

PPP, défense de fractionner

A propos de l'auteur

M. Yacine Baïta

avocat

SCP Lyon-Caen & Thiriez

[Voir les articles de cet auteur](#)

Yacine Baïta, avocat à la SCP Lyon-Caen & Thiriez, revient cette semaine sur la récente décision du CE qui confirme l'annulation de la procédure de passation du contrat de partenariat lancée par le SYVADE. Cette affaire est l'occasion pour la haute juridiction de préciser la notion de « mission globale » au sens de l'article L. 1414-1 du CGCT.

Par une décision du 29 avril 2015, rendue sur le pourvoi du syndicat de valorisation des déchets de La Guadeloupe (SYVADE), le Conseil d'Etat a confirmé l'annulation de la procédure de passation du contrat de partenariat visant à la réalisation d'un projet de plateforme multifilière de traitement des déchets ménagers et assimilés. Cette décision, qui compte parmi les rares rendues à propos d'un contrat de partenariat sur le fondement des articles L. 551-1 et suivants du code de justice administrative, a été l'occasion pour le Conseil d'Etat de préciser la notion de « mission globale », au sens de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales qui fait obstacle à un fractionnement des phases d'exécution du contrat et de revenir sur quelques spécificités du référé précontractuel.



Une approche permissive de l'intérêt à agir

L'intérêt à agir de la société Urbaser, requérante en première instance, était contesté. Le Conseil d'Etat tenait là le cas d'espèce idoine pour infléchir le libéralisme de sa jurisprudence, aux termes de laquelle la seule conformité de l'activité d'une société à l'objet du contrat suffit à caractériser son intérêt à agir. Divers éléments laissaient effectivement transparaître le caractère dilatoire du recours d'Urbaser. Revenons dans le temps : en 2008, le SYVADE avait déjà confié, par contrat de délégation de service public, à la société Urbaser, le soin de construire et exploiter cette même plateforme multifilière. Après trois années d'exécution chaotique, le contrat fût résilié pour faute, ce qui déclencha un contentieux indemnitaire, toujours en cours, et nécessita de lancer une nouvelle procédure de passation, cette fois-ci en vue de la conclusion d'un contrat de partenariat. De nouveau candidate, Urbaser vit sa candidature admise et se vit invitée à déposer une offre initiale, non engageante, dans la perspective d'entamer le dialogue compétitif. Elle s'y refusa néanmoins et préféra se retirer de la procédure sans qu'elle parût dissuadée de déposer une offre initiale, témoignant ainsi de son désintérêt à la conclusion du contrat. Et c'est un an et demi plus tard, alors même qu'un attributaire était enfin pressenti, qu'elle introduisit son recours en référé. Compte tenu du décalage dans le temps entre son retrait de la procédure et l'introduction de son recours et eu égard aux objectifs de rapidité et d'efficacité posés par la directive « recours » du 11 décembre 2007, l'occasion était belle pour le Conseil d'Etat de revenir sur une interprétation permissive de l'intérêt à agir. Et ce, d'autant que le droit communautaire ne s'y opposait pas (CJCE, 12 février 2004, Grossmann Air Service, aff. C-230/02, cons.37), comme l'a relevé le rapporteur public dans ses conclusions.

Le Conseil d'Etat a toutefois préféré confirmer le principe selon lequel l'intérêt à agir s'apprécie au regard du domaine d'activité du requérant, tout en précisant sa position en cas d'absence de candidature ou d'offre. Dans cette hypothèse, pour être habilité à agir, le candidat doit justifier avoir été dissuadé de soumissionner par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'il invoque. Cette précision met fin aux questionnements issus de la décision société Koné (CE, 1er juin 2011, Sté Koné) jurisprudence de circonstance s'expliquant par la nature du manquement en cause, qui déniait l'intérêt à agir en se fondant sur l'absence de lésion directement déduite de l'absence d'offre. Pour autant, l'arrêt du 29 avril 2015, fiché aux Tables du recueil Lebon sur ce point, ne lève pas toute ambiguïté. En effet, il semble poser comme principe que, dès lors qu'un candidat justifie, du moins formellement, qu'il n'a pas soumissionné en raison de tel ou tel manquement, il sera regardé comme automatiquement lésé si le manquement est caractérisé. Le Conseil d'Etat a ainsi de nouveau opéré un lien entre intérêt à agir et lésion. L'arrêt laisse donc peser sur les pouvoirs adjudicateurs le risque d'un référé précontractuel jusqu'au terme de la procédure de passation. Il ne peut donc que les inciter à réfléchir sur les moyens de prendre expressément acte du désintérêt à conclure le contrat d'une entreprise, admise à présenter une offre, qui y renonce volontairement sans en expliciter les raisons, ou bien, lorsqu'elle motive son abstention par tel ou tel manquement, de l'inviter à saisir sans délai le juge des référés précontractuels afin de ne pas paralyser l'action administrative.

N'est pas globale la mission dont l'exécution est fractionnée

Le manquement retenu par le Conseil d'Etat est tiré de l'absence de dévolution d'une « mission globale », au sens de l'article L. 1414-1 du code général des collectivités territoriales. Les documents de la consultation du contrat de partenariat prévoyaient bien la dévolution d'une mission globale portant sur la conception, la construction, le financement partiel, la mise en service et une partie de l'entretien et de la maintenance de la plateforme multifilière. Mais son exécution était fractionnée en deux tranches. L'une, ferme, comprenait les missions d'études de conception et l'établissement des dossiers de demande des autorisations administratives. L'autre, conditionnelle, regroupait les prestations de construction, financement partiel, mise en service, entretien et maintenance. L'affermissement de la tranche conditionnelle devait intervenir par décision du syndicat à compter de l'obtention des autorisations administratives. Ce montage contractuel permettait au syndicat d'être aisément désengagé d'un contrat devenu sans objet en cas de rejet des demandes d'autorisations. En outre, le syndicat

s'était volontairement placé en situation de quasi compétence liée : son éventuel refus d'affermir la tranche conditionnelle malgré l'obtention des autorisations précitées était de nature à engager sa responsabilité. Le Conseil d'Etat a néanmoins jugé que le respect de la condition de dévolution d'une mission globale implique que l'acheteur public soit, dès la conclusion du contrat, irréversiblement engagé pour l'ensemble des prestations constitutives de la mission globale, de sorte qu'il ne puisse prévoir de se prononcer en cours de contrat sur la poursuite de son exécution en instaurant une clause de fractionnement.

La solution paraît sévère. On peine à comprendre quelle différence il y a entre le fractionnement des phases d'exécution du contrat et une clause de résiliation prévue en cas de non-obtention des autorisations administratives, dont l'insertion est d'ailleurs recommandée par la mission d'appui aux partenariats public-privé (MAPPP). Ces clauses ont un objet et des effets équivalents. De fait, en cas de non-obtention des autorisations, il serait, dans les deux cas, mis fin au contrat au même stade d'exécution des prestations, à savoir à l'issue des prestations d'études de conception et d'élaboration des demandes d'autorisations qui constituaient la première tranche. De plus, les modalités d'indemnisation du titulaire étaient, dans chacun des cas, parfaitement similaires. En jugeant ainsi, le Conseil d'Etat a fait preuve d'une appréciation stricte de la condition de dévolution d'une mission globale. Plus globalement, il dissuade l'acheteur public de s'écarter du clausier-type du contrat de partenariat, édité par la MAPPP.

Une lésion problématique

La question de la lésion était de loin la plus débattue. Lorsqu'il n'a pas remis d'offre, le requérant doit, pour justifier avoir été lésé par le manquement invoqué, démontrer avoir été dissuadé ou empêché de soumissionner du fait de celui-ci. A aucun stade, l'ordonnance de première instance ne caractérisait in concreto la lésion retenue, alors pourtant que cette caractérisation ressort de l'office du juge du référé précontractuel. S'il est des cas où la lésion est suffisamment évidente pour que le juge s'abstienne de la motiver, tel n'était manifestement pas le cas en l'espèce. Les juges du Palais-Royal se sont d'ailleurs bien gardés d'aborder cet aspect formel de la question, quitte à valider les largesses de rédaction du juge des référés de première instance. Devant le Conseil d'Etat, la question restait donc en suspens : en quoi le fractionnement des phases d'exécution du contrat a-t-il dissuadé Urbaser de déposer une offre initiale, non engageante ? La lésion a été, pour la première fois, sommairement caractérisée par le rapporteur public du Conseil d'Etat, lequel estimait qu'en cas de non-affermissement de la tranche conditionnelle, le candidat n'était pas en mesure de connaître les bases précises de sa rémunération pour les prestations contenues dans la tranche ferme. Il en déduisait que cela avait pu dissuader Urbaser d'émettre une offre initiale et s'engager dans le dialogue compétitif. Une telle approche est contestable : il faisait peu de doutes que le titulaire aurait été, dans cette hypothèse, rémunéré sur les bases prévues en cas de résiliation unilatérale, à partir de la décomposition contractuelle des coûts afférents à l'ensemble des prestations de la tranche ferme.

La formation de jugement n'a elle-même pas été convaincue par cette approche puisqu'elle a préféré considérer que la lésion était acquise par la circonstance qu'Urbaser aurait renoncé à présenter son offre en invoquant l'irrégularité tirée du fractionnement du contrat. Ce raisonnement est conforme à la jurisprudence : le candidat qui justifie avoir été dissuadé de remettre une offre du fait du manquement qu'il invoque est, de fait, lésé par ce manquement. Une difficulté subsiste néanmoins : si Urbaser justifiait avoir été dissuadé de déposer une offre initiale, c'était du seul fait de la faiblesse de l'information relative aux garanties publiques susceptibles d'être apportées pour le financement du projet. On discerne mal le lien que le Conseil d'Etat a opéré entre ce motif et le manquement retenu.

Alors pourquoi, dans ces conditions, le Conseil d'Etat a-t-il préféré confirmer l'annulation de la procédure de passation ? Dans le souci d'une bonne administration de la justice ? Certainement. La Haute juridiction a préféré ne pas manquer l'occasion de statuer au fond et mettre un frein à toutes velléités de fractionnement d'un PPP.