise les conditions de délivrance de certains titres d'occupation du domaine public (*Gouv. franç., Direction générales des finances publiques, Section Gestion comptable publique n° 17-0018, Circulaire du 19 oct. 2017, Application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques – Délivrance de titres d'occupation de courte durée – Un cas d'application : les fêtes foraines et les cirques, NOR : CPAE1727822C*)

L'ordonnance du 19 avril 2017 (n° 2017-562, 19 avril 2017, relative à la propriété des personnes publiques, *JORF* n° 93, 20 avril 2017) commence à être précisée par les pouvoirs publics, en particulier concernant l'activité des professionnels du cirque et de la fête foraine. Tel est l'objectif de la circulaire commentée du 19 octobre 2017 (application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques – délivrance de titres d'occupation de courte durée – un cas d'application : les fêtes foraines et les cirques, NOR : CPAE1727822C). Derrière l'intérêt pratique de ce texte pour les acteurs locaux – voire sa dimension médiatique : son apparition n'est pas sans lien avec l'opposition du monde forain à la remise en cause des conditions de son activité sur le domaine public, la circulaire permet de revenir sur les aménagements des exigences prévues par l'ordonnance relative à la propriété des personnes publiques.

Le contenu de la circulaire du 19 octobre 2017 doit être présenté en trois temps. Le premier permet de revenir globalement sur l'ordonnance n° 2017-562 qui institue “à compter du 1^{er} juillet 2017, un principe de sélection préalable des demandeurs de certaines autorisations d'occupation ou d'utilisation du domaine public. Ces mesures de sélection, destinées à assurer le respect d'un principe de transparence, ne relèvent pas des procédures formalisées de la commande publique”.

Le second temps constitue le cœur du texte et permet d'envisager “dans le respect de ce principe de transparence, (...) des situations dans lesquelles l'autorité compétente n'a pas l'obligation d'organiser une procédure de sélection”. Les “dispositions relatives à ces situations [ayant] vocation à s'appliquer à de nombreux cas de fêtes foraines et de cirques”.

Le dernier temps est l'occasion de rappeler la nécessité pour les autorités administratives d'envisager de manière apaisée la mise en place d'activités foraines et circassiennes. En effet, le texte de la circulaire opère un double rappel. D'une part, celui des “termes de l'instruction du 7 avril 2017 relative aux médiations concernant les installations de cirques avec animaux et fêtes foraines (NOR : INTA1710483J) qui (...) invite, en cas de difficulté ou de litige à l'occasion de l'installation de cirques ou de fêtes foraines, et sans remettre en cause les compétences des collectivités territoriales, à favoriser le dialogue et la concertation préalable entre les professionnels du secteur et les collectivités concernées”. C'est dans cette même perspective qu'a été adopté le décret du 27 octobre 2017 relatif à la Commission nationale des professions foraines et circassiennes (n° 2017-1501, *JORF* n° 0254, 29 oct. 2017). Cette commission est chargée “d'étudier les questions relatives à ces professions et de formuler des propositions visant à garantir la bonne prise en compte de la spécificité de leurs activités économiques et du mode de vie mobile des personnes exerçant ces professions” (art. 1). D'autre part, la circulaire rappelle la jurisprudence *Daudignac* (CE, Ass., 22 juin 1951, n° 590) : “toute mesure d'interdiction générale et absolue des cirques et fêtes foraines doit faire l'objet

* Sous la direction de Bertrand du Marais, Conseiller d'Etat et président de l'association FIDES, d'Arnaud Sée, Professeur de droit public, Université Paris-Nanterre et de Fabien Tesson, Maître de conférences, Université d'Angers.

Avec la participation de L. Folliot-Lalliot, Professeur de droit public, Université Paris Nanterre ; G. Marson, Docteur en droit public ; A. Gras, Doctorant en droit public, Université Paris Nanterre.

Tous membres ou membres associés du Centre de Recherches sur le Droit public de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

Les opinions ici exprimées n'engagent que leurs auteurs et non les institutions auxquelles ils appartiennent.

d'une attention particulière" puisque *"de telles mesures ne peuvent être prises, d'une façon générale et absolue, sur le territoire de la commune (...) sans encourir la censure du juge administratif"*.

Le texte invite à souligner les aménagements qui peuvent être mis en œuvre dans l'application de l'ordonnance du 17 avril 2017 autant que les limites du champ d'application de ce texte.

L'exécutif précise les aménagements à l'application de l'ordonnance du 17 avril 2017

Selon l'article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP), sauf *"dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester"*. Cependant, lorsque *"l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution"*. C'est précisément ce cas d'aménagement à la procédure de sélection que le texte relatif à l'application des dispositions de l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques vient préciser en faveur des fêtes foraines et des cirques. En effet, il est énoncé dans la circulaire que l'ordonnance *"n'a pas précisé la forme que devaient prendre les « simples mesures de publicité préalable » nécessaires pour les « occupations de courte durée » du domaine public"*. Le texte va en conséquence fournir quelques conseils opérationnels en la matière.

Il serait donc permis aux *"collectivités de se limiter à une publication annuelle des conditions générales d'attribution de leur domaine public aux fins de porter à la connaissance de tous les espaces ouverts à l'utilisation privative et ceux qui éventuellement en sont exclus"*. Au-delà de cette précision, il est avancé que les conditions générales d'attribution recouvrent *"l'ensemble des aspects pratiques utiles à la formalisation de la demande d'occupation en indiquant notamment l'identification du service compétent, le montant de la redevance d'occupation du domaine public ou ses modalités de calcul"*. Pour terminer, il est relevé dans le texte du 19 octobre 2017 que dans le cas abordé, la publicité *"peut se traduire par un affichage en mairie, par la publication de l'information sur le site internet de la commune, ou par la publication dans un quotidien à fort tirage"*.

On pressent bien que ces éléments ne permettront pas d'empêcher toute discussion – y compris contentieuse – l'autorité publique devant, dans tous les cas, apprécier la situation en assurant *"le respect du principe de libre*

concurrence". Cependant, il convient de remarquer que le texte fournit ici un guide à destination des autorités administratives dans des situations courantes qui peuvent excéder les cas forains ou circassiens et concerner l'ensemble des activités éphémères et/ou itinérantes qui peuvent prendre place sur le domaine public.

La circulaire envisage également le cas des limites du champ d'application de l'ordonnance du 17 avril 2017.

L'exécutif aborde les limites du champ d'application de l'ordonnance du 17 avril 2017

Selon l'article L. 2122-1-3 du CGPPP, les exigences de sélection et/ou de publicité précédemment évoquées ne sont pas applicables lorsque *"l'organisation de la procédure qu'il prévoit s'avère impossible ou non justifiée"*. Dans ces cas, l'autorité compétente peut délivrer le titre à l'amiable. Le code propose une liste de cas qui n'est, comme le souligne la circulaire, pas exhaustive et sera donc certainement précisée par le juge administratif. Il n'en demeure pas moins que le texte n'exclut pas que cette disposition puisse bénéficier aux activités du cirque et de fête foraine *"lorsque les enjeux économiques et les enjeux en termes de respect de la concurrence sont très faibles, au point que le recours à la sélection apparaît disproportionné"*. Cette tentative d'objectivation de l'exception renvoie à une logique de seuil ou d'influence sur les échanges, tout à fait commune en droit de la commande publique (V. par ex. décret n° 2016-360, 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, *JORF* n° 0074, 27 mars 2016, art. 30, I, 8° et 10°) mais aussi en droit de la concurrence – par exemple avec les aides *de minimis*. D'autres exceptions à la mise en concurrence (art. L. 2122-1-2, CGPPP) justifiées par exemple par l'urgence se rapprochent de même des exceptions connues en matière de commande publique...

Si la circulaire commentée a tendance à rapprocher les procédures d'attribution des titres d'occupation du domaine public du droit de la mise en concurrence des contrats publics, elle n'en révèle pas moins, par les marges qu'elle reconnaît aux autorités publiques, le caractère encore hautement dérogoire de la délivrance de ces titres. Cette nature particulière s'illustre dans le projet de loi relatif à l'organisation des jeux Olympiques et Paralympiques 2024. Les particularités du domaine public et du droit de sa mise en concurrence, matérialisées par la circulaire du 19 octobre 2017, sont à observer finalement en contrepoint avec la question des cessions des collectivités territoriales pour lesquelles on rappellera qu'*"aucun principe à valeur constitutionnelle ou aucune disposition à valeur législative ne subordonne la régularité d'une vente d'un bien domanial d'une collectivité territoriale au respect d'une procédure de publicité et de mise en concurrence"*. En conséquence, une mesure ayant pour objet la vente d'un bien communal au plus offrant, ne relève *"pas d'une procédure formalisée nécessitant le respect des règles de publicité, d'égalité de traitement entre les candidats et de mise en concurrence, telles qu'elles s'appliquent, notamment, en matière de passation de contrats et de marchés publics"* (TA Montpellier,

21 sept. 2017, *Les amis de la maison de Jean Moulin*, n° 1600753, *Contrats et Marchés publ.* n° 11, novembre 2017, comm. 262, G. Eckert; *JCP A* n° 43-44, 30 octobre 2017, comm. 2253, C. Chamard-Heim; v. dans le même sens CE, 27 mars 2017, *Procedim et Sinfimmo*, n° 390347, *Contrats et Marchés publ.* n° 5, mai 2017, comm. 144, obs. H. Hoepffner).

F. T. ■

2. Jurisprudence

Stipulations techniques – Discriminations – Travailleurs étrangers – Entreprises étrangères : Le Conseil d'Etat et la Cour de justice de l'Union européenne encadrent les stipulations techniques à effet protectionniste dans la commande publique en conciliant concurrence et intérêt général (CJUE, 8 juin 2017, *Medisanus*, aff. C-296/15; CE, 4 déc. 2017, *Ministre de l'Intérieur*, n° 413366)

Deux décisions récentes méritent d'être présentées ensemble car elles permettent de préciser les contours du droit des contrats de la commande publique européenne alors que certains acteurs du Marché unique sont de plus en plus tentés par des réflexes protectionnistes. Leur écho raisonne particulièrement en France où l'on a assisté à la multiplication des clauses dites "Molière", dans les procédures de mise en concurrence, pour exiger l'usage systématique de la langue française, dans le but de limiter l'accès des travailleurs étrangers, et donc des entreprises qui les employaient sur les chantiers publics. Mais outre l'exigence de la langue, d'autres spécifications techniques peuvent également avoir un effet discriminatoire. Sous différents angles, puisque l'une valide, sous conditions, une clause imposant le recours à l'interprétariat, tandis que l'autre annule une clause exigeant la fourniture de produits de provenance locale, ces deux affaires s'opposent à la mise en œuvre d'une préférence nationale plus ou moins explicite dans les conditions d'exécution des marchés publics. Chronologiquement, la première affaire a été jugée par la CJUE le 8 juin 2017 (*Medisanus*, aff. C-296/15; M. Ubaud-Bergeron, La délicate opération de conciliation entre concurrence et santé publique, *Contrats et Marchés Publics*, n° 10, 01/10/2017). Elle a permis de sanctionner, pour méconnaissance de la directive 2004/18 ainsi que de l'article 34 TFUE, lu en combinaison avec l'article 36 TFUE, une clause du cahier des charges d'un marché public hospitalier qui exigeait que des médicaments dérivés du plasma soient produits à partir de plasma collecté en Slovénie. La seconde affaire, qui s'est déroulée sur le territoire français, a donné lieu à deux décisions. Le Conseil d'Etat, dans un arrêt *Ministre de l'Intérieur* du 4 décembre 2017, (n° 413366) a été saisi en appel de l'ordonnance en référé du 7 juillet 2017 rendue par le Tribunal administratif de Nantes (*Préfète de la région Pays de la Loire*, n° 1704447). Confirmant la solution en premier ressort, le Conseil d'Etat a ainsi validé les clauses du cahier des charges imposant le recours à

l'interprétariat sur les chantiers publics en estimant que l'atteinte à la liberté de circulation était justifiée au regard des exigences de sécurité des salariés.

L'élaboration, par le pouvoir adjudicateur, de spécifications techniques ou de clauses contractuelles ayant pour effet de restreindre la participation d'entreprises employant de la main d'œuvre étrangère ou l'achat de produits étrangers est ainsi strictement encadrée afin de rester proportionnée aux objectifs poursuivis, en l'occurrence, l'intérêt de la santé publique d'une part, et la protection des travailleurs d'autre part.

La CJUE a jugé que l'atteinte au principe d'égal accès aux marchés publics était disproportionnée au regard de l'intérêt de la santé publique

L'affaire *Medisanus* (*La lettre de la DAJ* – n° 232, 22 juin 2017) a donné à la CJUE l'occasion de juger "discriminatoire" la clause d'un marché hospitalier slovène exigeant que les médicaments fournis soient fabriqués à partir de plasma uniquement collecté en Slovénie. Saisie d'une demande de révision du cahier des charges par l'entreprise *Medisanus*, la Commission nationale chargée d'examiner les recours précontractuels s'est tournée vers la CJUE afin qu'elle apprécie si les lois slovènes relatives aux médicaments (n° 17/74) et à l'approvisionnement en sang (n° 104/06), ainsi que la disposition du cahier des charges s'y rapportant, qui prévoyait que les médicaments objets de ce marché devaient être "tiré[s] de plasma slovène", méconnaissaient le droit de l'Union.

Incidemment, cette décision est également intéressante en raison de l'examen de la nature de la Commission slovène en charge des recours : appliquant les conditions posées dans l'arrêt du 6 octobre 2015, *Consorti Sanitari del Maresme*, (aff. C-203/14, pt. 17 et jurisprudence citée), telles que l'origine légale de cet organe, son indépendance, sa permanence, le caractère obligatoire de sa juridiction, la nature contradictoire de la procédure, l'application, par ledit organe, des règles de droit ainsi que son indépendance, la Cour reconnaît la qualité de "juridiction nationale", au sens de l'article 267 TFUE, à l'organe de renvoi.

Sur le fond, la Cour a estimé que cette clause créait une spécification technique imposant une origine déterminée, cette dernière étant "intrinsèquement discriminatoire" puisqu'une entreprise proposant des médicaments dérivés de plasma issu d'autres États de l'Union Européenne se trouverait de fait empêchée de "soumissionner utilement". La Cour avait déjà jugé une affaire similaire en 1988, *Commission contre Irlande* (CJUE, 22 sept. 1988, *Commission et Irlande*, aff. C-45/87, pt. 22) dans laquelle elle avait énoncé que le pouvoir adjudicateur peut prévoir une spécification technique afin d'exiger une provenance déterminée, mais ce n'est qu'à deux conditions : que cette exigence demeure exceptionnelle c'est-à-dire que l'objet du marché le justifie pleinement, et que cette exigence soit assortie des termes "ou équivalent". En l'occurrence, la disposition du cahier des charges en cause ne prévoyait pas cette alternative, pourtant exigée par l'article 2 de la directive 2004/18.

Au regard de l'article 34 du TFUE, le Gouvernement slovène arguait également qu'une telle restriction à la liberté fondamentale de la libre circulation des marchandises pouvait être justifiée par "*la protection de la santé publique*", comme dans l'arrêt *Humanplasma* du 9 décembre 2010 (aff. C-421/09). Toutefois, la Cour a rappelé que s'il était certes possible, au nom de motifs légitimes issus de l'article 36 du TFUE, et notamment du motif de santé publique, de restreindre la liberté de circulation des marchandises, et si en l'espèce la clause relative à l'exécution du contrat était effectivement de nature à poursuivre un objectif légitime – celui d'assurer l'auto-suffisance du pays et partant de l'Union en matière d'approvisionnement en produits sanguins – cette législation n'était pas proportionnée à l'objectif poursuivi. En effet, si l'article 4 §2 de la directive 2002/98, qui régit diverses opérations en rapport avec le sang humain, offre la possibilité à "*un État membre de maintenir ou d'introduire sur son territoire des mesures de protection plus strictes*", cela doit être dans le respect des dispositions du traité. Ses objectifs restant de "*contribuer à la confiance mutuelle dans la qualité des dons de sang et de composants sanguins et la protection de la santé des donneurs, parvenir à l'autosuffisance au niveau communautaire et renforcer la confiance dans la sécurité de la filière transfusionnelle dans l'ensemble des États membres (...)*".

L'affaire *Medisanus* (La lettre de la DAJ – n° 232, 22 juin 2017) a ainsi permis à la CJUE d'aborder la question de l'articulation entre la règle d'origine des produits ("*rule of origins*") avec le principe de l'égalité d'accès à la commande publique et plus largement avec le principe de libre circulation des marchandises. Cette règle qui trouve à s'appliquer dans le commerce international peut en effet être sollicitée quand il s'agit de tracer la provenance d'un produit ou de ses composants. En l'espèce, la Cour a tout d'abord réfuté l'argument du Gouvernement suivant lequel le sang constituerait "*une ressource*" et non une "*marchandise*" au sens de l'article 34 TFUE. Suivant les conclusions de l'Avocat général, les médicaments en question constituent ainsi des "*produits*" qui relèvent de la libre circulation des marchandises et qui sont également couverts par la législation européenne sur les marchés publics. La règle d'origine peut également s'appliquer de manière négative, pour exclure ou limiter (tel le *Buy American Act* aux États-Unis) les achats publics de produits de provenance étrangère. Or la législation slovène, en particulier la loi sur l'approvisionnement en sang, s'efforce d'assurer la couverture des besoins par ses propres ressources, ce que la Cour appelle le "*principe d'autosuffisance nationale*", tandis que la loi sur les médicaments prévoit un "*principe d'approvisionnement prioritaire*" en vertu duquel les médicaments provenant de plasma non slovène ne sont autorisés qu'à titre subsidiaire, lorsque les besoins locaux ne sont pas couverts. En posant cette exigence d'origine nationale, le droit slovène prévoit une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative susceptible d'entraver directement ou indirectement les importations entre les États membres. À l'heure où le débat autour des chaînes d'approvisionnement ("*supply chains*") s'intensifie, la question de la règle d'origine des produits

et des effets juridiques de leur transformation dans des pays différents, commence à pénétrer le droit de la commande publique européenne et transnationale.

Dans l'affaire française, la question posée à travers les clauses d'interprétariat était celle de la conciliation entre la liberté de circulation des personnes et le respect des obligations pour assurer la sécurité et la protection des salariés

Le Tribunal de Nantes avait été saisi par la Préfète de Loire Atlantique d'un recours en référé sur la base de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative» à la suite de la publication le 28 avril 2017, par la Région des Pays de la Loire, d'un avis d'appel public à la concurrence en vue de la passation d'un marché public de travaux de mise en accessibilité aux handicapés et de la réfection des cours du lycée Ambroise Paré à Laval (Mayenne). Or, deux clauses du CCAP, l'une relative à l'information sur les droits sociaux en matière de protection sociale et l'autre relative à la formation des travailleurs, exigeaient l'intervention d'un interprète qualifié, aux frais du titulaire, lorsque des personnels présents sur le chantier ne maîtrisaient pas suffisamment la langue française. Ces formulations avaient attiré l'attention des services préfectoraux chargés du contrôle de légalité, qui demandaient l'annulation de la procédure de passation du marché ainsi que la suppression des clauses dite "d'interprétariat", dans le sillage de la controverse autour de la "clause Molière".

Bien que proches, la clause d'interprétariat ne saurait être confondue avec la clause exigeant l'usage du français sur les chantiers publics. Cette dernière clause, dite "clause Molière", est apparue dans les appels à concurrence lancés par la ville d'Angoulême en 2016. Très critiquée par la doctrine, mais prisée par les élus qui souhaitaient afficher une politique d'achats publics dissuasive de l'emploi de travailleurs étrangers, elle a suscité l'intervention de l'instruction ministérielle du 27 avril 2017 qui en a condamné l'usage. Elle s'appuie sur les articles du code du travail qui transposent la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectués dans le cadre d'une prestation de service, et qui imposent aux employeurs détachant temporairement des salariés sur le territoire national de leur appliquer l'essentiel du droit du travail français, notamment en matière de santé et de sécurité au travail et de protection sociale.

Une véritable "clause Molière", exigeant l'usage du français a été récemment annulée par un jugement du 13 décembre 2017 du Tribunal Administratif de Lyon (TA de Lyon, 13 décembre 2017, *Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes*, n° 1704697). Il a considéré que la délibération du conseil régional d'Auvergne-Rhône-Alpes instaurant cette clause constituait un détournement de pouvoir car elle avait été adoptée non pour assurer la protection de la santé et la sécurité des salariés mais pour "*combattre le recours aux travailleurs détachés*" (suivant les termes de la délibération et de son annexe),

dans les marchés publics régionaux et favoriser ainsi les entreprises régionales en méconnaissance des principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats. Le Tribunal a notamment relevé que cette exigence était généralisée à tous les marchés et à tous les salariés et que sa violation pouvait entraîner une pénalité allant jusqu'à 5 % du montant du marché.

Différentes dans leur objet et dans leur ampleur, les clauses d'interprétariat étaient justifiées, par la Région des Pays de la Loire, par la nécessité de respecter l'obligation de prévention et de vigilance en matière d'application de la législation du travail, *“afin que la personne publique responsable puisse s'assurer que les personnels présents sur le chantier et ne maîtrisant pas suffisamment la langue française, quelle que soit leur nationalité, comprennent effectivement le socle minimal de normes sociales qui, en vertu notamment de l'article L. 1262-4 du code du travail (...), s'applique à leur situation”*, tandis que l'autre clause relative à la formation des travailleurs pour l'exécution de tâches à risques exigeait que *“cette formation donne lieu, lorsque les personnels concernés par ces tâches ne maîtrisent pas suffisamment la langue française, à l'intervention d'un interprète qualifié.”*

Dans ses conclusions du 22 novembre 2017, le Rapporteur public a conclu à l'illégalité des clauses relatives à l'interprétariat. Il a notamment relevé que ces clauses n'étaient pas liées à l'objet du marché. Sur ce point, l'arrêt du Conseil d'État, statuant en cassation, fait preuve d'un mutisme remarquable en s'abritant derrière l'appréciation souveraine du juge des référés *“exempte de dénaturation, [en estimant] qu'une telle clause présente un lien suffisant avec l'objet du marché de travaux publics litigieux [l'ordonnance] n'a pas commis d'erreur de droit”*. Le Rapporteur public Gilles Pellissier avait également relevé que la présence quasi-permanente d'interprètes sur le chantier était une mesure disproportionnée, alors que l'article L. 1262-4-5 du Code du Travail prévoit que le maître d'ouvrage porte à la connaissance des salariés détachés, par voie d'affichage sur les lieux de travail et dans chacune des langues parlées dans l'État d'appartenance du salarié détaché, les informations sur la réglementation qui leur est applicable. Cette obligation a d'ailleurs été renforcée postérieurement aux faits de l'affaire en débat, puisqu'un décret du 5 mai 2017 est venu modifier le Code du travail afin de préciser la liste des informations à traduire et à afficher (décret n°2017-825, 5 mai 2017 relatif au renforcement des règles visant à lutter contre les prestations de services internationales illégales, pris pour l'application des articles 105 et 112 de la loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 3).

Toutefois, à l'heure où la dimension “sociale” de la commande publique s'enrichit des exigences de base du droit du travail, le Conseil d'État relève dans sa décision que la responsabilité du pouvoir adjudicateur maître d'ouvrage peut également être engagée, notamment pour non-respect de l'obligation de vigilance à l'encontre des pratiques de l'entreprise cocontractante, depuis la loi du 10 juillet 2014 qui a inséré un titre VIII du livre II dans le Code du travail. Il valide l'argument suivant lequel les

clauses d'interprétariat permette d'assurer l'application de l'article 70 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, tel qu'il est transposé par l'article 38 de l'ordonnance de 2015 qui prévoit désormais : *“Les conditions d'exécution d'un marché public peuvent prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du marché public. Elles peuvent aussi prendre en compte la politique menée par l'entreprise en matière de lutte contre les discriminations”*. En jugeant que ces clauses n'étaient ni discriminatoires car elles s'appliquent *“indistinctement à toute entreprise quelle que soit sa nationalité”*, *“ni ne constitue(nt) une entrave à la libre circulation”*, le Conseil d'État n'a pas suivi les conclusions du Rapporteur public et il a confirmé l'ordonnance en référé. En revanche, il a posé des conditions à la validité de ces clauses afin de concilier la restriction à l'exercice des libertés fondamentales avec l'objectif de *“la protection sociale des travailleurs”* qualifié *“d'intérêt général”*. En l'occurrence, le Conseil d'État a veillé à encadrer l'usage de ces clauses de façon à éviter des coûts excessifs qui pourraient avoir un effet discriminatoire pour les entreprises ayant recours massivement à une main d'œuvre non francophone. Pour le Conseil, l'utilisation de la clause d'interprétariat relative à l'information doit être adaptée aux circonstances : *“l'appréciation du niveau suffisant de maîtrise de la langue française se fait au cas par cas parmi les personnels employés sur le chantier et (...) un échange oral, avant l'exécution des travaux, avec un interprète qualifié, c'est-à-dire toute personne en mesure d'expliquer aux travailleurs concernés leurs droits sociaux essentiels, permet à l'entreprise de répondre à ses obligations”*. L'arrêt délivre une interprétation souple de ladite clause et des obligations qu'elle impose, mais il n'en demeure pas moins que le lecteur de l'arrêt, de surcroît s'il est enseignant, peut s'interroger quant aux critères et aux modalités d'évaluation des capacités linguistiques en deçà desquelles le recours à l'interprète serait jugé nécessaire. D'autant que, si l'arrêt précise que la présence d'un interprète diplômé n'est pas requise, il reste muet quant à la question de savoir qui, du côté de l'entreprise (voire de l'autorité publique) devrait être chargé de l'appréciation de la maîtrise de la langue par les salariés.

La nécessité de concilier l'atteinte à l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union avec la poursuite d'un objectif d'intérêt général était également mobilisée par la seconde clause, relative à la formation aux tâches à risques. En l'espèce, la clause prônant le recours à l'interprétariat avait un double objectif de protection sociale des salariés et de sécurité des travailleurs et visiteurs, et l'on peut concevoir qu'une formation orale et dispensée sur les lieux s'avère plus appropriée en cas de risques spécifiques que de simples consignes écrites, même rédigées dans la langue du salarié. Ainsi la finalité de la clause – préserver la sécurité des salariés et des tiers – emporte sur son effet potentiellement attentatoire à la liberté de circulation.

Ces deux affaires illustrent comment les conditions d'exécution des contrats peuvent devenir des *“mesures”* ou *“barrières”* non tarifaires (c'est-à-dire qu'il ne s'agit

pas de tarifs douaniers) au sens du droit du commerce international. Certes, elles n'établissent pas d'interdictions directes au stade de la qualification des entreprises, -ce que feraient, par exemple, une exigence de nationalité imposée aux entreprises candidates ou la mise en place de marchés réservés aux entreprises locales-, mais elles peuvent compliquer les candidatures en exigeant des spécifications techniques du contrat qui s'avèrent discriminatoires dans leurs effets, qu'il appartient donc au juge d'évaluer. C'est le cas également de l'obligation de recourir à des sous-traitants locaux qui constituait pour la CJCE des *"formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat"* (CJCE, 3 juin 1992, *Commission c/ Italie*, aff. C-360/89, D. 1992. 410, obs. P. Terneyre; *RDI* 1992. 504, obs. F. Llorens et P. Terneyre). Ces dispositions constituent alors des mesures non-tarifaires que l'on peut appeler *"indirectes"* (voir cette revue, L. Folliot Lalliot, L'OCDE a développé un outil permettant l'identification des mesures restreignant l'accès des entreprises étrangères à la commande publique nationale, *Concurrences* n° 2-2017) et dont l'interdiction est désormais prévue par l'Instruction ministérielle précitée de 2017.

L. F. L. ■

Procédure adaptée – Principes fondamentaux – Contentieux contractuel: Le Conseil d'État confirme les obligations minimales qui s'imposent à la personne publique à l'issue de la passation d'un marché à procédure adaptée, et limite de ce fait le contentieux contractuel de ces contrats (*CE, 31 oct. 2017, MB Terrassements bâtiments, n° 410772*)

Les obligations de publicité et de mise en concurrence sont largement amoindries en marché à procédure adaptée (MAPA). Certes, les MAPA ne sont pas soumis à une procédure formalisée; mais ils n'en doivent pas moins respecter les principes fondamentaux de la commande publique (CE, Sect., 30 janvier 2009, *ANPE, Concurrences*, n° 2-2009, p. 204, avec notre note). Cela implique notamment que *"l'information appropriée des candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est nécessaire, dès l'engagement de la procédure d'attribution du marché, dans l'avis d'appel public à concurrence ou le cahier des charges tenu à la disposition des candidats"* (même décision). Mais, au-delà, le droit de la mise en concurrence n'implique pas d'obligations procédurales particulières à l'issue de la procédure de passation. C'est ce que la section du contentieux du Conseil d'État confirme dans la décision *MB Terrassements* ici analysée.

Dans cette affaire, le *SIVOM des plaines du sud de la Corse* avait conclu un contrat relatif à l'extension du réseau d'eau potable avec la société *SCTP*. Elle avait informé un candidat évincé, la société *MP Terrassements* ici requérant du rejet de son offre, mais sans respecter de délai de *stand still* entre cette notification et la signature du contrat, et sans informer le concurrent évincé

de la décision d'attribution du contrat, qui, il faut le rappeler, n'a pas à être publié en MAPA (article 99 du décret du 25 mars 2016). Ne pouvant, dans ces conditions, former de recours précontractuel, la société requérante a demandé au juge du référé contractuel de l'article L. 551-13 du CJA d'annuler la convention.

Ce dernier a pu confirmer que l'issue de la procédure de passation d'un MAPA n'emporte que peu d'obligations procédurales pour la personne publique. Celle-ci n'a notamment pas à respecter un délai de *stand still* entre la notification du rejet de l'offre et la signature de la convention (1). La voie du référé précontractuel est dans ces conditions la plupart du temps fermée. Or, le Conseil d'État vient préciser que si le juge du référé contractuel peut être saisi, il n'annulera la convention que dans des hypothèses bien limitées (2).

Les obligations minimales à l'issue de la procédure de passation d'un MAPA

Les obligations procédurales qui s'imposent à la personne publique à l'issue de la passation d'un MAPA sont prévues par l'article 99 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics. La seule obligation positive qui s'impose à la personne publique est de notifier *"à chaque candidat ou soumissionnaire concerné le rejet de sa candidature ou de son offre"* (art. 99 I du décret). La personne publique doit aussi communiquer les motifs du rejet des candidatures ou des offres, mais uniquement aux *"aux candidats et aux soumissionnaires qui en font la demande écrite"* (art. 99 II du décret).

Il en résulte qu'en MAPA, la personne publique n'a aucune obligation de notification de la décision d'attribution. Le Conseil d'État confirme ici *"qu'il résulte de ces dispositions que, pour les marchés passés selon une procédure adaptée, l'acheteur doit, dès qu'il décide de rejeter une offre, notifier ce rejet au soumissionnaire concerné, sans être tenu de lui notifier la décision d'attribution"* (v. déjà CE, 23 janvier 2017, *Descremps BTP*, n° 401400). En effet, aux termes de l'article 99 du décret, la personne publique ne doit informer le concurrent évincé sur *"les caractéristiques et avantages de l'offre retenue ainsi que sur le nom de l'attributaire du marché public"* uniquement si l'offre du soumissionnaire n'était ni inappropriée ni irrégulière.

De la même façon, les textes n'imposent pas à la personne publique de respecter un délai de *stand still* entre la notification du rejet et la conclusion du contrat. Pour le Conseil d'État, *"le moyen tiré de ce que le SIVOM des plaines du sud de la Corse aurait dû, selon la société requérante, respecter un délai raisonnable entre la notification du rejet de son offre et la signature du contrat est en tout état de cause inopérant devant le juge du référé contractuel"*. Et si le décret n'impose rien sur ce point, les principes fondamentaux de la commande publique ne sont pas plus contraignants. Le juge avait déjà considéré que ces principes *"n'imposent aux pouvoirs adjudicateurs ni d'indiquer aux candidats évincés les motifs du rejet de leurs offres ni de respecter un délai raisonnable entre la notification de ce rejet et la conclusion du contrat"* (CE, 29 juin 2012, *PRO2C, Concurrences*, n° 4-2012, p. 173, avec notre note).

Dans ces conditions, la formation d'un référé précontractuel par un concurrent évincé en MAPA, si elle n'est pas impossible, s'avère hautement improbable. Le référé précontractuel n'est pas impossible, s'il est formé immédiatement à la réception du rejet de l'offre, et à la condition que la personne publique l'autorise en ne signant pas immédiatement la convention. Mais, la plupart du temps, la personne publique signera la convention concomitamment à l'envoi des rejets des offres. Dans ces conditions, le référé contractuel apparaît recevable mais sa portée sur l'existence du contrat bien limitée.

Le contentieux limité de la passation des MAPA

La recevabilité du référé contractuel

Le référé contractuel est ouvert aux concurrents évincés qui étaient dans l'impossibilité de former un référé précontractuel. Tel est le cas en MAPA, si la personne publique n'a pas respecté volontairement de délai de *stand still* et a conclu immédiatement la convention, fermant la porte du recours précontractuel. Il est à noter que l'article L. 551-15 CJA ouvre la possibilité pour la personne publique de "fermer manuellement" le référé contractuel en ouvrant volontairement le référé précontractuel (N. Boulouis, concl. sur CE, 19 janv. 2011, *Grand port maritime du Havre*, n° 343435). La personne publique devra dans ce cas rendre publique son intention de conclure le contrat et observer un délai de 11 jours après cette publication. Ces conditions de recevabilité sont interprétées strictement par le Conseil d'État, qui exige une publication de l'intention de conclure le marché malgré la notification du choix de l'attributaire au concurrent évincé (CE, 23 janvier 2017, *Descremps BTP*, n° 401400). Si ces conditions font défaut, le référé contractuel n'en sera moins ouvert. En tout état de cause en l'espèce, cette procédure n'avait pas été mise en œuvre et le référé contractuel était recevable. Mais l'annulation du contrat au fond était quant à elle vouée à l'échec.

La limitation des moyens invocables au fond

Reste que les possibilités d'annulation en référé contractuel sont limitées. "Alors que ce sont tous les moyens relatifs aux manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui peuvent être soulevés dans le cadre du [référé précontractuel] (...), seuls certains d'entre eux peuvent l'être dans le cadre du référé contractuel" (F. Brenet, note sous CE, 23 janvier 2017, *Droit administratif*, n° 6, juin 2017, comm. 27). Ainsi, "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 CJA (CE, Sect., 29 janv. 2011, *Grand port maritime du Havre*, précit.).

Ces moyens d'annulation sont encore plus cantonnés lorsqu'il s'agit d'un marché à procédure adaptée. Le CE confirme que l'annulation d'un MAPA ne peut intervenir que dans de rares hypothèses (V. déjà CE, 23 janv. 2017, *Descremps BTP*, préc.). Sont inopérants les moyens tirés du non-respect d'obligations qui ne s'imposent pas à l'occasion d'une procédure adaptée, comme l'absence

de respect du *stand still*, ou l'absence de publication de l'avis d'attribution du marché au *Journal Officiel de l'Union européenne*, qui n'est pas imposé par les textes en MAPA. Sont tout autant inopérants les moyens relatifs à la méthode de notation, dont la divulgation n'est pas imposée en MAPA (CE, 31 mars 2010, *Collectivité territoriale de Corse*, n° 334279; CE, 3 nov. 2014, *Commune de Belleville sur Loire*, n° 373362).

Les hypothèses d'annulation de la passation d'un MAPA en référé contractuel sont alors les suivantes : en premier et deuxième lieu, en l'absence des mesures de publicité requises pour sa passation ou de la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique (art. L. 551-18 CJA); en troisième lieu, si un référé précontractuel a été formé, le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'a pas respecté la suspension de signature du contrat prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9; en quatrième lieu, toujours si un référé précontractuel a été formé, si la personne publique ne s'est pas conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé.

Dans ces conditions, "en plus d'être un recours subsidiaire, [le référé contractuel] est aujourd'hui devenu un recours largement inutile" (F. Brenet, note préc.). Sa disparition ne bouleverserait pas le sort des requérants potentiels.

A. S. ■

Concession de service public – Procédure de passation – Règlement de consultation – Modification: Le Conseil d'État précise quelles circonstances peuvent justifier que le pouvoir adjudicateur modifie, au cours de la passation d'une concession de service public, les étapes essentielles de la procédure prévue par le règlement de consultation (CE, 8 nov. 2017, *Transdev*, n° 412859)

Les principes de la commande publique imposent-ils une adaptation aux circonstances des règlements de consultation qui les mettent normalement en œuvre ? Par une décision du 8 novembre 2017, le Conseil d'État a répondu par la positive, et a rejeté un pourvoi contre une ordonnance du juge du référé précontractuel du Tribunal administratif de Lille, contestant les modifications appliquées à la procédure de passation d'une concession de service public, pour tenir compte de la divulgation par erreur de documents portant sur l'offre d'un des candidats.

Un rappel des circonstances factuelles de l'espèce permet de mieux en saisir la singularité. La Métropole européenne de Lille, établissement public de coopération intercommunale (EPCI), envisageait de concéder l'exploitation du service public des transports urbains de personnes sur son territoire. Après une première procédure infructueuse, elle avait décidé de mettre en œuvre une seconde procédure de publicité et de mise en concurrence, dont les étapes ont été prévues par les documents

de la consultation. Les sociétés *Keolis* et *Transdev* ont présenté leur candidature, puis ont été admises à participer à la phase de négociation, laquelle s'est avérée assez étoffée, comme le prévoyaient les documents de la consultation. La dernière étape devait consister en la formulation par les candidats d'une offre finale. Mais, entre-temps, l'EPCI a transmis accidentellement à *Transdev*, sur une clé USB, quelques documents relatifs à la négociation menée avec *Keolis*. Ayant été informée par *Transdev*, elle a procédé sans délai à la récupération des pièces. La situation s'analysait de la manière suivante : il existait une rupture de la confidentialité des offres, dont les conséquences seraient différentes selon la procédure suivie par la suite. Si la procédure venait à se poursuivre par la remise des offres finales des candidats, comme le prévoyait le règlement de consultation, la rupture de confidentialité aurait pour conséquence une rupture de l'égalité des candidats. Il en irait d'ailleurs de même si une nouvelle procédure devait être mise en œuvre. Si la procédure subissait une adaptation, fût-elle radicale, l'égalité de traitement pourrait être préservée. Fort de cette analyse, et du caractère singulier de la situation, l'EPCI a décidé de ne pas procéder à la réception des offres finales, et a exceptionnellement examiné les offres en l'état. La Métropole a retenu *Keolis* sur la base des propositions formulées à l'issue de la phase de négociation.

Sur le fondement de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, la société *Transdev*, non-retenue, a saisi le juge du référé précontractuel pour obtenir l'annulation de la procédure de passation suivie et, à titre subsidiaire, la reprise de la procédure dans les conditions initialement prévues. Cette demande ayant été rejetée, *Transdev* s'est pourvue en cassation devant le Conseil d'État.

Après un rappel de la liberté de principe en matière de procédure de consultation, les juges du Palais-Royal ont apporté deux précisions. A d'abord été posée, pour la première fois en des termes aussi clairs, la règle selon laquelle la procédure choisie par le pouvoir adjudicateur, et prévue dans le règlement de consultation, était obligatoire dans ses étapes essentielles. Le Conseil d'État a ensuite immédiatement établi une exception, selon laquelle les étapes essentielles de la procédure pouvaient être modifiées "*dans les circonstances très particulières de l'espèce et en l'absence de manœuvre*".

Le Conseil d'État pose clairement le principe de la liberté d'établissement de la procédure de passation

Le Conseil d'État a, dans un premier temps, indiqué que les textes n'imposaient pas à l'autorité délégante de "*définir, préalablement à l'engagement de la négociation, les modalités de celle-ci ni de prévoir le calendrier de ses différentes phases*" (consid. 4). L'affirmation de cette liberté d'établissement de la procédure constitue un rappel de la jurisprudence antérieure (CE, 18 juin 2010, *Communauté urbaine de Strasbourg*, n° 336120, *Rec. T.* 847; *AJCT* 2010.31, obs. O. Didriche; *JCP A* 2010, 2272, obs. F. Linditch; *Dr. adm.* 2010, comm. 128, note F. Brenet; *Contrats Marchés publ.* 2010, comm. 293, note G. Eckert; *BJCP* 2010, n° 72, p. 354, concl. B. Dacosta). L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 a en effet

confirmé que "*l'autorité concédante organise librement la procédure qui conduit au choix du concessionnaire, dans le respect des principes énoncés à l'article 1^{er} de la présente ordonnance, des dispositions du présent chapitre et des règles de procédure fixées par voie réglementaire*" (art. 36), et que les "*autorités concédantes peuvent organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par voie réglementaire*" (art. 46).

Le Conseil d'État rappelle le caractère contraignant de la procédure établie

Néanmoins, dans un deuxième temps, le Conseil d'État a rappelé qu'une personne publique ne pouvait librement modifier, au cours de la consultation, les règles de procédure qu'elle avait instituées. Il a en effet relevé que la remise de l'offre finale "*constitue une étape essentielle de la procédure de négociation qui ne peut normalement pas être remise en cause au cours de la procédure*" (consid. 4). Le Conseil d'État avait déjà jugé que si la personne publique entendait modifier la procédure, il fallait à tout le moins qu'elle informe les candidats des modifications substantielles (CE, 9 juin 2017, *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, n° 408082, *AJDA* 2017, p. 1870), ou que les modifications non-substantielles ne soient pas discriminatoires (CE, 24 juin 2011, *Communauté d'agglomération Rennes Métropole*, n° 346529, *Rec.* 1008; *AJCT* 2011. 567, obs. O. Didriche; *Contrats Marchés publ.* 2011, comm. 245, note W. Zimmer). La sévérité de la règle tenant au respect de la procédure adoptée, concernant du moins ses "*étapes essentielles*", se trouve désormais accrue, et résulte du principe de transparence des procédures (consid. 4).

Le Conseil d'État accepte que la procédure soit écartée dans les circonstances très particulières de l'espèce

Dans un troisième temps, le Conseil d'État a retenu "*qu'il appartient à l'autorité délégante de veiller en toute hypothèse au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats*" (consid. 5). Autrement dit, l'application des principes de la commande publique doit s'effectuer de manière dynamique. Prenant acte de l'atteinte à l'égalité entre candidats à laquelle aurait conduit la poursuite ou la mise en œuvre d'une nouvelle procédure, le Conseil d'État a jugé que la Métropole "*avait pu, dans les circonstances très particulières de l'espèce et en l'absence de manœuvre, décider de procéder au choix du délégataire non sur la base des offres finales (...), mais sur celle des offres intermédiaires*" (consid. 6). L'application dynamique des principes implique leur respect tout au long de la procédure quitte, en dernier recours, à écarter les étapes essentielles de la procédure initiale qui entendaient les mettre en œuvre. Une autre lecture de la décision serait que le Conseil d'État, conduit à établir un équilibre entre la transparence des procédures et l'égalité de traitement des candidats, ait privilégié la seconde.

Il convient pourtant de relever que les "*circonstances très particulières de l'espèce*" invitent à relativiser cet

équilibre singulier. D'ailleurs, l'absence de publication de la décision laisse penser que cette solution d'exception sera appliquée strictement et, par conséquent, rarement.

La procédure initiale ayant été écartée, encore fallait-il déterminer si la procédure finalement suivie était exempte de griefs. À cet effet, la société requérante soutenait que le juge des référés ne pouvait pas qualifier d' "offres" les documents qu'elle avait transmis à la Métropole au cours de la phase de négociation, même si vers la fin de cette phase elle avait indiqué par courrier que "l'ensemble des modifications proposées permettent de considérer notre offre comme engageante" (consid. 7). Pour autant, le Conseil d'État a rappelé qu'il s'agissait d'une appréciation souveraine des faits par le juge du référé. Son contrôle sur de telles appréciations étant particulièrement restreint, il a estimé qu'il n'y avait pas dénaturation des faits. Enfin, *Transdev* soutenait que le choix de retenir un candidat sur la base d'offres intermédiaires exposait nécessairement l'EPCI au risque de retenir une offre qui n'était pas la meilleure (consid. 8). Ce dernier moyen a été l'occasion pour le Conseil d'État de rappeler la règle fondamentale du référé précontractuel, à savoir que le manquement invoqué devait être susceptible de léser le requérant (CE, Sect., 3 oct. 2008, *SMIRGEOMES*, n° 305420, *Rec.* 324 avec concl. B. Dacosta; *AJDA* 2008. 2374, étude P. Cassia; *RDI* 2008. 499, obs. S. Braconnier; *RFDA* 2008.1128, concl. B. Dacosta, et 1139, note P. Delvolvé; *JCP A* 2008, 2291, note F. Linditch), ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Ce faisant, le Conseil d'État a rejeté le pourvoi. Il reste que l'erreur commise par la Métropole, même involontaire, constitue sans nul doute une faute pouvant ouvrir droit à réparation.

A. G. ■

Concession de service public – Promesse de vente – Domaine public :

Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public pouvait être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur de l'article L. 3112-4 du CGPPP et indique que la réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale (CE, 15 nov. 2017, *Commune d'Aix-en-Provence, Société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA)*, n° 409728)

Le 29 décembre 1986, la commune d'Aix-en-Provence (la "Commune") a conclu avec la société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (la "SEMEPA") une convention relative à la concession de la gestion du service public du stationnement payant hors voirie et de l'exploitation de sept parcs de stationnement publics sur voirie. Le 24 octobre 2003, les deux parties ont également conclu une autre concession portant sur l'exploitation

d'un huitième parc de stationnement. Le 9 juin 2016, la Commune et la SEMEPA ont conclu une convention qualifiée par les parties de "résiliation partielle" des deux conventions précitées, étant précisé qu'elle comprenait également une promesse de vente de biens sous condition suspensive du déclassement de ceux relevant du domaine public (la "Convention").

Le préfet a déféré la convention au tribunal administratif sur le fondement de l'article L. 554-1 du Code de justice administrative (CJA), en assortissant son déféré d'une demande de suspension de l'exécution de la Convention. Le juge des référés a suspendu l'exécution de la Convention en se fondant sur deux motifs : la méconnaissance du principe d'inaliénabilité du domaine public et l'incompétence de la Commune pour conclure une telle convention. Le juge des référés de la cour administrative d'appel a confirmé l'ordonnance de 1^{ère} instance. Le Conseil d'État casse l'ordonnance du juge des référés de la cour mais rejette tout de même les requêtes de la Commune et de la SEMEPA en réglant l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par le préfet.

En premier lieu, la présente affaire a permis au Conseil d'État d'indiquer les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public pouvait être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur du nouvel article L. 3112-4 du code général de la propriété des personnes publiques (CGPPP). En second lieu, le Conseil d'État souligne que la réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale. En troisième lieu, le juge confirme que l'illicéité de l'objet d'un contrat doit aboutir au constat de son illégalité.

Le Conseil d'État indique les conditions dans lesquelles une promesse de vente de biens relevant du domaine public peut être régulièrement conclue avant l'entrée en vigueur du nouvel article L. 3112-4 du CGPPP

La question de la légalité des promesses de vente de biens relevant du domaine public est une question complexe qui fait intervenir des principes et des logiques *a priori* difficilement conciliables. En effet, comment une personne publique pourrait-elle s'engager à céder un bien qui, au moment où elle s'engage, ne peut être vendu, et ce conformément au principe d'inaliénabilité du domaine public visé à l'article L. 3111-1 du CGPPP ? Par ailleurs, conformément à l'article L. 2141-1 du CGPPP, la sortie du bien du domaine public implique en principe une désaffectation et un déclassement préalables. Or le gestionnaire domanial ne saurait, par un "pacte sur décision future", légalement lier de manière contractuelle son pouvoir de décision unilatérale, et ce d'autant plus qu'un intérêt public pourrait imposer le maintien du bien sous le régime protecteur de la domanialité publique (voir M. Ubaud-Bergeron, *Droits des contrats administratifs*, 2^{ème} éd., Lexisnexis, 2017, n° 23, pp. 14-15).

De fait, la jurisprudence sur la question n'était pas clairement fixée. Une cour administrative d'appel a pu considérer que le compromis de vente d'une parcelle appartenant au domaine public, désaffectée mais qui n'avait pas fait l'objet d'un acte de déclassement à la date de signature du compromis, méconnaissait le principe d'inaliénabilité du domaine public (CAA Nancy, 10 juil. 2013, *Société de construction et de gestion immobilière*, n° 12NC00341). En revanche, une autre cour a pu considérer qu'était légale une promesse synallagmatique de vente d'une parcelle relevant du domaine public assortie d'une condition suspensive relative à sa désaffectation et à son déclassement préalables, tout en relevant par ailleurs que la personne publique n'avait pris aucun engagement sur la désaffectation de la dépendance (CAA Lyon, 20 oct. 2011, *Eiffage Immobilier Centre Est*, n° 10LY01089).

La question est aujourd'hui réglée par le nouvel article L. 3112-4 du CGPPP introduit par l'article 10 de l'ordonnance n°2017-562 du 19 avril 2017. Pour mémoire, les deux premiers alinéas de cet article disposent : *“Un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée par l'autorité administrative compétente et que les nécessités du service public ou de l'usage direct du public justifient que cette désaffectation permettant le déclassement ne prenne effet que dans un délai fixé par la promesse. À peine de nullité, la promesse doit comporter des clauses précisant que l'engagement de la personne publique propriétaire reste subordonné à l'absence, postérieurement à la formation de la promesse, d'un motif tiré de la continuité des services publics ou de la protection des libertés auxquels le domaine en cause est affecté qui imposerait le maintien du bien dans le domaine public”*. En raison de la date de son entrée en vigueur, l'article précité était inapplicable aux faits de l'espèce. Reprenant en substance son contenu, le Conseil d'État indique toutefois *“qu'aucune disposition du code général de la propriété [des personnes] publique[s] ni aucun principe ne faisaient obstacle à ce que, antérieurement à l'entrée en vigueur de ces dispositions [c'est-à-dire celles de l'article L. 3112-4 du CGPPP], des biens relevant du domaine public fassent l'objet d'une promesse de vente sous condition suspensive de leur déclassement, sous réserve que le déclassement soit précédé de la désaffectation du bien et que la promesse contienne des clauses de nature à garantir le maintien du bien dans le domaine public si un motif, tiré notamment de la continuité du service public, l'exigeait”* (cons. 4).

Compte tenu de la formulation retenue par le juge, la règle ainsi posée semble couvrir toutes les dépendances domaniales de quelque nature qu'elles soient et toutes les promesses de vente, qu'elles soient synallagmatiques ou unilatérales.

Ayant suspendu l'exécution de la Convention pour un motif infondé, l'ordonnance du juge des référés de la cour est logiquement annulée par le Conseil d'État, lequel règle l'affaire en application de l'article L. 821-1 du CJA. Deux moyens soulevés par le préfet vont néanmoins le convaincre de rejeter les requêtes.

La réduction significative du périmètre d'une concession de service public en constitue une modification substantielle, en tant que telle illégale

La présente affaire a donné l'occasion au Conseil d'État de faire une première application des dispositions de l'article 55 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et de l'article 36 du décret du 1^{er} février 2016 relatives aux modifications des concessions de service public. En application de l'article 78 de l'ordonnance précitée, ces dispositions sont applicables *“à la modification des contrats qui sont des contrats de concession au sens de la présente ordonnance et qui ont été engagés ou pour lesquels une procédure de passation a été conclue ou un avis de concession a été envoyé à la publication avant la date d'entrée en vigueur de la présente ordonnance”*. Elles pouvaient donc être appliquées afin de contrôler la légalité de la Convention.

Pour mémoire, l'article 36 du décret du 1^{er} février 2016 dispose : *“Le contrat de concession peut être modifié dans les cas suivants : (...) 5° Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession”*. Le même article ajoute immédiatement : *“En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie : a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ; b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial”* (en matière de marchés publics, voir CJUE, 7 sept. 2016, *Finn Frogne AIS*, aff. C-549/14, G. Marson, *Concurrences*, n° 1-2017, n° 83151).

Au cas précis, le Conseil d'État a tout d'abord relevé que la convention initiale du 29 décembre 1986 *“avait pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie”* et a ensuite estimé qu'elle constituait *“du fait notamment des conditions de son équilibre financier, un ensemble unique”*. Avec la Convention, ce n'était rien moins que la gestion de sept parkings hors voirie qui était supprimée de cet *“ensemble unique”*. Le juge a donc considéré que la prétendue *“résiliation partielle”* constituait une modification qui devait être regardée, *“eu égard à son ampleur, comme changeant la nature globale du contrat initial”*.

Au regard des termes de l'ordonnance et du décret précités, ce seul constat suffisait à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la Convention. Le juge a toutefois précisé, par un *“en outre”*, que la Convention introduisait *“des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu attirer davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue”* (cons. 20).

Le Conseil d'État confirme que l'illicéité de l'objet d'un contrat doit aboutir au constat de son illégalité

Le second motif justifiant la suspension de l'exécution de la convention est plus étonnant. Ainsi que le souligne le juge, l'instruction de l'affaire – en particulier la consultation d'un communiqué de presse publié sur le site internet de la Commune – révèle que le montage contractuel litigieux, c'est-à-dire la “résiliation partielle” de la convention du 29 décembre 1986 et la cession ultérieure des parkings hors voirie à la SEMEPA, avait pour seul objectif de faire obstacle à l'exercice, par la métropole d'Aix-Marseille-Provence, de la compétence en matière de parcs de stationnement que lui confèrent, à compter du 1^{er} janvier 2018, les dispositions de l'article L. 5218-2 du Code général des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État considère par conséquent que “le moyen tiré de ce que la convention du 9 juin 2016 avait un objet illicite et devait être regardée comme entachée d'un « détournement de pouvoir » est de nature à créer un doute sérieux sur la validité de cette convention” (cons. 21).

Par l'emploi des guillemets entourant l'expression “détournement de pouvoir”, le juge a sans doute entendu souligner qu'il s'agissait de celle utilisée par le préfet dans son mémoire pour qualifier le moyen soulevé. On comprend que le juge ne la reprenne pas à son compte puisque cette formulation est en principe uniquement utilisée dans le contentieux de l'excès de pouvoir lorsqu'est en cause un acte administratif unilatéral pris dans un but autre que celui en vue duquel la loi a accordé une compétence à une autorité administrative (voir CE, 26 nov. 1875, *Pariset, Rec.*, p. 934; *GAJA*, 21^{ème} éd., Dalloz, 2017, n° 4, p. 27).

Ainsi que l'indique la rédaction de la décision sous revue, c'est bien l'objet de la Convention qui a été considéré comme illicite, et non sa cause (sur ce point voir CE, 15 fév. 2008, *Commune de La Londe-les-Maure*, n° 279045). Peut-être le Conseil d'État a-t-il pris acte de la disparition de la cause du Code civil depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit des obligations portée par l'ordonnance du 10 février 2016. Dans cette optique, il aurait pu avantageusement prendre appui sur la notion de “contenu licite” (ou illicite) visée tant à l'article 1128 du Code civil que dans les jurisprudences *Béziers I et II* (en ce sens, voir par exemple CE, 1^{er} oct. 2013, *Espace Habitat Construction*, n° 349099).

G. M. ■

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninou, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

> Abonnement Concurrences+

Devis sur demande
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

Revue Concurrences | Review Concurrences

HT Without tax TTC Tax included

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 595,00 € | 607,50 € |

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Renseignements | Subscriber details

Prénom-Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France