

Michał Zięba¹

L'urgence en droit français de contrats de concession

Pilna konieczność w umowie koncesji w prawie francuskim

Streszczenie:

Celem artykułu jest przedstawienie pilnej konieczności jako motywu uzasadniającego zawieranie umów koncesji bez spełnienia obowiązków ogłoszenia i otwarcia na konkurencję. Taki wyjątek od zasad ogólnych prawa koncesji nie został ujęty w dyrektywie 2014/23/UE, w przeciwieństwie do dyrektywy o zamówieniach publicznych. Francuska Rada Stanu, w swych niedawnych decyzjach z 2016 i 2017 r., wprowadziła pilną konieczność obok innych wyjątków od obowiązków ogłoszenia i otwarcia na konkurencję. Jej orzecznictwo stawia problem derogacji tego uznania w świetle prawa umów koncesji, które regulowane jest przez prawo wtórne Unii Europejskiej. Artykuł przedstawia konflikt między wagą zasad ogólnych prawa koncesji i obowiązków dotyczących ogłoszenia i otwarcia na konkurencję z koniecznością odstąpienia, w pewnych przypadkach, od tych procedur.

Słowa kluczowe: prawo francuskie, kontrakt, umowa koncesji

1. Introduction

La transposition en droit français de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession par l'ordonnance du 29 janvier 2016² et son décret

¹ L'auteur est doctorant de la Faculté de droit et administration de l'Université Jagellonne.

² Ordonnance n° 2016–65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, ci après dénommée «ordonnance «concessions»».

d'application du 1^{er} février 2016³, constituait une occasion d'unifier le droit des contrats publics⁴. Connues déjà sous forme de concessions de travaux publics et de délégations de service public, ces conventions ont obtenu une réglementation transitoire⁵, mais sans doute complexe et harmonisée avec le droit européen, englobant les concessions de travaux et services (y compris des services publics). Les règles qui les régissent s'inspirent du droit de marchés publics⁶, dont ces conventions se distinguent notamment par une contrepartie reposant non sur le paiement d'un prix, mais sur le droit d'exploitation, éventuellement assorti d'un prix. Les contrats de concessions prévoient nécessairement le transfert du risque d'exploitation et une véritable exposition du cocontractant aux aléas du marché, au défaut desquels la convention constitue le marché⁷. Pour cette raison, le régime juridique des concessions est moins contraignant par rapport aux marchés publics. Par contre, ces contrats sont toujours soumis aux principes généraux de la commande publique, que les autorités concédantes sont tenues de respecter en accomplissant, entre autres, les obligations relatives à la procédure de passation.

Ces obligations ne constituent qu'une étape parmi d'autres qui s'imposent lors de l'attribution de la concession. En revanche, leur méconnaissance constitue un motif pour contester la procédure de passation et peut même provoquer l'annulation du contrat déjà conclu. Elles possèdent ainsi une valeur de grande portée en ce qui concerne la validité de la procédure. Par contre, le devoir de leur accomplissement peut s'opposer aux besoins et intérêts de l'autorité concédante, ce qui engendre parfois la nécessité de déroger à ces règles. Tel est le cas de l'urgence en tant que motif justifiant la méconnaissance de la publicité et mise en concurrence préalables. Ce motif, introduit en droit français des contrats de concessions par la jurisprudence récente du Conseil d'Etat pose aujourd'hui des problèmes juridiques de l'interprétation, notamment en ce qui concerne sa portée à la lumière du respect des principes généraux de la commande publique. Le présent article expose, en premier lieu, l'affirmation des obligations de publicité et de mise en concurrence des contrats de concession qui découlent de ces principes (2.), et tient compte aussi, en deuxième lieu, des dérogations à ces règles, notamment en cas d'urgence (3.).

2. La publicité et mise en concurrence de contrats de concessions

Les textes en vigueur portant sur les contrats de concessions affirment clairement la complexité des règles relatives aux obligations de publicité et de mise en concurrence

³ Décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession, ci après dénommée «décret «concessions»».

⁴ Suite au processus de «l'européanisation du droit des concessions»; L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, Issy-les-Moulineaux 2016, p. 585.

⁵ Compte tenu des projets de la codification planifiée du droit français de la commande publique.

⁶ Anciennement codifié, aujourd'hui sous le régime de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (ordonnance «marchés publics») et du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics (décret «marchés publics»).

⁷ Art. 5 du décret «concessions».

des contrats de concession. La nécessité de respecter les principes généraux de la commande publique (2.1.) justifie l'accomplissement de ces obligations, exposées brièvement par la suite (2.2.).

2.1. Les principes généraux de la commande publique

L'encadrement juridique des règles de la publicité et de mise en concurrence répond aux exigences imposées par les principes généraux de la commande publique. Dérivés de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union Européenne⁸, ces principes ont été affirmés par les directives «marchés» et «concessions». Enfin, repris par les nouvelles ordonnances transposant le droit européen, ils s'appliquent aujourd'hui à tous les contrats visés par cette législation. En ce qui concerne le droit de l'Union, il faut mentionner l'arrêt fondateur de ces principes, à savoir la décision de la CJCE du 7 décembre 2000 (*Telaustria et Telefonadress*), qui a obligé les entités adjudicatrices à «respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier, ce principe impliquant, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté» lors de la conclusion des contrats des marchés exclus à ce temps du champs d'application du droit communautaire, en ajoutant que cette obligation «consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication»⁹.

En droit interne, avant leur inclusion complète dans les ordonnances en vigueur, le Conseil Constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle des principes analogues, rappelés par l'art. 1 de l'ancien code de marchés publics, en les tirant des articles 6 et 14 de la Déclaration de droit de l'homme et du citoyen¹⁰. Ainsi, sans aucun doute, les principes généraux demeurent non seulement fortement ancrés dans le système français du droit de la commande publique, mais constituent même sa «colonne vertébrale»¹¹. Bien qu'on puisse énumérer trois principes exprimés d'une manière distincte dans l'art. 1^{er} de l'ordonnance «concessions» (à l'instar de l'art. 3 de la directive), à savoir la liberté d'accès la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, la doctrine aperçoit qu'ils forment un ensemble homogène et unitaire en ce qui concerne leurs fonctions¹². Ces fonctions sont présentes à l'échelle européenne et interne. En droit de l'Union, les principes

⁸ Anciennement la Cour de justice des Communautés européennes.

⁹ CJCE, 7 décembre 2000, affaire C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*.

¹⁰ CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

¹¹ E. Langlier, *L'office du juge et le contrat administratif* [thèse], Poitiers 2012, p. 317.

¹² «L'analyse du droit positif et du discours doctrinal dévoile qu'il existe une *conception unitaire des fonctions des principes de la commande publique*, dans la mesure où le pouvoir normatif et les juges leur assignent d'objectifs généraux communs, et leur confèrent des instruments juridiques identiques»; M.-Ch. Bontron, *Les fonctions des principes fondamentaux de la commande publique* [thèse], Montpellier 2015, p. 48.

généraux s'inscrivent dans des objectifs communautaires relatifs à l'ouverture du marché à la concurrence et la libre circulation des marchandises ou libre prestation de services. En revanche, dans l'optique du droit interne, les principes servent à réaliser la bonne utilisation des deniers publics et l'efficacité de la commande publique (art. 1.I. *in fine* de l'ordonnance «concessions»).

2.2. Les obligations de publicité et mise en concurrence

Les principes fondamentaux que l'on vient de présenter demeurent complétés dans la directive par l'ensemble des règles relatives à la passation et l'exécution des contrats de concession qui se situent aujourd'hui «au cœur du droit de la commande publique»¹³. Ces règles assurent que les principes sont observés par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices lors de l'attribution de concession. En général, comme d'autres règles de passation, elles limitent la liberté contractuelle de l'autorité concédante¹⁴. Les règles qui feront l'objet de mon analyse concernent uniquement l'étape de la conclusion d'un contrat de concession. Il est question ici du temps pendant lequel l'autorité concédante procède à définir les besoins qu'elle cherche à satisfaire, informe le public de sa volonté d'attribuer une concession en vue d'attirer les candidats potentiels, recueille les offres et, enfin, choisit parmi elles celle qui répond le mieux à ses exigences. Cette démarche constitue un processus de la passation des contrats de concession qui a subi une harmonisation au niveau européen pour les contrats soumis à la procédure formalisée et, au niveau national, a été encadrée pour d'autres contrats par la procédure adaptée. À ce stade, cet objectif est atteint notamment grâce aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui consiste en publicité préalable et publicité finale.

La publicité préalable des contrats de concession, à savoir celle qui consiste à informer le public de la volonté de l'autorité concédante de procéder à conclure un tel contrat, doit se faire, selon la directive, sous forme d'avis de concession: «Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices qui souhaitent attribuer une concession font connaître leur intention au moyen d'un avis de concession»¹⁵. L'obligation de publier l'avis de concession concerne les concessions dont la valeur dépasse ou égale le seuil européen (donc qui sont soumises à la procédure formalisée), aussi bien que les concessions d'une valeur inférieure à ce seuil ou de l'objet spécial (relevant de la procédure adaptée). Cela permet d'harmoniser les règles procédurales de leur passation, quelque soit leur valeur ou l'objet, afin d'assurer le même respect des principes généraux de la commande publique.

Quant au contenu de chaque avis de concessions (quelque soit la valeur du contrat) outre les éléments permettant d'identifier l'autorité concédante (notamment son nom et adresse) et la détermination des voies de communication avec les candidats, ils y doivent toujours figurer la description de la concession, les conditions de participation

¹³ P. Serrand, *Droit administratif T.1, Les actions administratives*, Paris 2015, p. 278.

¹⁴ M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, Paris 2015, p. 212.

¹⁵ Directive «concessions», art. 30.

à la procédure, les critères de sélection et la date limite de la réception des offres ou candidatures¹⁶. En plus de garder le contenu minimal de l'avis de concession, les obligations de publicité et de mise en concurrence préalables consistent à faire apparaître ce document dans les conditions strictement définies. Notamment, l'autorité concédante n'est pas libre de définir les lieux de publication de son avis: leur liste est imposée par la directive et l'ordonnance de concession afin de garantir la même possibilité d'accéder aux avis aux niveaux européen et national. Il est donc question ici d'une publication dans le Journal officiel de l'Union européenne, dans le Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales et même dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné pour les contrats relevant du droit européen. Pour ceux dont la valeur ne dépasse pas le seuil imposé par la directive, seule publication au *BOAMP* suffit.

Le choix du contractant par l'autorité concédante et la conclusion d'un contrat doivent être notifiés non seulement à l'opérateur économique dont l'offre a été retenue, mais aussi rendus publics. Certaines obligations de publicité finale demeurent communes quelle que soit la valeur de concession et la nature de son objet, donc seront applicables à la fois lors de la procédure formalisée et adaptées. L'ordonnance et son décret d'application, complétés par la jurisprudence, imposent dans ce domaine de procéder à «des mesures de publicité appropriées» en vue de remplir des formalités liées à l'attribution de concessions sous forme d'un contrat administratif (à savoir une concession attribuée par la personne morale de droit public). Pourtant, dans le cas des contrats dont la valeur dépasse ou égale le seuil européen, la directive prévoit des obligations supplémentaires, concernant la publication d'un avis d'attribution.

Même si la notion de «mesures de publicité appropriée» reste assez ambiguë, les décisions du Conseil d'État *Tropic*¹⁷ et *Tarn et Garonne*¹⁸ renvoient à la forme de cette publicité («un avis») et à son contenu minimal. Quant au dernier arrêt, il a été jugé suffisant de mentionner dans un avis que le contrat en question a été conclu et qu'il peut être consulté sous certaines modalités. Dans son rapport public de 2008, le Conseil d'État a précisé en quoi cet avis pourrait consister, en énumérant notamment la mention des signataires du contrat, la date de sa conclusion, son objet, sa durée et son montant¹⁹, tandis que la seule mention dans l'avis de la date d'attribution a été jugée comme insuffisante²⁰. De plus, les supports utilisés pour la publication de cet avis doivent rester les mêmes que ceux dans lesquels l'autorité concédante a fait apparaître l'avis de concession. Il faut ajouter que ces deux arrêts mentionnés ci-dessus constituaient des décisions fondatrices du recours en contestation du contrat aux tiers, en premier lieu aux «concurrents évincés» et en second à «tous les tiers susceptibles d'être laissés de manière suffisamment directe et certaine». L'accomplissement de ces mesures fait déclencher le délai pour contester le contrat.

¹⁶ Arrêté du 21 mars 2016 fixant le modèle d'avis pour la passation des contrats de concession, art. 1.

¹⁷ CE, 16 juillet 2007, *Sté Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe*, n°291545.

¹⁸ CE, 4 avril 2014, *Département du Tarn et Garonne*, n°358994.

¹⁹ Le rapport public du Conseil d'État 2008, EDCE n° 59, p. 259.

²⁰ CAA, 30 octobre 2013, *Sté Casino de Montrond-les-Bains*, n° 13LY00721.

Nonobstant les obligations reposant sur la mise en œuvre des mesures de publicité appropriées lors de la conclusion d'un contrat de concession, l'autorité concédante est tenue de répondre aux exigences découlant de la procédure formalisée pour les contrats dont la valeur dépasse ou égale le seuil européen. Ces exigences sont définies par le décret «concessions» et consistent à publier un avis d'attribution conformément au modèle fixé par l'annexe XXII du règlement d'exécution (UE) n° 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 qui reprend le contenu minimal de cet avis établi dans l'annexe VII de la directive «concessions». Il s'avère que le contenu minimal d'un tel avis ne se substitue pas aux mesures de publicité appropriées imposées par la jurisprudence lors de la conclusion des contrats administratifs, mais il les complète. La directive ne mentionne pas l'obligation d'informer le public de la conclusion d'un contrat ni de l'endroit où il peut être consulté, ces règles restent réservées aux contrats passés par des personnes morales de droit public. En ce qui concerne les modalités de la publication, le seul support exigé par l'ordonnance est le *JOUE* ce qui correspond au rôle de l'avis d'attribution dans la procédure de passation. En effet, il n'y a plus besoin de garantir l'aspect concurrentiel de cette procédure et d'avertir le plus grand nombre possible d'opérateurs économiques suffisamment vigilants et potentiellement intéressés par l'attribution de concession. public. Par contre, le rôle de cette publication reste le même, parce qu'elle déclenche le délai pour saisir le référé contractuel²¹.

3. Les dérogations aux obligations de publicité et de mise en concurrence de contrats de concessions

Les obligations de publicité et mise en concurrence peuvent, dans certaines situations, faire obstacle à la satisfaction des besoins de l'autorité concédante, ce qui a engendré l'établissement des dérogations à ces obligations. Dans le cadre de la présente partie, elles seront exposées en tant que procédures exceptionnelles de passation de contrats de concessions (3.1.). Elles seront distinguées de la dérogation établie par le juge administratif, à savoir le cas d'urgence comme motif justifiant la dérogation aux obligations de publicité et mise en concurrence (3.2).

3.1. Les procédures exceptionnelles de passation de contrats de concessions

Bien que l'autorité concédante soit généralement obligée de procéder à l'accomplissement de plusieurs mesures de publicité et de mise en concurrence lors de la passation des contrats de concession, l'ordonnance, conformément à la directive, prévoit les hypothèses dans lesquelles ces mesures n'ont pas de caractère obligatoire, à savoir une concession peut être attribuée sans la publicité ni mise en concurrence préalables. Ces hypothèses concernent premièrement une situation particulière dans laquelle la concession ne peut être attribuée qu'à un seul opérateur économique déterminé

²¹ CJA, art. R 551-7.

et, deuxièmement, l'échec de la procédure concurrentielle qui exige la mise en œuvre de la procédure négociée.

La complexité des besoins que les autorités concédantes veulent satisfaire en procédant à l'attribution de la concession de service ou de travaux peut nécessiter de contracter avec un seul opérateur économique déterminé. La manque d'aspect concurrentiel de cette situation permet de renoncer à l'accomplissement des règles de publicité et de mise en concurrence préalables. Le décret prévoit qu'une telle attribution ne peut être effectuée que «pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité»²². Loin d'être précise, cette exception semble, au premier regard, contredire les principes généraux de la commande publique. Notamment, elle exclut la liberté d'accès à la procédure, car cet accès est réservé seulement à un opérateur économique déterminé par l'autorité concédante. Elle nie aussi la transparence de l'attribution car elle engendre une renonciation complète à la publication d'un avis de concession qui fait partie des obligations de publicité nécessaires quelque soit l'objet ou la valeur du contrat en question.

Cette exception ne constitue pas pourtant une nouveauté dans le droit de la commande publique: elle a déjà été introduite dans l'ancien code de marchés publics, ce qui rend possible son interprétation restrictive dans le sens de la jurisprudence établie dans cette matière. Il faut aussi constater, qu'en comparant les dispositions actuelles de la directive et du décret «concessions», les premières se présentent comme beaucoup plus précises. Notamment, elles ne se réfèrent pas aux «raisons artistiques», à la place desquelles elles indiquent «la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique». De plus, «la protection des droits de la propriété intellectuelle» constitue un motif supplémentaire aux droits d'exclusivité. En outre, le caractère exceptionnel de ces dérogation est souligné, comme elles ne sont applicables que «lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de substitution raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres de l'attribution de la concession»²³. Ces précisions renforcent la stabilité contractuelle et indiquent aux autorités concédantes qu'elles ne peuvent pas renoncer aux obligations de publicité et mise en concurrence préalables sans être bien fondées dans leur décision. En fait, les dispositions du décret «concessions» laissent beaucoup moins de possibilités de procéder à l'attribution sans publicité par rapport au droit de marchés publics. Cela doit être apprécié du point de vue du respect des principes généraux, même si les dispositions du décret exigent des précisions qui seront sans doutes apportées par le juge administratif. En revanche, la mise en œuvre de la procédure négociée constitue une exception aux obligations de publicité et de mise concurrence préalables moins controversée.

La seconde exception, prévue par 2° de l'art. 11 du décret «concessions», concerne des situations dans lesquelles la procédure de passation a été mise en œuvre avec l'application des règles de publicité et de mise en concurrence préalables, mais elle

²² Décret «concessions», art. 11.

²³ Directive «concessions», art. 31.4.

n'a pas abouti à l'attribution de concession, car «aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables au sens de l'article 23 ou des offres inappropriées au sens de l'article 25 ont été déposées»²⁴. Dans cette hypothèse, l'autorité concédante peut mettre en œuvre la procédure négociée²⁵ sans publicité ni mise en concurrence «pour autant que les conditions initiales du contrat ne soient pas substantiellement modifiées», à savoir sur la base des documents qui ont déjà fait l'objet de publication. Il est question ici d'une nouvelle procédure dont les règles sont dérogatoires, mais qui demeure implantée au sein de la procédure régulière qui s'est avérée inefficace. Effectivement, l'exception en question sera moins contraignante aux principes généraux de la commande publique que celle présentée dans au précédent. Non seulement elle prévoit l'accomplissement des obligations de publicité et mise en concurrence ultérieures au commencement des négociations, mais elle garantit aussi une certaine immutabilité des informations rendues déjà publiques.

3.2. L'urgence en tant que motif justifiant la dérogation aux obligations de publicité et mise en concurrence

Les dérogations aux obligations de publicité et mise en concurrence prévues par le droit de concessions (y compris le droit des délégations de service public avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance) n'ont pas repris en totalité les règles établies par le droit de marchés publics, ce qui a engendré des lacunes juridiques, notamment en ce qui concerne la possibilité de conclure un contrat en cas d'urgence. L'ancien code de marchés publics prévoyait la mise en œuvre de la procédure négociée «pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait», tout en limitant un tel marché «aux prestations strictement nécessaires»²⁶. A défaut des règles analogues dans le droit de concessions, le juge administratif est intervenue en admettant, premièrement, la conclusion d'une délégation de service public en cas d'urgence (3.2.1.) et, en deuxième lieu, au nouveau régime unifié des contrats de concession de services (3.2.2.).

3.2.1. La conclusion d'une délégation de service public en cas d'urgence

Bien que la notion d'urgence n'ait pas été nouvelle en droit de délégation de services publics, elle ne constituait l'occasion de s'affranchir de règles de publicité et de mise en concurrence que pour la prolongation d'un contrat pour une durée maximale d'un an pour des motifs d'intérêt général²⁷. Cette solution n'était pas pourtant suffisante

²⁴ Décret «concessions», art. 11.2°

²⁵ S. Braconnier, *Précis du droit de la commande publique*, Antony 2017, p. 439; en fait, ni ordonnance, ni décret «concessions» ne se réfèrent pas sur ce point à l'appellation «procédure négociée», bien qu'il agisse bien des négociations mises en œuvre par l'autorité concédante avec un seul opérateur économique. Cette procédure peut être appelée ainsi à l'instar de la procédure analogue prévue par l'art. 30.I. du décret «marchés».

²⁶ CMP, art. 35.II. abrogé; repris par décret «marchés publics», art. 30.I.1°.

²⁷ CGCT, art. L.1411-2 a) abrogé.

pour faire face à toutes les situations d'urgence, notamment celles dans lesquelles il existait la nécessité de conclure un nouveau contrat transitoire, car, par exemple, la soudaine défaillance du délégataire pourrait empêcher l'exécution de la convention existante²⁸. Dans l'affaire *La Communauté d'Agglomération du Centre de la Martinique* (CACEM)²⁹, le Conseil d'État a dû répondre au problème juridique de la validation d'un contrat provisoire portant sur la délégation de service public de la gestion et l'exploitation d'une fourrière. Ce contrat a été conclu par CACEM en remplacement de la délégation ultérieure, venue à l'échéance, avec un autre délégataire. Celui, lors de la procédure de sa prolongation pour un motif d'intérêt général (la compétence en matière de fourrières allait être transféré à l'État) y a apporté des modifications rejetées par le délégant. CACEM s'est trouvée ainsi forcée, à son avis, de conclure un contrat en s'affranchissant de publicité et de mise en concurrence afin de faire continuer le service. Tenu compte de la conclusion d'un nouveau contrat, le premier délégataire a contesté sa validité.

Même si, en l'espèce, le Conseil d'État ait refusé d'admettre le caractère licite de la nouvelle délégation, le problème posé par cette affaire lui a fourni une occasion d'instaurer au régime juridique des délégations de service public l'exception portant sur le cas d'urgence en tant que motif justifiant la dérogation aux obligations de publicité et mise en concurrence. Plus précisément, le Conseil a admis que «en cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites»³⁰.

Premièrement, il faut donc envisager la situation autorisant de faire usage de cette exception. Il est question ici de l'état d'urgence provenant des circonstances irrésistibles, indépendantes de la volonté de l'autorité délégante et arrivées d'une manière soudaine. Notamment, le juge administratif n'a pas repris ici la notion d'urgence «impérieuse», incluse dans une règle analogue de code de marchés publics qui précisait qu'une telle urgence relève notamment de situations liées à une catastrophe technologique ou naturelle³¹, et dont l'application par le juge administratif et le CJCE a été restreinte³². Ainsi, le Conseil d'État a assoupli les conditions de cette exception en les attachant à l'urgence «simple» qui est, bien sûr, aussi liée aux situations pressantes, mais sans des restrictions portant sur leur gravité. Il faut aussi indiquer que l'imprévisibilité de la situation ne se trouve pas parmi des exigences imposées par le Conseil d'État³³, ce qui exclut une comparaison de la dérogation à la conception

²⁸ G. Pellissier, *Conclusions du rapporteur public*, BJCP 2016, n°107, p. 265.

²⁹ CE, 4 avril 2016, *La Communauté d'Agglomération du Centre de la Martinique*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ CMP, art. 35.II.1° abrogé.

³² Ch. Lajoie, *Droit des marchés publics*, Paris 2017, p. 330.

³³ S. Nicinski, *Observations*, BJCP 2016, n°107, p. 271.

classique de *force majeure*. Cette situation doit pourtant intervenir d'une manière brusque et être engendrée par des circonstances extérieures à l'autorité délégante qui ne peut pas être en responsable. Il était sûrement autrement dans le cas de la conclusion de convention par CACEM, car il s'agissait bien de sa volonté de ne pas contracter avec le premier délégataire, d'autant qu'il voulait renoncer aux clauses de contrat rejetées par la Communauté.

Deuxièmement, le recours à la procédure sans publicité ni mise en concurrence doit être justifié par l'autorité délégante par le motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public. Absente dans le Code de marchés publics, cette condition est strictement attachée au caractère spécial des conventions en question, portant sur la délégation du service public dont la réalisation est protégée par le principe d'ordre constitutionnel, ce qui «renforce la justification d'une telle hypothèse»³⁴. En outre, la continuité de service public a été déjà considérée dans la jurisprudence en tant que motif justifiant manque du respect des règles de procédure, notamment en cas d'urgence (TC, 2 décembre 1902 *Société immobilière Saint-Juste*) ou des circonstances exceptionnelles (CE, 28 juin 1918, *Heyriès*)³⁵. De plus, le Conseil Constitutionnel dans sa décision déjà citée du 26 juin 2003³⁶, a admis que pour répondre à des situations d'urgence, il est possible de déroger au droit commun de la commande publique même de manière susceptible de limiter l'égalité des candidats. Sans pourtant que ces décisions puissent être transposables en l'espèce, il démontrent la valeur juridique de la continuité de service public et de l'urgence, permettant à s'affranchir des règles procédurales.

Enfin, le juge administratif a imposée des cadres temporelles à la dérogation règles de passation de la délégation de service public, statuant que «que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance»³⁷. Or, une telle convention a un caractère provisoire, ne pouvant pas intervenir que pour le temps nécessaire à passer un nouveau contrat de manière régulière ou de reprendre le service en régie. L'autorité d'élégante doit donc envisager non seulement à quel moment elle peut attribuer une délégation en respectant les règles procédurales, mais aussi considérer s'il n'était pas possible de gérer le service par elle-même. Son travail consiste à rechercher le moyen le plus efficace de satisfaire ses besoins avant de procéder à la conclusion d'une convention provisoire. Celle-ci n'est pas ainsi admise qu'en tant que le moyen le plus rapide, tout en gardant son caractère strictement transitoire.

Il faut aussi remarquer qu'au moment de l'apparition de la jurisprudence CACEM, les délégations de service publics n'ont plus été les seules concessions de service: depuis 1 avril 2016 cette notion s'est entendue et comprend non seulement le service public.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ G. Pellissier, *op.cit.*

³⁶ CC, déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*.

³⁷ CE, 4 avril 2016, *La Communauté...*

Même si certains auteurs ont considéré que la décision du Conseil d'État ne renvoie pas directement au service public déléguée, en admettant qu'elle peut être applicable à «toute mission de service publique à laquelle la concession contribuera»³⁸, il fallait attendre l'évolution de jurisprudence pour admettre l'élargissement de l'applicabilité de cette exception aux autres types de services. Cette évolution bien attendue n'est pas pourtant intervenue que presque un an après l'arrêt *CACEM*.

3.2.2. La conclusion d'un contrat de concession de services en cas d'urgence

Comme le régime de passation des contrats de concessions, y compris les concessions de travaux et services et délégations de service public, a fait l'objet de l'unification, l'exception posée par l'arrêt *CACEM* s'est révélée peu opératoire, n'étant pas applicable qu'aux contrats portant sur le service public. Arrivée quelques jours après l'entrée en vigueur de l'ordonnance «concessions», cette jurisprudence a été entachée des lacunes dès son apparition, notamment en ce qui concerne l'abrogation de la législation portant sur les DSP. Pourtant, la première application positive de cette jurisprudence dans *La société Sea Invest Bordeaux*, rendue par le Conseil d'État le 14 février 2017³⁹, est venue pour combler ses lacunes. En l'espèce, le Grand port maritime de Bordeaux (GMPB) et la Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) ont saisi le Conseil avec deux recours contre l'ordonnance du tribunal administratif de Bordeaux par laquelle il a annulé le contrat litigieux. Ce contrat constituait une convention provisoire entre GMPB et SMPA pour assurer l'exploitation du terminal de Verdon, intervenue au lieu de la convention initiale conclue avec la société Europorte, dont l'exécution avait connue des difficultés impossibles à surmonter par voie de la médiation. L'exploitation du grand port maritime a été en effet retirée de la société Europorte et confiée à SMPA pour le temps nécessaire à la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de passation. Ayant qualifié expressément et pour la première fois la convention de terminal de concession de service⁴⁰, la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux* a apporté des assouplissements à l'exception posée par l'arrêt *CACEM* et a autorisé l'autorité concédante à se dispenser du respect des règles de publicité pour conclure un contrat de concession transitoire sous certaines conditions. Selon le Conseil d'État, «en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites»⁴¹.

³⁸ S. Nicinski, *op.cit.*

³⁹ CE, 14 février 2017, *La société Sea Invest Bordeaux* (citée aussi comme *La société de manutention portuaire d'Aquitaine*).

⁴⁰ Plus sur cet aspect de la portée de l'arrêt *Sea Invest Bordeaux*: C. Frackowiak, *Fin de partie pour les conventions de terminal*, BJCP 2017, n°112, Mai-Juin.

⁴¹ CE, 14 février 2017, *La société Sea Invest Bordeaux*.

La comparaison des arrêts *CACEM* et *Sea Invest Bordeaux* démontre que le Conseil d'État non seulement s'est décidé à confirmer sa jurisprudence, mais aussi à y apporter des précisions en assouplissant des conditions de s'affranchir des règles de publicité. Quant aux circonstances justifiant cette dérogation, le caractère soudain de l'impossibilité de continuer à faire assurer le service n'est plus nécessaire pour justifier une conclusion de contrat provisoire. C'est le fait que l'exploitation du service devient compromise qui prévaut. En l'espèce, GPMB a constaté la défaillance de son contractant originel après l'échec de la médiation, donc il ne pouvait être question de la soudaineté des conditions, mais leur résultat, l'impossibilité d'exécuter le service d'exploitation de port maritime, justifie la dérogation aux règles de publicité. D'autre part, le Conseil a confirmé la nécessité du caractère extérieur des circonstances par rapport à l'autorité concédante qui ne peut pas en être responsable: l'échec de la médiation et la défaillance du concessionnaire illustrent bien la condition d'extériorité, contrairement à la rupture des négociations pour prolonger le contrat dans l'affaire *CACEM*. De même, l'arrêt *Sea Invest Bordeaux* reprend l'hypothèse du caractère temporaire d'un contrat conclu à titre provisoire, en limitant sa durée à celle nécessaire pour mettre en œuvre une procédure de publicité et mise en concurrence ou à organiser la mise en régie de service par l'autorité concédante.

Par contre, l'importance de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux* repose avant tout sur l'élargissement du champ d'application de l'exception prévue par l'arrêt *CACEM* qui est intervenu en cohérence avec l'unification du droit de concessions. La solution dégagée par le seconde arrêt concernait uniquement les délégations de service public. Sa portée a été étendue aux concessions de service sans référence à la qualité de service concédé. Effectivement, il existe bien de besoins des pouvoirs adjudicateur auxquels des services non publics peuvent répondre et la possibilité d'assurer leur continuité relève d'intérêt général. En l'espèce, l'exploitation du terminal Verdon a dû être assurée compte tenu qu'il pouvait accueillir des navires de gros tonnage et pour honorer les contrats conclus avec des compagnies de transport maritime. Le juge administratif est donc encore une fois intervenue à la place du législateur pour combler des lacunes juridiques de droit de concessions, car celui n'avait pas repris la dérogation aux règles de publicité pour le cas d'urgence existant déjà en droit de marchés publics. Bien qu'elle puisse être appréciée de point de vue de droit interne, notamment en ce qui concerne la protection d'un intérêt général d'assurer la continuité de services concédés et la prise en compte de l'unification de droit de concessions, la solution apportée par le Conseil d'État le 14 février 2017 pose des doutes dans l'optique du droit européen. Il faut en fait poser la question de savoir s'il existe une conformité de cette solution avec la directive «concessions».

Contrairement aux règles de publicité et de mise en concurrence présentées au titre premier de ce mémoire, les dérogations à ces règles, tant celles prévues par les textes pour des procédures exceptionnelles de passation que celles établies par la jurisprudence *CACEM* et *Sea Invest Bordeaux*, n'exigent pas de faire référence à la distinction entre les procédures formalisée et adaptée. L'ordonnance «concessions» a repris les exceptions

admises par la directive en étendant leur application en dehors de la considération de valeur du contrat. Tenant compte du régime plus contraignant des contrats dont valeur égale ou dépasse le seuil européen, une autre solution s'avérerait injustifiée. Quant au juge administratif, il s'est abstenu de préciser si la portée des arrêtes cités comporte toutes les conventions, indépendamment du chiffre d'affaires générées par le concessionnaire pendant la durée du contrat. Il en résulte qu'une dérogation en cas d'urgence devrait s'appliquer, comme les exceptions instituées par la directive, d'une manière générale. Ainsi, le Conseil d'État semble avoir pris la place non seulement du législateur national, mais aussi européen.

La procédure formalisée de passation de contrats de concessions est strictement encadrée par le droit dérivé de l'Union européenne qui impose le respect des principes généraux de la commande publique et obligations de publicité et de mise en concurrence, auxquelles ne sont apportées que deux dérogations mentionnées ci-dessus. La directive n'admet pas l'urgence en tant que motif justifiant de s'affranchir de ces obligations. Il existe donc depuis la jurisprudence *CACEM* et *Sea Invest Bordeaux* une divergence importante entre la solution du Conseil d'État et le droit européen. Cette incohérence vient au rebours de l'objectif de la directive, à savoir l'unification de droit des concessions d'une valeur plus importante. Malgré la suggestion du rapporteur public⁴², le Conseil n'a pas soumis cette question à la CJUE. Le seul remède à ce problème serait d'admettre que les contrats provisoires, conclus à court terme, ne devraient pas en fait générer de chiffres d'affaires dépassant le seuil européen. Cette solution reste pourtant peu satisfaisante, compte tenu que la formulation générique de l'exception ne se réfère pas à la valeur de contrat. En outre, de point de vue du motif d'intérêt général d'assurer la continuité de service, qui justifie ici la dérogation au droit commun de la commande publique et semble prévaloir sur les principes généraux, l'exclusion des contrats au delà du seuil européen porterait une atteinte injustifiée à leur exécution interrompue en cas d'urgence. Or, il reste d'attendre une décision salomonique en ce matière, au mieux au niveau de la législation ou jurisprudence européennes.

Par contre, à l'échelle de droit interne, la solution du Conseil d'État s'est avérée opératoire et a trouvé son application dans des cas où les autorités concédantes concluaient de contrats provisoires s'affranchissant des règles procédurales de mise en concurrence. Dans sa décision du 24 mai 2017⁴³, le Conseil d'État a dû trancher la question d'une qualification correcte du contrat litigieux. En l'espèce, la Commune de Saint-Benoît a attribué une gestion provisoire du service public de restauration municipale à la société Dupont Restauration Réunion sans publicité préalable. La société Régal des Iles a fait recours contre cette convention, d'abord devant le Tribunal administratif de la Réunion, et puis devant le Conseil d'État pour annuler l'ordonnance du juge des référés et régler l'affaire. Bien que la partie requérante ait soulevé qu'elle se trouvait dans une position d'un tiers évincé, son premier recours a été rejeté par le juge du fond à la base de l'art. L. 551-14 du code de justice

⁴² *Conclusion...*, p. 266.

⁴³ CE, 14 mai 2017, *Commune de Saint-Benoît*.

administratif⁴⁴, sans rechercher si la méconnaissance des règles de publicité par l'autorité concédante avait pu engendrer l'ignorance de ce premier conduisant à l'introduction du référé précontractuel. En revanche, le Conseil d'État s'est penché sur cette méconnaissance. Il a statué, en premier lieu, que la convention en question ne constituait pas, contrairement à la qualification faite par la commune, le contrat de concession à défaut de transfert de risque d'exploitation de la gestion de restauration municipale. Effectivement, les conditions de rémunération n'impliquaient pas une réelle exposition aux aléas du marché du cocontractant⁴⁵. Or, la convention litigieuse ne revêtait pas le caractère de contrat de concession, mais celui d'un marché public, ce qui a rendu impossible d'y appliquer la dérogation découlant de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux* pour le cas d'urgence. En deuxième lieu, le Conseil a envisagé l'exception prévue par l'art. 30 du décret «marchés», relative à «une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles et extérieures à l'acheteur», donc celle dont le régime est plus contraignant. N'ayant constaté aucune urgence impérieuse et que la durée du contrat dit «provisoire» excédait le délais nécessaire pour faire face à cette urgence, le Conseil a prononcé l'annulation de contrat avec une prorogation de quatre mois pour préserver la continuité du service de la restauration municipale.

En concluant, bien que l'arrêt *Commune de Saint-Benoît* ne constitue pas une application directe de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux*, il démontre à mon avis l'importance d'une qualification correcte de conventions, car le régime de la dérogation établie par l'arrêt du 14 février 2017 se diffère de celui prévue par l'art. 30 du décret «marchés»: cette différence repose notamment sur la distinction entre l'urgence simple et impérieuse, et n'est guère sans objet lors de l'examen des circonstances compromettant l'exécution du contrat. Il pourrait s'avérer qu'une qualification d'un contrat provisoire en tant que concession permettrait sa validation s'il était conclu dans des simples conditions d'urgence. De plus, la prorogation d'annulation illustre bien le caractère primordial de la continuité du service qui, dans l'optique du Conseil, doit être respecté même en présence des méconnaissances manifestes des règles de passation. Le juge administratif tend ainsi à maintenir les relations contractuelles, bien qu'elles soient dépourvues de validité, s'il existe un motif d'intérêt général d'assurer l'exécution ininterrompue du contrat.

Quant à l'application plus directe de la jurisprudence *Sea Invest Bordeaux*, dans l'arrêt très récent du 5 février 2018⁴⁶, le Conseil d'État a envisagé l'hypothèse de l'urgence en tant que motif justifiant la passation de contrat de concession provisoire sans publicité ni mise en concurrence (outre l'application d'art. 11 du décret «concessions»).

⁴⁴ Selon lequel le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

⁴⁵ Selon lequel le référé contractuel n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du référé précontractuel dès lors que le pouvoir adjudicateur a respecté la suspension prévue aux articles L. 551-4 ou L. 551-9 du même code et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

⁴⁶ CE, 5 février 2018, *op.cit.*

Le Conseil a confirmé la décision du juge de référé qui a annulé le contrat litigieux portant sur service relative à l'exploitation de mobiliers urbains d'information, conclu à l'échéance de la première concession. Notamment, il a estimé que les engagements financiers de l'autorité concédante n'établissent pas l'intérêt général justifiant la mise en œuvre de la procédure dérogatoire, car seuls les impératifs de continuité du service public de l'information municipale doivent être pris en compte. Quant à ces impératifs, selon le Conseil, le juge de fond a valablement considéré l'inexistence de risque de la rupture de ce service, compte tenu de «la grande diversité des moyens de communication, par voie électronique ou sous la forme d'affichage ou de magazine» dont disposait l'autorité concédante et qui étaient suffisants pour éviter ce risque. Ainsi, le juge administratif a examiné l'hypothèse du caractère irrésistible des conditions dans lesquelles l'autorité concédante se trouvait. Notamment, l'impossibilité d'assurer la continuité de service ne peut pas concerner un seul moyen de son exécution. Les autorités sont en tout temps tenues de rechercher d'autres modalités, face à l'échec d'exploiter un moyen déterminé. En l'espèce, ce n'était pas sûrement le service d'information par le biais des mobiliers urbains qui méritait la protection, mais plus généralement le service d'information municipale, pouvant toujours être assuré par d'autres moyens. Cette précision demeure importante du point de vue de l'interprétation de l'exception jurisprudentielle, en imposant son application restreinte: les autorités se trouvent dans l'impossibilité d'assurer la continuité de service uniquement dans les cas où il n'existe aucun moyen disponible de le faire.

Sans doute, l'exception instaurée par le juge administratif contribue à unifier le droit de la commande publique, qui en matière de cas d'urgence justifiant la passation de concessions sans publicité exigeait d'être complété. Pourtant, bien que cette exception protège le motif d'intérêt général d'assurer la continuité de service, elle peut être aussi regardée par les autorités concédantes en tant que la porte permettant de s'évader des obligations de publicité et mise en concurrence. Malgré une certaine précision de la formulation des circonstances dans l'arrêt *Sea Invest Bordeaux*, elle demeure susceptible d'être méconnue par ces autorités, estimant d'agir en cas d'urgence irrésistible et extérieur. Le Conseil d'État se révèle pourtant prudent dans son application, tenant compte du caractère exceptionnel de cette dérogation. Prenant en considération le statut incertain de l'exception pour le cas d'urgence dans l'optique du droit européen, la jurisprudence restera probablement réticente lors de son application.

4. Conclusions

Le présent article a eu pour but d'exposer l'urgence en droit des concessions face aux obligations de publicité et mise en concurrence et exceptions apportées par le législateur et la jurisprudence administrative. La complexité des règles procédurales régissant la publication préalable et finale ne revêt pas le caractère universel. Face à l'échec de la procédure régulière ou pour des raisons techniques, particulières, la concession peut être attribuée sans publicité ni mise en concurrence préalables. De plus, le juge administratif

a instauré une exception visant à assurer la continuité de service en cas d'urgence, irrésistible et indépendante de la volonté de l'autorité concédante.

Tant les obligations ci-dessus mentionnées, que les dérogations admises, donnent preuve de l'importance de l'unification du droit de concessions. Son régime juridique, bien qu'il soit simplifié par rapport aux marchés publics, doit répondre à plusieurs exigences imposées par les droits européen et interne. D'un côté, le respect des principes généraux de la commande publique, à savoir la liberté d'accès à la commande, l'égalité de traitement des candidats et la transparence des procédures, reste à l'origine de la directive «concessions» et possède en droit français la valeur constitutionnelle. De l'autre côté, les règles procédurales qui assurent ce respect sont parfois susceptibles de faire obstacle à la satisfaction des besoins de l'autorité concédante, relevant de l'intérêt général qui nécessite la protection. Bien que la législation en vigueur vise à installer un équilibre juridique parmi ces exigences, il a été possible de constater des lacunes dans sa construction, comblées aujourd'hui par le juge administratif. Pourtant, les solutions apportées par la jurisprudence se détachent de cet équilibre, faisant prévaloir l'intérêt général de la continuité de service qui justifie la dérogation au régime européen des contrats de concessions. Ce problème devrait être résolu non seulement à l'occasion de la codification planifiée du droit de la commande publique, mais aussi à l'échelle de l'Union européenne.

* * *

Urgence in the French Contract of Concession

The article's aim is to present the urgency as a motive that justifies conclusion of concessions contracts without subjecting them to publication and competition. Such exception from the general principles of concessions law was not included in the directive 2014/23/UE, contrary to public procurement directive. French Council of State, in its recent decisions in 2016 and 2016, planted urgency among other derogations to publication and competition obligations. This jurisprudence poses a problem of adaptation of such exemption in the scope of concession contracts law, which is regulated within secondary legislation of the European Union. The article exposes conflict between the importance of general principles of concessions law and regulations concerning publication and competitions procedures with the necessity to derogate, in some cases, to these procedures.

Key words: French law, contracts, concession