

# Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

## Mise en concurrence Chroniques | Concurrences N° 1-2016 | pp. 210-223

---

### Bertrand du Marais

[bertrand.du-marais@conseil-etat.fr](mailto:bertrand.du-marais@conseil-etat.fr)

Conseiller d'État

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

---

### Arnaud Sée

[arnaud.see@u-picardie.fr](mailto:arnaud.see@u-picardie.fr)

Professeur, Université de Picardie Jules Verne

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

# Mise en concurrence

Bertrand du Marais\*

[bertrand.du-marais@conseil-etat.fr](mailto:bertrand.du-marais@conseil-etat.fr)

Conseiller d'État

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

Arnaud Sée\*

[arnaud.see@u-picardie.fr](mailto:arnaud.see@u-picardie.fr)

Professeur, Université de Picardie Jules Verne

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

## 1. Textes

**210 Le Gouvernement transpose les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et procède à une redéfinition du champ du droit des marchés publics**

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169, 24 juillet 2015, p. 12602

**212 Le Gouvernement encadre l'accès des entreprises et des produits non européens aux marchés publics français**

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169, 24 juillet 2015, p. 12602

Règlement (UE) 2015/1843 du Parlement européen et du Conseil du 6 octobre 2015 arrêtant des procédures de l'union en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par l'union des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international en particulier celles instituées sous l'égide de l'OMC, JOUE 16 octobre 2015

**213 Le Parlement, en adoptant la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte, utilise la commande publique comme levier de l'efficacité énergétique**

Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n° 0189, 18 août 2015, p. 14263

**215 Le Gouvernement poursuit le Big Bang de la commande publique avec les ordonnances et le décret relatifs aux concessions**

Projets d'ordonnance et de décret relatifs aux concessions

## 2. Jurisprudence

**218 Le Conseil d'État étend l'office du juge du référé précontractuel et contrôle la compétence de la personne publique candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique**

CE, 18 septembre 2015, CNAM des Pays de la Loire, n° 390041

**219 Le Conseil d'État rappelle les critères permettant d'identifier un conflit d'intérêts affectant la régularité d'une procédure de passation d'un marché public et les moyens de le prévenir**

CE, 14 octobre 2015, Applicam, n° 390968

**221 Le Conseil d'État précise que le recours en plein contentieux issu de la jurisprudence Tarn-et-Garonne est ouvert aux tiers évincés lors d'une procédure de mise en concurrence pour l'occupation du domaine public et que cette possibilité exclut tout recours pour excès de pouvoir contre la décision de rejet du candidat**

CE, 2 décembre 2015, Orange, n° 386979, sera mentionnée au Lebon

**222 L'Autorité de la concurrence contrôle les conditions d'attributions de sous-concessions domaniales à la gare du Nord au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles et considère que les conditions de passation de l'espèce ne révèlent pas de pratiques discriminatoires**

Aut. conc., décision n° 15-D-15 du 18 novembre 2015 relative à des pratiques relevées dans le cadre de l'attribution d'emplacements commerciaux à la mezzanine banlieue de la gare du Nord de Paris

## 1. Textes

**Transposition – Marchés publics – Marché de partenariat : Le Gouvernement transpose les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et procède à une redéfinition du champ du droit des marchés publics** (*Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169, 24 juill. 2015, p. 12602*)

Transposant les directives 2014/24/UE (directive générale) et 2014/25/UE (secteurs spéciaux), l'ordonnance du 23 juillet 2015 (ci-après "l'ordonnance") abroge le Code des marchés publics ainsi que l'ordonnance du 6 juin 2005. L'ordonnance a été adoptée sur habilitation du législateur (article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives), après une concertation publique de plusieurs mois lancée par le Ministère de l'économie (v. B. du Marais, "Le projet d'ordonnance relatif aux marchés publics que le Conseil d'État examine est un véritable nouveau code exhaustif des marchés publics", *Concurrences* n° 3-2015, p. 184). Elle rentrera en vigueur à une date qui sera fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2016 (art. 103, I de l'ord.).

L'ordonnance du 23 juillet 2015 constitue la première pierre du futur code de la commande publique. Comme le précise la fiche d'impact du projet d'ordonnance, la transposition des directives de l'UE permettra de "revisiter l'architecture du droit de la commande publique", l'ordonnance étant "la première étape d'un processus plus long et plus ambitieux devant conduire à l'adoption d'un futur code de la commande publique". L'effort d'unification impulsé par le législateur délégué est d'ailleurs déjà visible dans l'ordonnance, puisque c'est l'ensemble du droit des marchés publics applicable aux pouvoirs et entités adjudicateurs publics et privés qui est désormais regroupé dans un seul texte. On remarquera que le droit des marchés se trouve aujourd'hui contenu dans un texte qui a vocation à acquiescer une valeur législative, alors que cette matière relevait traditionnellement du pouvoir réglementaire (CE, Ass., 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, Rec. p. 197 ; CE, Ass., 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, Rec. p. 90).

D'un point de vue substantiel, l'ordonnance modifie le champ d'application du droit des marchés publics, ainsi que les règles de passation et d'exécution de ces contrats. Ces dernières, issues des directives de l'Union, ont déjà fait l'objet de commentaires dans le cadre de cette chronique (R. Leblond-Masson, "Le Parlement européen et le Conseil adoptent une nouvelle Directive 2014/24 et font évoluer les procédures de passation des marchés publics", *Concurrences* n° 2-2014, p. 194) et ne seront pas évoquées à nouveau dans la présente note. L'ordonnance procède surtout à une redéfinition du champ du droit des marchés publics. Le nouveau droit des marchés publics est ainsi marqué par une extension de son champ d'application, mais aussi par l'inclusion des nouveaux marchés de partenariat.

## L'extension du champ d'application du droit des marchés publics

L'ordonnance étend le champ d'application organique des règles de la commande publique. Elle consacre la notion d'acheteur (public ou privé, art. 9 de l'ord.), qui désigne l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance, en reprenant ainsi une notion issue de la pratique. Comme la directive 2014/24, l'ordonnance énumère trois catégories d'acheteurs soumis aux règles qu'elle précise : les personnes publiques, les organismes de droit public ainsi que les entités

\* Avec la participation de L. Folliot-Lalliot, Professeur, Université Paris Ouest Nanterre-La Défense ; F. Tesson, Maître de conférences, Université d'Angers ; S. Ziani, Docteur en droit public ; G. Marson, Docteur en droit public. 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 leur auteur et non l'institution à laquelle ils appartiennent.

adjudicatrices (art. 10 et 11 de l'ord.). C'est surtout la première catégorie d'acheteurs qui connaît une extension notable. On se souvient qu'auparavant, les EPIC de l'État et les personnes publiques *sui generis* n'étaient pas des pouvoirs adjudicateurs au sens du Code des marchés publics, et n'étaient soumis à l'ordonnance de 2005 qu'à la condition d'être qualifiable d'organismes de droit public. Désormais, ces personnes publiques relèveront toutes d'un même corps de règles unifiées. Il en résulte que la qualification d'organisme de droit public sera à l'avenir réservée à des personnes morales de droit privé.

L'ordonnance précise que le contrat de marché public est administratif quand il est passé par une personne publique (art. 3 de l'ord.). Si cela ne change rien à la qualification des marchés passés par les personnes publiques qui étaient déjà soumises au Code, cette disposition permettra de qualifier d'administratifs les contrats passés par les personnes publiques anciennement soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005 qui étaient auparavant qualifiés de contrats de droit privé. La clarification opérée par le législateur est salutaire : le juge administratif deviendra exclusivement compétent pour les contrats passés par toutes les personnes publiques, alors que ceux conclus par les acheteurs de droit privé relèveront du juge judiciaire. Il en résultera une diminution conséquente de la catégorie des marchés publics de droit privé. Mais le législateur délégué aurait pu aller plus loin et supprimer totalement cette catégorie des marchés publics de droit privé.

Du point de vue matériel, les marchés publics sont toujours des contrats conclus "à titre onéreux" par des acheteurs "pour répondre à leurs besoins" (art. 4 de l'ord.). Mais l'ordonnance étend la notion de marchés de travaux, afin de l'aligner sur la définition du droit de l'Union. Les marchés de travaux sont ceux ayant pour objet l'exécution de travaux ou la réalisation "d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception" (art. 5 ord.), ce qui marque un abandon de la référence à la maîtrise d'ouvrage public. Plus encore, et conformément à la directive 2014/24/UE, la distinction entre services prioritaires et non prioritaires disparaît pour faire place aux notions de "services sociaux" et "services spécifiques", qui relèvent de seuils spécifiques et d'une procédure plus souple de mise en concurrence.

Enfin, l'ordonnance reprend et codifie les exclusions prévues par les directives de l'Union européenne. Sont ainsi évoquées les exclusions matérielles (A. Camus, "Le Parlement européen et le Conseil excluent certains contrats de concession des nouvelles Directives", *Concurrences* n° 2-2014, p. 194), ainsi que l'ensemble des exclusions organiques, qui ont déjà fait l'objet de commentaire dans le cadre de cette chronique (F. Tesson "Le Parlement européen et le Conseil adoptent les Directives relatives aux marchés publics et aux contrats de concessions qui codifient la question des contrats 'in house' et celle des partenariats public-public", *Concurrences* n° 2-2014, p. 198).

## L'inclusion des marchés de partenariat

La redéfinition du champ du droit des marchés publics passe en second lieu par l'inclusion dans le champ du droit des marchés des nouveaux marchés de partenariat, qui viennent remplacer les anciens contrats de partenariat. Ces derniers ont fait l'objet de critiques sévères, émanant notamment de la Cour des comptes et du Sénat, qui ont pointé les risques financiers inhérents à ce type de convention au point de les qualifier de "bombes à retardement budgétaire" (Rapport d'information de MM. J.-P. Sueur et H. Portelli sur les partenariats public-privé, 16 juillet 2014, n° 733 ; Cour des comptes, Rapport annuel. 2015, p. 148 ; v. aussi G. Eckert, "Pour une meilleure utilisation des partenariats public-privé", *RFDA* 2014, p. 1021). Plus encore, les critères de recours aux contrats de partenariat, et précisément l'urgence et la complexité, ont posé de nombreuses difficultés d'interprétation, conduisant à des contentieux presque systématiques (v. encore récemment CAA Bordeaux, 15 septembre 2015, Commune de Bordeaux, n° 15BX01209).

L'ordonnance de 2015 institue de nouveaux "marchés de partenariat", qui ont vocation à se substituer aux anciens contrats de partenariat, mais aussi à d'autres formes de partenariats public/privé qui étaient qualifiables de marchés publics en droit de l'Union. Les marchés de partenariat sont explicitement qualifiés de marchés publics (art. 4, al. 4 de l'ord.), ce qu'ils étaient déjà au regard du droit de l'Union européenne (CE, 29 octobre 2004, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics *et al.* n° 269814, J.-P. Sueur). Si l'ordonnance procède à une extension de leur objet, elle vient surtout renforcer l'encadrement du recours à ces conventions.

## L'extension de l'objet des marchés de partenariat

Aux termes du nouvel article 67 de l'ordonnance, les marchés de partenariat ont pour objet "la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens matériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général", ainsi que "tout ou partie de leur financement". L'objet des marchés de partenariat est ainsi étendu à de nouvelles missions matérielles pouvant être confiées au partenaire, telles que la rénovation, le démantèlement ou la destruction des équipements. En outre, "l'aménagement, l'entretien, la maintenance, la gestion ou l'exploitation d'ouvrages" ne sont plus que des objets facultatifs du marché de partenariat, qui peut donc avoir pour objet exclusif la construction d'ouvrages sans inclure leur entretien et leur maintenance. Le marché de partenariat demeure toutefois distinct du marché de travaux, en ce qu'il confie au partenaire le pré-financement des équipements.

L'ordonnance ajoute que l'opération peut répondre aux besoins du service public mais également de toute mission d'intérêt général assurée par l'acheteur. Ainsi, les missions confiées au partenaire pourront désormais porter sur la gestion d'une mission de service public, alors qu'auparavant, les prestations de service objet du contrat

n'avaient qu'un caractère accessoire à une telle mission. Cette évolution se justifie par l'inclusion dans le champ du marché de partenariat de l'ancien BEA, dont on se souvient qu'il pouvait être conclu "en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public". On comprend surtout, dans ces conditions, que "le marché de partenariat peut donc devenir un instrument de délégation du service public", sans relever de la catégorie des concessions en raison du mode de rémunération du cocontractant (G. Eckert, "Le périmètre des marchés de partenariat", *Contrats et Marchés publics* 2015, dossier 11).

C'est enfin le financement de l'opération objet du contrat qui évolue. La participation du partenaire au financement de l'opération peut désormais s'effectuer par le biais de participations au capital, ce qui permettra d'inclure dans le champ des marchés de partenariat les partenariats public-privé institutionnels comme les SEMOP (L. 1541-1 CGCT). En outre, le marché de partenariat peut désormais faire l'objet d'un financement privé majoritaire ou minoritaire, alors qu'auparavant, le financement devait être assuré majoritairement par le titulaire du contrat, sauf pour les contrats inférieurs à un seuil fixé par décret.

### **L'encadrement des conditions de recours aux marchés de partenariat**

L'ordonnance vise surtout à sécuriser la passation des nouveaux marchés de partenariat, en réduisant les hypothèses de recours à ces conventions. Le législateur délégué abandonne ainsi les deux premières hypothèses de recours aux anciens contrats de partenariat qu'étaient l'urgence et la complexité. Ces critères avaient été interprétés très largement en pratique, conduisant au dévoiement du contrat de partenariat et à la multiplication des contentieux. Désormais, seul le critère du bilan plus favorable permettra de justifier le recours aux marchés de partenariat. (art. 75 de l'ord.).

De la même façon, le législateur améliore les modalités de l'évaluation préalable des marchés de partenariat. Celle-ci est désormais généralisée à tous les marchés de partenariat (art. 74 de l'ord.). Elle doit établir un bilan plus favorable, "notamment sur le plan financier", et doit comparer le recours aux marchés de partenariat avec tous les "autres modes de réalisation du projet", et non plus simplement les autres contrats de la commande publique (art. 75 de l'ord.). Est en outre généralisée l'étude de soutenabilité budgétaire qui s'imposait déjà pour l'État et ses établissements publics (décret n° 2012-1093 du 27 septembre 2012).

En outre, l'ordonnance instaure un seuil minimal de recours aux marchés de partenariat. Désormais, "les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si la valeur de ce marché est supérieure à un seuil fixé par voie réglementaire en fonction de la nature et de l'objet du contrat, des capacités techniques et financières de l'acheteur et de l'intensité du risque encouru" (art. 75 de l'ord.). Cela permettra, conformément aux préconisations de la Cour de comptes et du Sénat, de limiter le recours aux

marchés de partenariat aux opérations les plus importantes, en raison des coûts de transaction inhérents à la procédure de passation de tels contrats.

Enfin, l'ordonnance limite considérablement les personnes publiques susceptibles de conclure un marché de partenariat. Si, en principe, les marchés de partenariat peuvent être conclus "par tout acheteur" (art. 71 de l'ord.), et donc même par un acheteur de droit privé, des exceptions importantes sont posées concernant la plupart des opérateurs publics nationaux, les établissements publics de santé ainsi que les structures de coopération sanitaire. Ces limitations ne sont que la reprise de celles posées par la loi de programmation des finances publiques (art. 34 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques pour les années 2014 à 2019).

A. S. ■

### **Marchés publics – Non-discrimination – Préférence communautaire :**

**Le Gouvernement encadre l'accès des entreprises et des produits non européens aux marchés publics français (Ordonnance n° 2015-899 du 23 juill. 2015 relative aux marchés publics, JORF n° 0169, 24 juill. 2015, p. 12602 ; Règlement (UE) 2015/1843 du Parlement européen et du Conseil du 6 oct. 2015 arrêtant des procédures de l'Union en matière de politique commerciale commune en vue d'assurer l'exercice par l'Union des droits qui lui sont conférés par les règles du commerce international en particulier celles instituées sous l'égide de l'OMC, JOUE 16 oct. 2015)**

Avec l'article 2 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, jamais le droit français n'aura si clairement affiché la préférence européenne dans les marchés publics. En transposant les directives de 2014, le Gouvernement français a voulu tirer parti de nouvelles dispositions qui ont rompu avec l'ambiguïté des textes antérieurs afin de doter l'Union d'un outil essentiel dans les négociations commerciales internationales. Désormais, l'application du principe d'égalité de traitement des entreprises – et son corollaire, le principe de l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité – s'arrête aux portes de l'Europe. Pour les entreprises non européennes, l'accès à la commande publique doit être accordé sur la base de la réciprocité, circonscrite au texte de l'Accord sur les Marchés Publics (AMP) modifié et de ses annexes, ainsi qu'aux autres Accords commerciaux conclus par l'Union européenne (article 25 de la directive 2014/24 et article 43 de la directive 2014/25).

D'après le nouveau dispositif de l'ordonnance portant droit des marchés publics qui sera applicable au plus tard au 1<sup>er</sup> avril 2016, l'acheteur disposera de la faculté, et même parfois sera obligé, de faire prévaloir un principe de préférence communautaire en fermant l'accès des

marchés aux entreprises ou aux produits hors-Union, c'est-à-dire venant des États dits "tiers" car n'ayant pas conclu d'Accords commerciaux sur les marchés publics avec l'Union européenne. En effet, l'article 2 distingue 4 situations en fonction de la nationalité ou de l'objet de l'entreprise non européenne : 1) le principe de l'égalité de traitement pour les entreprises des États parties à l'AMP ou à un autre Accord conclu avec l'Union européenne, 2) la faculté laissée à l'acheteur public de limiter voire d'interdire l'accès des entreprises ou des produits des pays tiers, 3) le principe des marchés de défense ou de sécurité réservés aux entreprises européennes, 4) sauf dérogation au cas par cas.

Les nuances entre ces 4 situations sont importantes et laissent présager des interprétations divergentes, d'autant que chaque cas recèle des difficultés potentielles. Ainsi, concernant la première hypothèse, le traitement équivalent doit être appliqué dans "la limite de ces accords", ce qui signifie qu'il ne suffit pas d'identifier que l'entreprise ou le produit provient bien d'un pays lié par un Accord couvrant les marchés publics, encore faut-il vérifier qu'aux termes de cet Accord ou de ses annexes, des conditions réciproques ont bien été consenties. Autrement dit, l'acheteur devra vérifier si le secteur, le montant ou le type de marché envisagé par l'Accord serait ouvert dans les mêmes conditions à une entreprise française similaire.

Dans la deuxième situation, l'acheteur public devra également faire preuve d'une appréciation éclairée des obligations internationales puisque l'alinéa 2 de l'article 2 lui ouvre la faculté d'introduire dans les documents de consultation des "critères ou des restrictions fondées sur l'origine" des produits/services/travaux ou "de la nationalité des opérateurs autorisés à soumettre une offre" pour limiter voire interdire l'accès des entreprises ou des produits des États tiers. Ainsi les dispositions de l'ordonnance s'appuient-elles sur la distinction entre la "règle d'origine" des produits, et celle de la nationalité de l'entreprise candidate. Pour expliquer la mise en œuvre de ces notions fort débattues en droit commercial international, l'alinéa 2 se contente pour l'instant de renvoyer à de futures dispositions réglementaires. Plus précis à propos des marchés de fournitures, l'article 54 de l'ordonnance ouvre à l'entité adjudicatrice la faculté de rejeter une offre dont la majorité des produits proposés est fabriquée dans les pays tiers, comme c'était déjà le cas sous l'empire de la directive 2004/17.

Enfin, pour les marchés de défense ou de sécurité, l'article 2 de l'ordonnance pose le principe de l'exclusivité réservée aux entreprises européennes, sauf Accord international spécifique. Alors que l'article 194 du Code des marchés publics de 2006, à partir de la révision du 14 septembre 2011 transposant la directive 2009/81 dite Défense (Décret n° 2011-1104), permettait exceptionnellement de restreindre la participation des entreprises étrangères en exigeant notamment, au titre des conditions d'exécution du contrat, une sécurité particulière des approvisionnements ainsi qu'une localisation des moyens de l'entreprise sur le territoire des États membres ou des parties de l'Espace Économique Européen, avec l'ordonnance de

2015, le raisonnement s'inverse : les entreprises des États tiers étant par principe interdites, l'acheteur public devra se justifier lorsqu'il voudra exceptionnellement accepter la recevabilité de la candidature d'une entreprise en provenance d'un de ces États.

Cependant, l'exigence de la condition de réciprocité pourra s'avérer difficile à apprécier pour les autorités concernées. Pour lui donner pleine effectivité, les acheteurs français devront se tenir constamment informés des Accords commerciaux conclus par l'Union européenne et de leurs avenants. Ce devoir de vigilance sera d'autant plus pesant que les Accords de commerce reposent sur une approche sectorielle et évolutive, avec des champs d'application qui parfois englobent également les contrats complexes et les partenariats publics privés. Il faut espérer que les acheteurs pourront s'appuyer sur la Direction des Affaires juridiques du Ministère des finances, avec l'aide de la Commission européenne désormais placée au centre du dispositif des négociations européennes en matière d'accès aux marchés publics.

D'ailleurs, pour renforcer les droits des entreprises européennes souhaitant pénétrer de nouveaux marchés, le Règlement 2015/1843/UE vient d'être adopté afin d'établir un mécanisme permettant à l'Union de "réagir aux obstacles au commerce dressés ou maintenus par des pays tiers qui provoquent un préjudice ou des effets commerciaux défavorables". À cet effet, toute personne physique ou morale représentant les industries ou les entreprises de l'Union, mais également tout État membre qui s'estimerait victime d'obstacle au commerce, pourra porter plainte devant la Commission, qui, assistée du Comité des obstacles au commerce, disposera de 45 jours pour décider d'ouvrir une procédure d'enquête ou d'examen, à l'issue de laquelle elle pourra prendre toute mesure commerciale de rétorsion, compatible avec les pratiques internationales. Ce nouvel outil vient compléter le Règlement n° 654/2014 qui comporte des dispositions dédiées aux mesures non tarifaires dans le domaine des marchés publics.

L. F. L. ■

**Marchés publics – Transition énergétique – Développement durable : Le Parlement utilise la commande publique comme levier de l'efficacité énergétique en adoptant la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte (Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, JORF n° 0189, 18 août 2015, p. 14263)**

L'action des collectivités publiques suit globalement une pente visant à favoriser une consommation raisonnée de l'énergie. La transition énergétique – qui mêle l'efficacité énergétique en cherchant à réduire la consommation d'énergie, et les énergies renouvelables, implique d'actionner des leviers variés, juridiques et financiers. En conséquence, le droit public est aujourd'hui traversé par

une dynamique qui touche les missions des collectivités territoriales, les règles d'urbanisme, les schémas élaborés à tous les niveaux territoriaux ou les contrats publics (voir O. Bonneau, F. Tesson, "Vers un droit public de l'économie d'énergie ?", *AJDA* 2012, p. 2256). Cette inclinaison se manifeste particulièrement dans la loi du 17 août 2015, relative à la transition énergétique pour la croissance verte (n° 2015-992, JORF n° 189, 18 août 2015, p. 14263 ; voir F. Tesson, "La réalité juridique de l'action publique en matière de transition énergétique", *AJDA* 2015, p. 1960).

La loi relative à la transition énergétique entend répondre à un certain nombre d'attentes environnementales. Dans ce sens, la loi du 17 août 2015 fixe des objectifs de réduction des émissions de gaz à effet de serre à 15 et 35 ans, d'augmentation de la part des énergies renouvelables dans la consommation énergétique et de diminution par deux de la consommation d'énergie finale. Ce mouvement sera facilité et lancé notamment par les collectivités publiques puisque ces dernières sont directement concernées par les champs dans lesquels interviendra la transition, comme par exemple les travaux de rénovation énergétique des bâtiments et le développement des transports plus économes en énergie et moins polluants.

Ainsi, les règles de la commande publique sont particulièrement impactées par l'objectif de transition énergétique mis en œuvre dans la loi. Il ne faut pas négliger toutefois que le texte du 17 août 2015 est à replacer parmi les initiatives internationales, européennes et nationales qui entendent toutes, à des degrés différents, utiliser la commande publique pour faire changer l'influence de l'Homme sur son environnement.

### La loi du 17 août 2015 est un des textes qui utilise la commande publique comme levier de la transition énergétique

On observe au niveau national l'émergence d'outils contractuels conçus pour faciliter les économies d'énergie, globalement ou par secteurs. Par exemple, les "marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou de maintenance sont des marchés publics qui associent l'exploitation ou la maintenance à la conception et à la réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique" (Décret n° 2011-1000, 25 août 2011, modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, art. 20-II ; *Concurrences* n° 4-2011, p. 201, com. F. Tesson ; *JCP éd. A.* n° 39, 26 sept. 2011, 2309, com. F. Linditch ; *L'essentiel Droit de l'immobilier et urbanisme*, 1<sup>er</sup> oct. 2011, n° 9, p. 1, com. J.-C. Car). Ces "contrats de performance énergétique" font écho à la loi Grenelle I qui envisage les contrats de partenariat comme un moyen d'assurer des travaux de rénovation en matière d'économie d'énergie (Loi n° 2009-967, 3 août 2009, de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JORF n° 0179, 5 août 2009, p. 13031, art. 5-I, al. 3). Ces dispositions raisonnent également avec celles du décret relatif à la prise en compte des incidences énergétiques et

environnementales des véhicules à moteur dans les procédures de commande publique selon lequel les pouvoirs adjudicateurs doivent tenir compte des incidences énergétiques et environnementales des véhicules sur toute leur durée de vie (n° 2011-493, 5 mai 2011, JORF n° 0105, 6 mai 2011, p. 7751). Ce texte constituant une modalité d'application de la directive relative à la promotion de véhicules de transport routier propres et économes en énergie (n° 2009/33, 23 avril 2009, JOUE n° L 120, 15 mai 2009, p. 5).

La loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte s'insère donc dans un mouvement national et européen de la commande publique, elle en est un des éléments récents les plus remarquables parce qu'elle utilise massivement cette dernière comme levier de la transition énergétique.

### La loi du 17 août 2015 utilise massivement la commande publique comme levier de la transition énergétique

Il faut distinguer les hypothèses dans lesquelles la loi du 17 août 2015 utilise directement la commande publique pour favoriser la transition énergétique de celles où la commande publique sera sollicitée indirectement.

Directement, en matière de transport, la loi n° 992-2015 prévoit que lorsque "les marchés publics impliquent pour leur réalisation que des opérations de transport de marchandises soient exécutées, la préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, peut se faire au profit des offres qui favorisent l'utilisation du transport ferroviaire, du transport fluvial ou de tout mode de transport non polluant" (art. 36). Dans le même sens, la loi impose des exigences en matière de renouvellement des véhicules. On remarquera que l'État et ses établissements publics, "lorsqu'ils gèrent directement ou indirectement, pour des activités n'appartenant pas au secteur concurrentiel, un parc de plus de vingt véhicules automobiles dont le poids total autorisé en charge est inférieur à 3,5 tonnes, acquièrent ou utilisent lors du renouvellement du parc (...) dans la proportion minimale de 50 % de ce renouvellement, des véhicules à faibles émissions définis comme les véhicules électriques ou les véhicules de toutes motorisations et de toutes sources d'énergie produisant de faibles niveaux d'émissions de gaz à effet de serre et de polluants atmosphériques" (art. 37).

En matière de matériaux, la loi relative à la transition énergétique pour la croissance verte prévoit que "la commande publique tient compte notamment de la performance environnementale des produits, en particulier de leur caractère biosourcé" (art. 144). Et tout "appel d'offres que l'État ou les collectivités territoriales publient pour la construction ou l'entretien routier intègre une exigence de priorité à l'utilisation des matériaux issus du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage de déchets" (art. 79-III). Le même article impose également aux collectivités l'achat d'une certaine proportion de papiers recyclés.

En matière de construction, d'une manière générale, l'article 8 de la loi sur la transition énergétique dispose que toutes "les nouvelles constructions sous maîtrise d'ouvrage

de l'État, de ses établissements publics ou des collectivités territoriales font preuve d'exemplarité énergétique et environnementale et sont, chaque fois que possible, à énergie positive et à haute performance environnementale". En particulier, les "nouvelles installations d'éclairage public sous maîtrise d'ouvrage de l'État et de ses établissements publics et des collectivités territoriales font preuve d'exemplarité énergétique et environnementale" (art. 189).

En matière d'énergie proprement dite, la loi sur la transition énergétique aborde la procédure des appels d'offres pour bénéficier d'un contrat d'achat ou d'un complément de rémunération (art. 106) et prévoit notamment que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi afin de "permettre l'organisation et la conclusion de procédures de mise en concurrence destinées à l'expérimentation et au déploiement de technologies innovantes (...) et, en outre, à la constitution de filières d'excellence compétitives et créatrices d'emplois durables, ainsi que de permettre l'organisation et la conclusion de procédures de mise en concurrence telles que les procédures de dialogue compétitif lorsque les capacités de production ne répondent pas aux objectifs de la programmation pluriannuelle de l'énergie" (art. 119, 12°).

Un peu moins directement, la commande publique est concernée par la transition énergétique par le fait des innovations institutionnelles proposées par le texte. Ce sera le cas avec les nouvelles "sociétés d'économie mixte hydroélectriques" (art. 118) ou l'autorisation pour les communes et les départements à "participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire" (art. 109). Ce sera aussi le cas avec l'influence qu'aura la loi du 17 août 2015 sur le fonctionnement des services publics : lutte contre le gaspillage alimentaire (art. 102). Ou même la mise en œuvre du service : l'article 194 de la loi reconnaissant que les "communes sont compétentes en matière de création et d'exploitation d'un réseau public de chaleur ou de froid" et que cette "activité constitue un service public industriel et commercial".

On le voit, les dispositions relatives à la commande publique de la loi n° 2015-992 prennent place dans un ensemble de leviers juridiques, de plus en plus dense, visant à favoriser la transition énergétique. Comme souvent en la matière, on pourra se poser la question de la cohérence/complexité de cet ensemble et surtout s'inquiéter de l'existence des leviers financiers permettant la mise en œuvre des dispositions présentées.

F. T. ■

## Commande publique – Délégations de services publics – Transposition de la directives 2014/23/UE :

Le Gouvernement poursuit le Big Bang de la commande publique avec l'ordonnance et le décret relatifs aux concessions (*Projets d'ordonnance et de décret relatifs aux concessions*)

Au moment du bouclage de ce numéro, le Gouvernement n'avait pas encore publié les projets d'ordonnance et de décret relatifs aux concessions qui constituent le deuxième "pilier" de la transposition du troisième "Paquet marchés publics" issu des Directives du 26 février 2014, le premier "pilier" étant constitué par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (commentée en détail dans ce numéro par: A. Sée, "L'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics transpose les directives 2014/24/UE et 2014/25/UE et procède à une redéfinition du champ du droit des marchés publics", ce numéro, *Concurrences* n° 1-2016; voir également L. Folliot-Lalliot, "L'article 2 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le règlement européen du 6 octobre 2015 encadrent l'accès des entreprises et des produits non européens aux marchés publics français"; *Concurrences* n° 1-2016 et notre annonce B. du Marais, "Le Conseil d'État examine le projet d'ordonnance relatif aux marchés publics", *Concurrences* n° 3-2015, p. 184-186).

Avec les deux décrets d'application de l'ordonnance du 23 juillet 2015, l'un relatif aux marchés publics et l'autre relatifs aux marchés publics de défense et de sécurité qui sont annoncés pour le courant de l'hiver 2016, l'exercice de transposition de ce troisième "Paquet marchés publics" devrait s'achever avant la date limite fixée au 18 avril 2016 par les Directives. Néanmoins, le chantier de la refonte d'ensemble du droit de la commande publique ne s'achèvera pas pour autant. En effet, est attendu un troisième "pilier", lui purement interne, qui devrait se traduire par une fusion de ces deux générations de textes au sein d'un grand code commun à l'ensemble des instruments de la commande publique, code tant attendu, plusieurs fois annoncé et hautement souhaitable.

A la date de rédaction de cette chronique, il est donc difficile d'analyser en détail ces deux projets de textes dont, jusqu'à leur publication, la seule version publique était celle soumise à la concertation organisée sur Internet par le Ministère de l'économie et des finances, à l'été 2015. Néanmoins, avant que notre prochaine chronique, dans le courant de l'été 2016, ne les aborde en profondeur, quelques remarques générales peuvent être d'ores et déjà formulées. La première a trait à la nouvelle architecture du droit de la commande publique qui résultera de l'instrument de transposition. La seconde remarque, qui lui est liée, renvoie au champ d'application, en droit interne, de la nouvelle notion de concession et donc de son corollaire, l'obligation de mise en concurrence. Une troisième remarque concerne l'obligation d'évaluation préalable, à laquelle nous tenons tout particulièrement.

## L'architecture de la transposition compliquée par l'organisation du droit de la commande publique

La première remarque a trait au parti pris en matière d'architecture du texte de transposition, les arbitrages en la matière étant particulièrement délicats du fait de l'organisation actuelle du droit français de la commande publique. Celui-ci se présente en "tuyaux d'orgue", avec une typologie très précise des contrats répondant à autant de spécificités en matière d'objet, de parties contractantes, de procédure d'attribution, etc. Cette construction du droit français de la commande publique en mosaïque était évidente, par exemple, dans le tableau "Quelques éléments de classification des différents contrats publics utilisés pour des achats publics et de long terme", publié il y a plusieurs années dans le Rapport d'Eric Besson au Premier ministre, *Mieux acheter pour un meilleur service du public : Des marchés publics complexes aux partenariats public-privé*, (sous la direction de B. du Marais, avec R. Duchêne, J.-Y. Gacon, P. Cossalter, J.-M. Glatt, O. Renaudie, Paris, Secrétariat d'État à la prospective et à l'évaluation publique, mai 2008, p. 42, en ligne sur : [http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000346/#book\\_synthese](http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000346/#book_synthese), visité le 5/01/2016). Tableau d'ailleurs immédiatement obsolète compte tenu de la sophistication permanente de ce domaine...

Une difficulté supplémentaire, bien connu depuis l'arrêt *CJCE*, 7 décembre 2000, *Telaustria*, réside dans le critère utilisé en droit interne pour caractériser ce que nous désignons par "délégations de service public" (DSP) : la nature de la rémunération du cocontractant de l'administration, outre l'existence d'un service public délégable. La rémunération doit être substantiellement liée *aux résultats* de l'exploitation. Ce critère se distingue de celui retenu en droit européen pour caractériser ce que celui-ci appelle, d'ailleurs par révérence et référence à la pratique française, les "concessions" au sens large. Ce type de contrat s'identifie en fonction du *risque* d'exploitation. Critère du risque désormais solennellement affirmé par le droit dérivé, dans l'article 5 de la Directive 2014/23 et qui recouvre tout ce qui pourrait procéder de ce que l'on appelle communément le "risque commercial".

Cependant, une difficulté supplémentaire naît de la rédaction même de la Directive, qui ne vise, outre les concessions de travaux, que les "concessions de services". Soucieuse de ne pas empiéter sur les prérogatives exclusives des États membres pour définir ce qu'est un service public (voir les art. 2 et 4), la Directive embrasse un champ donc plus large que nos seules DSP.

La transposition du troisième "Paquet marchés publics" donne donc l'occasion de simplifier la mosaïque du droit interne, comme le demandait d'ailleurs les dispositions habilitant le gouvernement à procéder par ordonnance figurant à l'article 209 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron). Trois options semblaient dès lors s'ouvrir.

La première option aurait consisté à faire table rase de notre mosaïque contractuelle, et à ne garder que les deux seules notions européennes, en se fondant sur le critère unique du risque commercial. S'il est assumé par le cocontractant, il y a "concession", s'il est par la puissance publique, il y a marché public. Cette construction se rapproche de la pratique anglaise du PPP, qui distingue traditionnellement et principalement les contrats "*financially free standing*" (l'opérateur portant donc le risque commercial) d'avec les contrats de "*services sold to the public*", dans lequel la prestation est payée par la puissance publique à l'opérateur (voir Rapport Besson, *op. cit.*, et plus récemment, Y. Marique, *Public-Private Partnerships and the Law – Regulation, Institutions and Community*, Cheltenham, Edward Elgar, 2014, p. 79 et 106 s.). Cette solution présente l'avantage de la simplicité, d'autant plus que l'ordonnance a vocation à ne s'appliquer qu'aux contrats à venir. Cependant, elle présente le grand défaut de créer plusieurs risques de confusion, et donc des problèmes d'intelligibilité et de stabilité de la norme.

La concession de service public au sens de l'ordonnance de transposition, pourrait être ainsi confondue avec la notion française classique de la concession, qui est actuellement selon la doctrine et la pratique, une catégorie de DSP au même titre que l'affermage et la régie intéressée. Mais ce risque n'emporte que peu d'effets contentieux. En particulier, l'identification de la procédure d'attribution ne résulte pas, actuellement, de la nature, et encore moins de la dénomination, du contrat au sein de la catégorie générique des DSP.

Plus gênant, la nouvelle notion de concession de service public viendrait heurter frontalement la notion actuelle de DSP. Or, celle-ci est laborieusement entrée dans la pratique depuis que le contentieux, tout au long des décennies 1990 et 2000, en a graduellement défini les contours, ce qu'avait omis de préciser le texte la créant. La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, ne comportait à l'origine en effet aucune définition de la DSP. Cette difficulté n'est pas seulement sémantique et n'affecte pas seulement un secteur marginal, limité au niveau local. On rappellera qu'environ la moitié du CAC 40 – qui, de près ou de loin, s'appuie sur le régime de la DSP – serait ainsi bouleversé par une complète réécriture des textes.

Exactement contraire, la deuxième option aurait consisté à établir une stricte égalité entre la notion française de DSP et la notion européenne de "Concession de service public". Dès lors que le critère d'identification actuelle des DSP n'est plus compatible avec le droit européen, il aurait suffi de modifier quelques mots dans la définition de la DSP, aux articles 38 de la loi Sapin et L. 1411-1 du CGCT, pour établir le risque d'exploitation comme seul critère, le reste du régime juridique des DSP n'ayant finalement besoin que d'être modifié à la marge pour satisfaire au droit européen. L'avantage de cette rédaction "à l'économie", qui fait de la DSP l'équivalent fonctionnel nécessaire à la transposition de la Directive, est la



grande stabilité du cadre juridique. Notamment, cela éviterait d'avoir quatre générations successives de textes en moins de quinze années : la loi Sapin dans sa rédaction issue de la loi Murcef de 2001, l'ordonnance marchés publics du 23 juillet 2015, les textes de transposition de la Directive 2014/23/UE et le futur code de la commande publique...

Une troisième approche, intermédiaire et qui était en filigrane dans la version du projet soumis le 22 juillet 2015 à la concertation publique, consiste à introduire la notion de concession de service comme de principe général, la DSP ne demeurant que pour les seules collectivités territoriales. Ce parti fait coexister de façon étrange plusieurs appellations différentes, parmi lesquels le contrat de "concessions de services", érigé en droit commun par l'ordonnance, ne concerne, en pratique, qu'un aspect marginal de la commande publique tandis que la DSP, en pratique très répandue, se retrouve reléguée au rang de régime dérogatoire.

### Le nouveau critère du risque ne lève pas toutes les difficultés de qualification des contrats en cause

Comme notre chronique l'avait déjà soulevé lors de l'examen des textes du troisième "Paquet Marchés publics" (voir les différents articles dans *Concurrences* n° 2-2014, p. 194 - 206), abandonner le critère spécifique à la France pour la définition, hier des DSP, aujourd'hui des "concessions", ne va pas suffire à supprimer tout problème de frontières et de (re)qualification. Au contraire, on peut voir surgir deux types de difficultés et faire deux remarques.

En premier lieu, dès lors que la directive vise l'ensemble des concessions, et notamment des concessions de services, "Il devrait en résulter l'apparition, en droit interne, d'une nouvelle catégorie de conventions, les concessions de service qui ne sont pas des services publics", (voir A. Sée, "Le législateur de l'Union renouvelle la définition des concessions en droit de l'Union européenne", *Concurrences* n° 2-2014, p. 194 s.). Ou plutôt, l'ordonnance de transposition va avoir nécessairement pour effet, d'une part, de soumettre à une procédure, certes minimale, de mise en concurrence des contrats qui ne l'étaient pas, et d'autre part, pour les concessions passées par des personnes morales de droit public, de les qualifier de contrats administratifs alors qu'ils restaient des contrats de droit privé. On pense par exemple aux contrats de mise à disposition de téléphone ou TV dans les hôpitaux, aux contrats de régie publicitaire des bulletins municipaux, mais aussi à certaines licences de numérisation des données publiques, etc. Ce type de prestations n'ayant jamais été qualifiées de service public et en l'absence de clauses exorbitantes du droit commun, ils échappaient à la fois à toute mise en concurrence et à la compétence du juge administratif. En sens inverse, hormis par application de la théorie du mandat et de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*, le critère organique va faire basculer les concessions passées par des personnes de droit privé dans le droit privé.

Plus complexe cependant, le critère du risque va entraîner le basculement potentiel de certaines pratiques contractuelles existantes, de la catégorie des marchés publics vers celle des "concessions". En effet, fermement invités par les précisions apportées au dernier alinéa de l'article 5.1 de la Directive, le pouvoir adjudicateur et après lui le juge, devront se livrer à une analyse à la fois *in concreto* et juridico-économique de l'équilibre des risques entre les parties. Nous nous y sommes préparés (voir B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-Po Dalloz, 2004, en particulier le chapitre 10 qui, sur ce point au moins, reste d'actualité...). Reste que cette analyse, dont le juge est peu familier, sera complexe.

Ainsi, il faudra veiller à ce que les clauses de performance, et donc les pénalités qui en découlent, incluses dans des marchés publics qui relèveraient, autrefois de la catégorie des contrats de partenariats, aujourd'hui de la catégorie des marchés de partenariat ou des marchés publics globaux de performance de l'article 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ne fassent courir des risques d'exploitation tels qu'ils seraient requalifiés de "concessions". Ce basculement potentiel n'est d'ailleurs pas inédit en jurisprudence (voir CE, 7 nov. 2008, Département de la Vendée, req. n° 291794, Recueil *Lebon*, Tp. 805). De même, on pourra s'interroger – à nouveau... – sur la qualification des contrats de mobilier urbain dans lesquels l'opérateur prend en charge, à titre de seule rémunération, tout le risque commercial de leur valorisation publicitaire.

Ensuite, et à titre de première remarque, les possibilités de requalification en fonction de l'analyse du partage des risques montrent l'importance de l'évaluation préalable qui était prévue à l'article 24 du projet soumis à concertation et qui était généralisée à tous les types de concession. Si elle n'avait été supprimée du projet du gouvernement, elle aurait pu devenir une pièce décisive dans le raisonnement du juge.

Enfin, par une seconde remarque, on notera que le projet inclut les contrats de concession de service public "lorsqu'ils ont pour objet la gestion d'un service public", sans distinguer les SPIC des services publics administratifs. Or, et même si les catégories de droit interne et de droit dérivé ne se recoupent pas, la Directive exclut expressément "Les services d'intérêt général non économiques" à l'article 4.2.

B. D. M. ■

## À NOTER

### Seuil – Procédure formalisée –

**Concessions :** La Commission européenne et le gouvernement français édictent trois règlements et deux décrets qui modifient les seuils d'application des directives de l'Union européenne ainsi que le seuil de déclenchement des procédures formalisées (*Règlement délégué (UE) 2015/2170 de la Commission du 24 nov. 2015 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, JOUE L 30715 ; Règlement délégué (UE) 2015/2171 de la Commission du 24 nov. 2015 modifiant la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, JOUE L 30717 ; Règlement délégué (UE) 2015/2172 de la Commission du 24 nov. 2015 modifiant la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, JOUE L 30719 ; Décret n° 2015-1904 du 30 déc. 2015 modifiant les seuils applicables aux marchés publics et autres contrats de la commande publique, JORF n° 0303, 31 déc. 2015, p. 25473 ; Décret n° 2015-1163 du 17 sept. 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, JORF n° 0218, 20 sept. 2015, p. 16629*)

Trois règlements de la Commission européenne du 24 novembre 2015 fixent les nouveaux seuils d'application des directives européennes relatives aux contrats de la commande publique. Le décret n° 2015-1904 du 3 décembre 2015 reprend ces dispositions. À compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016, ces seuils seront de :

- 135 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services de l'État ;
- 209 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des collectivités territoriales ;
- 418 000 € HT pour les marchés publics de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés publics de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 225 000 € HT pour les marchés publics de travaux et pour les contrats de concessions. Le décret modifiant en conséquence les textes de droit interne relatifs aux marchés publics et autres contrats de la commande publique entamera très prochainement son processus d'adoption.

En outre, le décret n° 2015-1163 du 17 septembre 2015 modifiant certains seuils relatifs aux marchés publics, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2015, relève de 15 000 à 25 000 euros le seuil de dispense de procédure formalisée.

A. S. ■

## 2. Jurisprudence

### Référé précontractuel – Office du juge

**– Principe de spécialité :** Le Conseil d'État étend l'office du juge du référé précontractuel et contrôle la compétence de la personne publique candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique (*CE, 18 sept. 2015, CNAM des Pays de la Loire, n° 390041*)

Le juge des référés précontractuels n'est plus seulement le juge de la mise en concurrence : en acceptant de contrôler la compétence de la personne publique candidate à l'attribution d'un contrat de la commande publique, il étend son office au-delà des limites posées par l'article L. 551-1 CJA.

Dans cette affaire, la commune de Brie a lancé une procédure négociée en vue de faire réaliser des études d'urbanisme portant sur la création d'une zone d'aménagement concerté. Un groupement, constitué de sociétés privées ainsi que de l'association de gestion du Conservatoire national des arts et métiers des Pays de la Loire (CNAM), a été retenu. Des concurrents évincés ont alors saisi le juge des référés précontractuels, qui a annulé la procédure à compter de l'examen des candidatures en se fondant sur la méconnaissance, par l'établissement public CNAM du principe de spécialité. Le groupement attributaire ainsi que l'association de gestion du Conservatoire national des arts et métiers des Pays de la Loire se sont pourvus en cassation.

Comme la juridiction du fond, le Conseil d'État a accepté par principe de contrôler la compétence de la personne publique candidate au stade du référé précontractuel. Ainsi, désormais, *“lorsque le candidat est une personne morale de droit public, il (...) incombe [au juge des référés] de vérifier que l'exécution du contrat en cause entrerait dans le champ de sa compétence et, s'il s'agit d'un établissement public, ne méconnaîtrait pas le principe de spécialité auquel il est tenu”*. Le juge revient ainsi sur sa jurisprudence antérieure, aux termes de laquelle il se refusait à effectuer un tel contrôle en référé précontractuel (*CE, 30 juin 1999, n° 198993, Demathieu et Bard, Rec. tables p. 890 ; CE, 21 juin 2000, n° 209319, Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise, Rec. p. 283*). Il étend de ce fait son office au-delà des limites prévues par l'article L. 551-1 CJA, qui la circonscrit pourtant aux seuls manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Reste que le moyen est rejeté en l'espèce, dès lors que c'est une personne privée qui était membre du groupement attributaire litigieux, et non l'établissement public lui-même. En outre, le juge des référés saisi en premier ressort s'est contenté de *“prendre en compte l'objet statutaire de cet établissement, sans rechercher si les prestations objet du marché constituaient le complément normal de sa mission statutaire et étaient utiles à l'exercice de celle-ci”*, comme l'exige le contrôle du principe de spécialité (*CE, avis, sect. Travaux publics, 7 juillet 1994, Diversification des activités d'EDF-GDF, n° 356089*)

On remarquera que ce n'est pas la première fois que le juge du référé précontractuel étend son office et accepte d'examiner des moyens qui ne sont pas tirés de la violation du droit de la commande publique. Ainsi, si "*la méconnaissance éventuelle des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce n'est pas au nombre des manquements dont peut être saisi le juge des référés précontractuels*" (CE, 5 juin 2007, n° 305280, *Corsica ferries*), le juge des référés précontractuels peut quand même faire application des règles du droit de la concurrence quand les manquements sont directement imputables à l'autorité responsable de la passation du contrat (CE, 2 juillet 1999, *Bouygues* ; CE, 24 octobre 2001, Collectivité territoriale de Corse).

Il n'en demeure pas moins que l'évolution opérée par l'ordonnance "*CNAM des Pays de Loire*" n'est pas anodine et conduira à une extension considérable du contrôle du juge sur la candidature des personnes publiques. On sait en effet, depuis la décision de principe "*SNC Armor*" (CE, Ass., 30 décembre 2014, n° 35563, *SNC Armor*, *Concurrences* n° 1-2015, p. 190, note A. Sée), que les conditions de la création d'une activité économique sont à vérifier au regard des règles de compétence de la personne publique, et notamment du principe de spécialité des établissements publics. Le juge du référé précontractuel devrait ainsi pouvoir à l'avenir contrôler ces éléments.

A. S. ■

### **Conflit d'intérêt – Marché public : Le Conseil d'État rappelle les critères permettant d'identifier un conflit d'intérêts affectant la régularité d'une procédure de passation d'un marché public et les moyens de le prévenir (CE, 14 oct. 2015, *Applicam*, n° 390968)**

Jean Guittou considérait qu'être dans le vent, c'est avoir le destin des feuilles mortes. Il faut espérer que la notion de conflits d'intérêts, qui fait actuellement l'objet d'une littérature abondante, ne connaîtra pas un tel sort (voir notamment, "*Les conflits d'intérêts*", *Pouvoirs* n° 143, nov. 2013). Les enjeux que concentre cette notion sont en effet cruciaux : l'identification d'un conflit d'intérêt implique non seulement une mise en cause de l'impartialité de l'action publique, et potentiellement, celle du respect de l'égalité entre les citoyens, mais aussi, très souvent, un parasitage de l'intérêt général par un ou des intérêts particuliers (voir la définition du conflits d'intérêts donnée par l'article 2 de la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique). Plusieurs décisions du Conseil d'État ont d'ailleurs appliqué les exigences découlant de la prohibition des conflits d'intérêts à des domaines tels que la composition des autorités administratives (CE, sect., 22 juillet 2015, *Zambon France*, n° 361962 ; CE, 11 février 2011, *Aquatrium*, n° 319828) ou la production des expertises devant le juge administratif (CE, 19 avril 2013, *Centre hospitalier d'Alès-Cèvennes*, n° 360598).

S'agissant plus particulièrement de la passation des marchés publics, l'article 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui n'était

pas applicable au marché public objet de la décision sous revue, dispose que "*Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public*". En matière de commande publique, "*un conflit d'intérêts comporte le risque que le pouvoir adjudicateur se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause et qu'une préférence soit donnée à un soumissionnaire de ce seul fait. Un tel conflit d'intérêts est donc susceptible de constituer une violation de l'article 2 de la directive 2004/18* [, c'est-à-dire les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence]" (CJUE, 12 mars 2015, *eVigilio*, aff. C-538/13, pt 35).

Dans l'affaire objet de la décision sous revue, l'offre en vue de l'obtention d'un marché à bons de commandes de la société *Applicam* avait été préférée à celle de la société *RevetSens*, laquelle a saisi le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Lille afin d'obtenir l'annulation de la procédure. Celui-ci s'est rendu aux arguments de la requérante en considérant que le pouvoir adjudicateur, qui s'était adjoint les services d'un assistant à la maîtrise d'ouvrage dont l'impartialité était sujette à caution, avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence. Saisi en tant que juge de cassation, le Conseil d'État casse le jugement pour erreur de droit car ce dernier était fondé sur l'article 24 de la directive 2014/24 du 26 février 2014, relatif à la définition du conflit d'intérêt, alors que, d'une part, le délai de transposition de cette directive n'était pas expiré et que, d'autre part, l'obligation des États membres de ne pas prendre, pendant le délai de transposition, de mesures susceptibles de mettre en cause les objectifs poursuivis par une directive est opposable aux mesures générales et non aux décisions individuelles telles que les décisions d'attribution de marché public.

Après avoir exposé les éléments qui permettent d'identifier un conflit d'intérêt susceptible de vicier une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, il conviendra d'envisager dans quelle mesure celui-ci peut être utilement prévenu.

### **La détection du conflit d'intérêt**

La notion de conflit d'intérêts – omniprésente dans les conclusions du rapporteur public Gilles Pellissier – n'apparaît pas explicitement dans la décision du Conseil d'État, lequel préfère considérer que la prohibition des conflits d'intérêts est absorbée par le respect dû au principe général d'impartialité. Le juge indique ainsi "*qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence*" (cons. 5), étant précisé que le manquement est caractérisé dès lors que la situation litigieuse suscite un "*doute légitime*" sur l'impartialité de la procédure suivie (cons. 3 ; dans

le même sens voir CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés, n° 355756). Il n'est donc pas nécessaire de démontrer concrètement qu'un candidat a été avantagé, il suffit de démontrer "qu'il en a peut-être été ainsi" (concl. Pellissier).

L'appréciation à laquelle doit se livrer le juge administratif se révèle difficile car il s'agit pour lui de trouver de manière concrète et pragmatique le point d'équilibre entre deux principes en tension : d'une part, l'impératif d'impartialité de la procédure de passation, et, d'autre part, la liberté d'accès à la commande publique.

De manière traditionnelle, deux conditions conduisent le Conseil d'État à identifier une situation de conflit d'intérêts susceptible d'affecter la légalité de la procédure d'attribution d'un contrat de la commande publique : "d'une part, il faut que la personne qui a participé à la procédure ait eu à son issue un intérêt pouvant être perçu comme compromettant son impartialité ; d'autre part, elle doit avoir été en mesure de l'influencer" (concl. Pellissier).

S'agissant de la nature des liens, qui peuvent être d'une intensité variable, unissant une personne qui participe à la procédure de passation et un candidat à l'obtention du contrat, elle peut être financière, économique (CE, 11 février 2011, *Aquatrium*, précité) ou personnelle (CE, 3 novembre 1997, *Préfet de la Marne*, Rec. p. 411). Si les liens litigieux ont formellement cessé d'exister, l'appréciation du juge administratif est rendue encore plus délicate dans la mesure où ces liens "peuvent perdurer au-delà des liens matériels qui les ont fait naître, de sorte que la seule circonstance que le lien soit rompu ne suffit pas à écarter tout risque d'intéressement" (concl. Pellissier). Dans cette optique, le Conseil d'État a d'ailleurs relevé – s'agissant de la décision sous revue – que l'assistant à la maîtrise d'ouvrage "a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais" (cons. 5).

S'agissant de l'appréciation du pouvoir d'influence de la personne intéressée, celui-ci doit être apprécié au cas par cas "en fonction des phases de la procédure auxquelles la personne a contribué et du contenu de sa participation" (concl. Pellissier). À titre d'exemple, la participation d'une personne intéressée à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation n'est pas susceptible de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur, dès lors qu'à ce stade de la délibération, la procédure n'avait pas encore été organisée, que les soumissionnaires n'étaient pas connus et que la personne intéressée n'a pas siégé à la commission d'appel d'offres et n'a pris aucune part dans le choix de l'entreprise attributaire (voir CE, 9 mai 2012,

Commune de Saint-Maur-des-Fossés, précité). Dans la décision sous revue, le Conseil d'État, après avoir relevé que l'assistant à la maîtrise d'ouvrage "a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région", a logiquement considéré "qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse" (cons. 5).

## La prévention du conflit d'intérêt

Si les deux éléments constituant une situation de conflit d'intérêt susceptible de faire naître un doute légitime sur l'impartialité de la procédure suivie sont réunis, il revient au pouvoir adjudicateur de prendre toutes les mesures nécessaires afin de lever ce doute. À cet égard, la prévention du conflit d'intérêts n'est pas un exercice moins délicat que celui de sa détection car il s'agit pour le pouvoir adjudicateur de fixer, de nouveau de manière concrète et pragmatique, le bon curseur entre les exigences découlant du principe d'impartialité et celles découlant du principe de liberté d'accès à la commande publique dont bénéficient les candidats. Une fois le conflit d'intérêt caractérisé, le pouvoir adjudicateur doit en effet agir de manière proportionnée et se garder de prendre des mesures trop radicales.

Ainsi que le rappelait Bertrand Dacosta dans ses conclusions sous l'affaire *Commune de Saint-Maur-des-Fossés*, "une entreprise candidate à l'obtention d'un marché public n'a pas à faire les frais de l'incapacité du pouvoir adjudicateur à prévenir d'éventuels conflits d'intérêts, quand il est en mesure de le faire" (voir concl. *BJCP* 2012 n° 84, p. 345). En raison du respect dû au principe de liberté d'accès à la commande publique, une entreprise n'a pas à être évincée d'une procédure de passation au seul motif qu'une personne participant à cette procédure lui serait liée et ce dès lors que d'autres moyens à la disposition du pouvoir adjudicateur permettent de lever le doute légitime qui l'entache : "une collectivité ne peut écarter une candidature que si elle n'est pas en mesure de l'apprécier de manière impartiale" (concl. B. Dacosta précitées).

Dans la décision sous revue, le Conseil d'État indique "qu'il était (...) loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M. A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres" (cons. 5). Afin de préserver la régularité de la procédure de passation tout en sauvegardant le droit de l'entreprise en cause de présenter une offre, le pouvoir adjudicateur disposait ainsi d'au moins un choix alternatif à celui qu'il a originellement retenu.

Une prudence abusive peut ainsi s'avérer tout aussi préjudiciable pour la régularité de la procédure de passation qu'un laxisme excessif. Dans le premier cas, c'est la méconnaissance du principe de liberté d'accès à la commande publique qui justifierait une censure, dans le second, ce serait celle du principe d'impartialité. Comme dans de très nombreux autres domaines, le respect du droit se révèle ici comme un art compliqué et tout d'exécution.

G. M. ■

**Convention d'occupation du domaine public – Plein contentieux – Recours pour excès de pouvoir : Le Conseil d'État précise que le recours en plein contentieux issu de la jurisprudence Tarn-et-Garonne est ouvert aux tiers évincés lors d'une procédure de mise en concurrence pour l'occupation du domaine public et que cette possibilité exclut tout recours pour excès de pouvoir contre la décision de rejet du candidat (CE, 2 décembre 2015, Orange, n° 386979, sera mentionnée au Lebon)**

La société Orange et l'École centrale de Lyon avaient conclu en 1995, une convention d'occupation du domaine public relative à l'installation d'une station de téléphonie mobile sur l'un des bâtiments de l'école. Cette convention avait été renouvelée par avenants dont le dernier arrivait à échéance à la fin de l'année 2014. Afin d'assurer le renouvellement de cette convention, le directeur de l'École centrale de Lyon avait ouvert durant l'été 2014, une procédure de consultation en vue de l'implantation, sur le site de l'école, d'une ou deux antennes-relais, pour une durée de neuf ans.

Il convient de rappeler que la passation des conventions d'occupation du domaine public n'est pas automatiquement soumise à des procédures de mise en concurrence, cependant l'Administration, dès lors qu'elle a recours à ce procédé, doit toutefois respecter les règles qu'elle a imposées (CE, Sect., 3 déc. 2010, Ville de Paris et asso. Paris Jean Bouin, *Lebon*, p. 472 ; *BJCP* 2011, p. 36, concl. N. Escaut ; *AJDA* 2011, p. 21, E. Glaser ; *Dr. adm.* 2011, comm. 11, F. Brenet & F. Melleray ; *Contrats-marchés publ.* 2011, comm. n° 25, G. Eckert). Par ailleurs, en matière de téléphonie mobile, l'article L. 46 du code des postes et des communications électroniques prévoit que "les autorités concessionnaires ou gestionnaires du domaine public non routier, lorsqu'elles donnent accès à des exploitants de réseaux de communications électroniques, doivent le faire sous la forme de convention, dans des conditions transparentes et non discriminatoires et dans toute la mesure où cette occupation n'est pas incompatible avec son affectation ou avec les capacités disponibles".

Dans la présente affaire, après avoir opté pour une mise en concurrence, le directeur de l'école a, par une décision du 27 octobre 2014, rejeté l'offre présentée par la société Orange et signé deux conventions d'occupation avec, respectivement, les sociétés Bouygues Telecom et Free. C'est ainsi que la société Orange a demandé au juge des référés du Tribunal administratif de Lyon de suspendre, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, l'exécution de la décision du 27 octobre 2014 par laquelle le directeur de l'École centrale de Lyon a rejeté sa candidature. Par une ordonnance du 23 décembre 2014, le juge des référés du Tribunal administratif de Lyon a suspendu l'exécution de la décision. De ce fait, l'École centrale de Lyon a formé un pourvoi en cassation contre l'ordonnance du juge des référés du Tribunal administratif de Lyon.

Dans sa décision, le Conseil d'État vient d'emblée, dans le prolongement de sa décision *Tarn-et-Garonne* (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Département du Tarn-et-Garonne Rec. 2014, p. 70 ; *JCP A* 2014, 2152, note J.-F. Sestier ; *JCP A* 2014, 2153, note Hul ; *Contrats-Marchés publ.* n° 1-2015, comm. 5, étude P. Rees et repère 5, note F. Llorens & P. Soler-Couteaux ; *AJDA* 2014, p. 1035, chron. A. Bretonneau et J. Lessi ; *Dr. adm.* n° 6-2014, comm. 36, F. Brenet) préciser "que tout tiers à une convention d'occupation du domaine public conclue sur le fondement de ces dispositions, susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses, est recevable à former, devant le juge du contrat, un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles [et] que la légalité du choix du cocontractant ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un tel recours, exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, et qui peut éventuellement être assorti d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat" (arrêt commenté, consid. n° 3).

Outre désormais les conventions d'occupation du domaine public, ce recours de pleine juridiction est ouvert à l'encontre de tous les contrats. Il en va ainsi, à titre d'exemple, à l'encontre de la passation d'un accord-cadre en cas d'entente entre les concurrents (TA Lyon, 15 janv. 2015, n° 1106126 et n° 1201320, *Bauland TP : Contrats-marchés publ.* n° 7-2015, comm. n° 170, P. Devillers), il peut par ailleurs être ouvert à des usagers ayant un intérêt à agir à l'encontre de la passation d'une concession de service public (CAA Nancy, 12 mai 2014, n° 13NC01303, M. M. c/ Communauté urbaine du Grand Nancy, *Contrats-marchés publ.* n° 7-2014, comm. n° 201, M. Ubaud-Bergeron) et les tiers peuvent même être des sous-traitants dès lors que leurs intérêts sont lésés (CE, 14 oct. 2015, n° 391183, Région Réunion, *Rec. Tables, JCP Adm.* n° 43-2015, act. n° 866, L. Erstein). Rappelons aussi que le recours ouvert par l'arrêt *Tarn et Garonne* est susceptible d'être invoqué pour des contrats ayant été passés avant même le rendu de cet arrêt (CAA Marseille, 7 avr. 2015, n° 12MA04181, *Contrats-marchés publ.* n° 6-2015, comm. n° 161, H. Hoepffner).

Cependant, en l'espèce, le concurrent évincé, la société Orange, ne contestait pas directement la passation ou les clauses du contrat mais la légalité de la décision de rejet de sa candidature ; c'est ici que les requérants se sont heurtés aux limites du recours ouvert par l'arrêt *Tarn-et-Garonne*. En effet, le Conseil d'État a précisé que "lorsqu'une autorité gestionnaire du domaine public non routier décide de donner accès à ce domaine à des exploitants de réseaux de communications électroniques, mais choisit de limiter le nombre de conventions simultanément conclues à cet effet, la légalité de ce choix ainsi que celle du choix des cocontractants et celle du refus simultanément opposé à un autre exploitant de réseaux de communications électroniques ne peuvent être contestées, par ce dernier, que par un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat [et] que le candidat évincé n'est, dès lors, pas recevable à former un recours pour excès de pouvoir contre la

*décision par laquelle le gestionnaire du domaine public n'a pas retenu sa candidature*" (arrêt commenté, consid. n° 4).

Pourtant, l'École centrale de Lyon avait choisi de procéder à une mise en concurrence mais avait rejeté la candidature de la société *Orange* en lui indiquant, de manière erronée, que cette décision était susceptible d'être contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir. Devant le Conseil d'État, s'estimant privée de recours, la société *Orange* invoqua alors dans ses moyens que cet état de fait constituait une atteinte disproportionnée au droit d'accès à un tribunal garanti par l'article 6, § 1, de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Cependant, le Conseil d'État, bien que le délai de recours contentieux ouvert par l'arrêt *Tarn-et-Garonne* soit dépassé, précisa que ces conditions n'avaient pas pour effet de priver la société requérante de tout accès à un juge (arrêt commenté, consid. n° 6).

C'est ainsi que le Conseil d'État jugea "*qu'en ne relevant pas l'irrecevabilité de la demande de la société Orange, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a commis une erreur de droit*" (arrêt commenté, consid. n° 7). Cette solution abrupte peut soulever la critique. Effectivement, en la matière, il convient de rappeler que "*l'évolution jurisprudentielle qui ouvre, à tout tiers intéressé, un recours visant directement un contrat semble radicale. Comme pour en témoigner, le juge administratif a rendu impossible, en retour, la contestation des actes détachables. Solution d'autant plus significative que, en dehors d'ambitions simplificatrices, rien ne l'imposait d'un point de vue logique*" (S. Hourson, "Un grand pas en avant, et deux pas de côté" - Retour sur l'arrêt Département de Tarn-et-Garonne" : *Dr. adm.*, n° 4-2015, étude n° 6).

S. Z. ■

**Domaine public – Sous convention domaniale – Pratique discriminatoire :** L'Autorité de la concurrence contrôle les conditions d'attributions de sous-concessions domaniales à la gare du Nord au regard du droit des pratiques anticoncurrentielles et considère que les conditions de passation de l'espèce ne révèlent pas de pratiques discriminatoires (*Aut. conc.*, *déc. n° 15-D-15 du 18 novembre 2015 relative à des pratiques relevées dans le cadre de l'attribution d'emplacements commerciaux à la mezzanine banlieue de la gare du Nord de Paris*)

L'Autorité de la concurrence, juge de la mise en concurrence ? En contrôlant les conditions d'attribution de sous-concessions domaniales, l'Autorité ébauche un contrôle des procédures de passation de certaines occupations domaniales au regard des règles du droit des pratiques anticoncurrentielles.

C'est, encore une fois, l'occupation du domaine public ferroviaire qui est au cœur de cette affaire (v. déjà, Conseil de la concurrence, avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004

relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits ; CE, 23 mai 2012, n° 348909, *RATP, Concurrences*, n° 3-2012, p. 226, note A. Sée). En l'espèce la *Société d'aménagement de la Mezzanine Paris Nord (SAM)*, société de droit privé, a conclu une convention d'occupation du domaine public avec la *SNCF*, établissement public, aux fins notamment de commercialiser et de gérer l'espace dédié à des activités de commerce de la mezzanine banlieue de la gare du Nord. La *SAM* a dans un second temps conclu des sous conventions domaniales avec des exploitants commerciaux pour l'occupation des espaces. Certaines pratiques ont été dénoncées par des candidats à l'occupation non retenus, tenant à la durée excessive des sous conventions, à leurs prolongations, mais aussi du fait du déroulement de certaines phases des procédures de sélection, comme la négociation de gré à gré et l'absence de mise en concurrence. Les concurrents évincés estimaient que les sous conventions domaniales constituaient des ententes, en raison de l'absence de respect de procédure transparentes et non discriminatoires ; elles caractérisaient en outre selon eux des abus de position dominante, et précisément des pratiques discriminatoires, pour les mêmes motifs. On notera que les auteurs de la saisine ont demandé à l'Autorité de la concurrence d'user de pouvoirs similaires à ceux d'un juge du plein contentieux contractuel : suspendre l'exécution des sous conventions domaniales, enjoindre au gestionnaire de respecter une procédure de mise en concurrence transparente et non discriminatoire, et réformer les contrats, en en réduisant leur durée.

L'Autorité a, dans ces conditions, accepté de contrôler les "procédures" de sélection des sous-occupants du domaine public ferroviaire au regard du droit des ententes et des abus de position dominante. Elle a précisément contrôlé la sélection au regard de la prohibition des pratiques discriminatoire, pour conclure à l'absence de violation de ces dispositions en l'espèce. Reste que si l'Autorité exerce ainsi un contrôle de la passation des sous-conventions d'occupation domaniale au regard des règles de concurrence, ses exigences sont plutôt limitées.

### **Le contrôle accepté de la passation des sous occupations domaniales au regard des règles de concurrence.**

La société concurrente évincée considérant qu'en raison d'irrégularités dans la procédure de passation, les sous conventions d'occupation domaniale conclues entre la *SAM* et les occupants constituaient à la fois des ententes et des abus de position dominante.

L'autorité était compétente pour se prononcer sur la demande des opérateurs évincés. Certes, le juge administratif est exclusivement compétent dès lors qu'est en cause un acte de puissance publique ou une mesure d'organisation du service public (TC, 4 mai 2009, *Gisserot*, n° C3714), et donc quand est en cause l'occupation du domaine public, dont les conventions sont des contrats administratifs par détermination de la loi (L 2331-1 CG3P). Mais les sous-conventions domaniales conclues entre personnes privées sont des contrats de droit privé (T. conf., 14 mai 2012, *Mme A c/ Société d'exploitation*

*Sports événements* et Ville de Paris, n° C3836 ; T. conf., 10 juill. 1956, *Société des steeple-chases de France*, rec. p. 587), sauf si l'occupant est délégataire de service publics (T. conf., 16 oct. 2006, *Pharmacie de la gare Saint-Charles c/ A2C*, n° C3514), ce qui n'était pas le cas en l'espèce. En outre, les activités en cause de la SAM consistant en la commercialisation et la gestion d'espaces commerciaux constituent des activités économiques qui "ne relèvent pas de l'exercice de puissance publique, même si elles sont exercées sur le domaine public ferroviaire" (pt 132).

Surtout, au fond, l'Autorité va accepter de contrôler la procédure de passation au regard des règles du droit de la concurrence. Si elle écarte rapidement le grief tiré de l'entente (pt 72), non constituée en l'espèce, elle opère un contrôle plus précis de la procédure de sélection au regard de la prohibition des pratiques discriminatoires. Il doit en résulter, d'un point de vue théorique, que la prohibition des pratiques discriminatoires semble imposer dans certains cas l'existence d'une procédure de mise en concurrence (v. déjà Aut. conc., décision n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014, *Bein Sport*). L'Autorité va ainsi rechercher la commission d'un abus de position dominante, et plus précisément de pratique discriminatoire lors de la sélection des enseignes devant occuper les emplacements.

### Le contrôle limité de la passation des sous occupations domaniales au regard des règles de concurrence.

La société saisissante considérait que pour respecter la prohibition des abus de position dominante, la SAM se devait d'organiser une procédure de mise en concurrence transparente et non discriminatoire, et précisément une procédure d'appel d'offres classique. Face à ces griefs, l'Autorité n'exerce qu'un contrôle restreint sur le choix et le déroulement de la procédure d'attribution des emplacements commerciaux.

L'autorité considère tout d'abord qu'elle n'effectue qu'un contrôle limité sur le choix de la procédure de passation, qui est libre. Elle précise que la SAM n'était pas tenue d'organiser une procédure formalisée, comme un appel d'offres. La SAM n'est pas une entité adjudicatrice et n'est pas soumise au code des marchés publics. En outre, selon l'autorité, le contexte de l'affaire *Bein sport* (décision n° 14MC01 du 30 juillet 2014 préc.) n'est pas transposable en l'espèce, et "la commercialisation d'espaces en gare ne justifie pas le recours obligatoire à une procédure d'appel d'offres" (pt 188). L'autorité considère que "le fait de ne pas avoir eu recours à nouveau à une consultation publique pour attribuer l'emplacement qui était occupé par Parfumeries Douglas ne saurait être considéré comme une pratique abusive de la SAM, tant qu'il est constant que Nocibé a été invitée à déposer son offre pour exploiter le nouvel emplacement" (pt 190), ce qui revient

presque pour l'autorité indépendante à s'assurer de la lésion du concurrent évincé, comme le ferait un juge du plein contentieux contractuel. Dans ces conditions, "le mode de sélection des exploitants de la mezzanine banlieue de la gare du Nord relève de la stratégie commerciale de la SAM et de ses mandataires". Les sociétés qui commercialisent les emplacements "poursuivent un objectif de rentabilité dans le choix de leurs cocontractants en sélectionnant les enseignes qui sont susceptibles de réaliser le chiffre d'affaires le plus important puisque les redevances qui sont dues à la SAM sont calculées en pourcentage de ce dernier".

En outre, l'Autorité de la concurrence n'a que des exigences limitées quant au déroulement de la procédure de passation. Elle considère en l'espèce que la procédure suivie ne révèle pas de pratique discriminatoire, malgré plusieurs légèretés de l'autorité concessionnaire. En effet, aucun appel d'offres n'avait été publié dans des journaux spécialisés pour ce nouvel emplacement (pt 171) ; mais l'autorité relève que "pour autant la SAM a bien procédé à une présélection des enseignes, sollicitant les trois plus importants distributeurs de parfums et produits cosmétiques sur le marché national". L'autorité note que (pt 171) "la suite de la procédure de sollicitation commerciale est très similaire à un appel d'offres classique, puisqu'il a été imparti aux sociétés intéressées par le nouvel emplacement de déposer une offre financière pour la même date, (...) la procédure suivie peut, par conséquent, être considérée comme une mise en concurrence des principaux acteurs sur le marché de la distribution des parfums et des produits cosmétiques de luxe". Dans le même sens, sur le marché de la restauration rapide (pt 178), l'autorité relève que "l'emplacement a été attribué à l'offre la plus avantageuse pour la SAM" et qu'ainsi, "il y a lieu de conclure que les comportements des mis en cause ne sont pas de nature à influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, les contacts en cause n'ayant pas pour objet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause" (pt 179).

Le contrôle de l'Autorité sur les critères de sélection n'est pas plus poussé. En tout état de cause, le choix de l'occupant ayant le chiffre d'affaires le plus élevé constitue logiquement un critère objectif de sélection (pt 194), puisque les redevances sont assises sur ce chiffre d'affaires. Dans ces conditions, "chacun des mandataires de la SAM peut considérer qu'une seule société ou une seule enseigne est susceptible de répondre aux besoins spécifiques d'un emplacement déterminé en gare". En l'espèce, le choix de la SAM de reconduire sa convention avec *Elior Concessions Gares* pour le maintien de l'enseigne *Paul* sur l'emplacement qu'elle occupait se justifie par des raisons de rentabilité, l'enseigne étant celle qui réalisait le chiffre d'affaires le plus important au sein de la mezzanine.

A. S. ■

**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.

## Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, 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 : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

## International

Germany, Belgium, Canada, China, 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, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

## Chroniques

### ENTENTES

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

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

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

### CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

### SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

### JURISPRUDENCES

#### EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty

## Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

## Revue

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



## > **Revue Concurrences** | **Review Concurrences**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	515,00 €	618,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	538,00 €	567,59 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + e-archives)</i>	804,00 €	964,80 €

## > **e-Bulletin e-Competitions** | **e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	719,00 €	862,80 €
--	----------	----------

## > **Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions** | **Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	866,00 €	1039,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	924,00 €	1108,80 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print &amp; electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1040,00 €	1248,00 €

### **Renseignements** | **Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

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**

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

#### **Conditions générales (extrait) | Subscription information**

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France**