

CONSEIL D'ETAT

SJ

statuant

au contentieux

N° 426698

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

SOCIETE TOTAL MARKETING FRANCE

M. François Lelièvre

Rapporteur

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux

(Section du contentieux, 7ème et 2ème chambres réunies)

Mme Mireille Le Corre

Rapporteur public

Sur le rapport de la 7ème chambre

de la Section du contentieux

Séance du 12 avril 2019

Lecture du 30 avril 2019

Vu la procédure suivante :

La société Total Marketing France a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Dijon, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à l'annulation de la procédure de passation, lancée par la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR), d'un contrat d'occupation du domaine public autoroutier concédé en vue de l'exercice d'activité de boutique et de restauration sur l'aire de service de Dracé.

Par une ordonnance n° 1803122 du 14 décembre 2018, le juge des référés du tribunal administratif de Dijon a rejeté cette demande.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire, un nouveau mémoire et un mémoire en réplique, enregistrés les 28 décembre 2018, 14 et 30 janvier et 5 avril 2019 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Total Marketing France demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de faire droit à ses conclusions de première instance ;

3°) de mettre à la charge de la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la Constitution ;
- le code général de la propriété des personnes publiques ;
- le code de la voirie routière ;
- la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 ;
- la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. François Lelièvre, maître des requêtes,

- les conclusions de Mme Mireille Le Corre, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Piwnica, Molinié, avocat de la société Total Marketing France et à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 14 juin 2018, la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône (APRR) a lancé une consultation en vue du renouvellement du contrat d'occupation du domaine public autoroutier concédé en vue de l'exercice d'activités de boutique et de restauration sur l'aire de service de Dracé et, à titre accessoire, l'exécution d'un mandat de commercialisation des carburants. La société Total Marketing France, qui a été admise à présenter sa candidature mais n'a pas présenté d'offre, se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 14 décembre 2018 par laquelle le juge du référé du tribunal administratif de Dijon, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande d'annulation de la procédure de passation de ce contrat.

Sur la compétence de la juridiction administrative :

2. Aux termes de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques : « *Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs : 1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires* ». Il résulte de ces dispositions que les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public conclus par les concessionnaires du service public autoroutier relèvent de la compétence de la juridiction administrative. Le juge administratif est, par suite, compétent pour connaître du présent litige, qui concerne la conclusion, par une société concessionnaire d'autoroutes, d'un contrat comportant occupation du domaine public autoroutier.

Sur la saisine du juge du référé précontractuel :

3. D'une part, aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les*

pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Il peut également être saisi en cas de manquement aux mêmes obligations auxquelles sont soumises, en application de l'article L. 521-20 du code de l'énergie, la sélection de l'actionnaire opérateur d'une société d'économie mixte hydroélectrique et la désignation de l'attributaire de la concession. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ». Aux termes de l'article L. 551-2 du même code : « *Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les entités adjudicatrices de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ».*

4. La notion de pouvoir adjudicateur est définie à l'article 9 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, alors applicable, ratifiée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Aux termes de ces dispositions, sont des pouvoirs adjudicateurs, outre les personnes publiques et certains organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs, les « *personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur; c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ».* Si les missions de construction, d'entretien et d'exploitation des autoroutes dont sont chargées à titre principal les sociétés d'autoroutes visent à satisfaire des besoins d'intérêt général au sens des dispositions qui précèdent, la société APRR, qui est une société concessionnaire d'autoroutes à capitaux majoritairement privés, ne répond à aucune des conditions mentionnées aux a, b et c de l'article 9 de l'ordonnance de 2016. Elle ne peut, par suite, être regardée comme un pouvoir adjudicateur ni, en tout état de cause, comme une entité adjudicatrice, ce dont il découle que le juge du référé précontractuel n'est pas compétent pour connaître du contrat litigieux par application des articles L. 551-1 et L. 551-2 du code de justice administrative.

5. D'autre part, il appartient au seul législateur, en vertu des dispositions de l'article 34 de la Constitution selon lesquelles la loi détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, de rendre applicable à des contrats passés par des personnes privées le recours au juge du référé précontractuel. Ainsi, aux termes de l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, applicable aux marchés de travaux, fournitures ou services passé par un concessionnaire d'autoroute pour les besoins de la concession : « *En cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés de travaux, fournitures ou services, il est fait application : 1° Pour les marchés soumis aux règles du droit public, des sous-sections 1 et 3 de la section 1 et de la section 2 du chapitre 1er du titre V du livre V du code de justice administrative ».*

6. Mais, si l'article L. 122-20 du code de la voirie routière, issu de la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, a ainsi étendu la compétence du juge du référé précontractuel aux marchés publics de travaux, fournitures ou services passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, dont la passation a été soumise par cette loi à des règles de procédure, aucune disposition législative n'a étendu cette compétence aux contrats, tel celui de l'espèce, d'exploitation des installations annexes passés par les sociétés concessionnaires d'autoroute, lorsque ces sociétés n'ont ni la qualité de pouvoir adjudicateur ni celle d'entité adjudicatrice, alors même que la loi du 6 août 2015 a soumis la passation de ces contrats à des règles de procédure.

7. Par suite, la société Total Marketing France n'était pas recevable à saisir le juge du référé précontractuel de manquements, imputés à la société APRR, aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles était soumise la passation du contrat d'exploitation de l'aire de service de Dracé, alors même, d'une part, qu'en vertu de l'article R. 122-41 du code de la voirie routière, le concessionnaire d'autoroute est assimilé à un pouvoir adjudicateur pour l'application du décret du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession et, d'autre part, que l'avis de concession publié par la société APRR mentionnait que ce contrat pouvait faire l'objet d'un référé précontractuel. Ce motif, qui justifie légalement le dispositif de l'ordonnance attaquée et n'appelle l'appréciation d'aucune circonstance de fait, doit être substitué aux motifs retenus par le juge des référés du tribunal administratif de Dijon.

8. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Total Marketing France doit être rejeté, y compris ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre une somme à la charge de la société Total Marketing France au titre du même article.

DECIDE :

Article 1^{er} : Le pourvoi de la société Total Marketing France est rejeté.

Article 2 : Les conclusions présentées par la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Total Marketing France et à la société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône.

Copie en sera adressée au ministre d'Etat, ministre de la transition écologique et solidaire et au ministre de l'économie et des finances.