

Conseil d'État

N° 405157

ECLI:FR:CECHR:2017:405157.20170214

Publié au recueil Lebon

7ème - 2ème chambres réunies

M. Marc Firoud, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP FOUSSARD, FROGER ; SCP NICOLAY, DE LANOUELLE, HANNOTIN, avocats

Lecture du mardi 14 février 2017

REPUBLIQUE FRANCAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la procédure suivante :

La société Sea Invest Bordeaux a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux d'une demande tendant, dans le dernier état de ses écritures, à l'annulation, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, du contrat de mise en régie de la convention d'exploitation du terminal du Verdon conclu le 21 septembre 2016 entre le Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB) et la société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA).

Par une ordonnance n° 1604533 du 4 novembre 2016, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a annulé ce contrat.

1° Sous le n° 405157, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 18 novembre, 3 décembre 2016 et 2 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la SMPA demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête de la société Sea Invest Bordeaux ;

3°) de mettre à la charge de la société Sea Invest Bordeaux la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 405183, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un nouveau mémoire, enregistrés les 21 novembre, 6 décembre 2016 et 6 février 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, le GPMB demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de rejeter la requête de la société Sea Invest Bordeaux ;

3°) de mettre à la charge de la société Sea Invest Bordeaux la somme de 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

.....
Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code des transports ;
- la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 ;
- l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 ;
- le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Marc Firoud, maître des requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Foussard, Froger, avocat de la société de manutention portuaire d'Aquitaine, à la SCP Nicolaÿ, de Lanouvelle, Hannotin, avocat de la société Sea Invest Bordeaux, et à la SCP Célice, Soltner, Texidor, Perier, avocat du Grand Port Maritime de Bordeaux.

Vu les notes en délibéré, enregistrées les 8 et 9 février 2017 sous les deux numéros, présentées par la société Sea Invest Bordeaux.

1. Considérant que les conclusions des pourvois de la société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA) et du Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB) sont dirigées contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le GPMB a conclu le 19 décembre 2014 une convention de terminal avec la société Europorte pour lui confier l'exploitation du terminal du Verdon ; que de nombreuses difficultés sont intervenues dans l'exécution de cette convention, qui n'a pas reçu d'exécution ; qu'une procédure de médiation conduite pendant l'été 2016 entre les différentes parties a échoué ; que le GPMB a décidé le 21 septembre 2016 de conclure une " convention de mise en régie de la convention d'exploitation du terminal du Verdon " avec la SMPA, sous-traitante de la société Europorte ; que, saisi par la société Sea Invest Bordeaux, le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a, par une ordonnance du 4 novembre 2016, annulé la convention litigieuse ; que la SMPA et le GPMB se pourvoient en cassation contre cette ordonnance ;

Sur le cadre juridique :

3. Considérant, en premier lieu, qu'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. / Le juge est saisi avant la conclusion du contrat " ; qu'aux termes de l'article L. 551-13 du même code : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section " ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article L. 5312-2 du code des transports : " Dans les limites de sa circonscription, le grand port maritime veille à l'intégration des enjeux de développement durable dans le respect des règles de concurrence et est chargé, selon les modalités qu'il détermine, des missions suivantes : / 1° La réalisation, l'exploitation et l'entretien des accès maritimes ; / 2° La police, la sûreté et la sécurité (...) et les missions concourant au bon fonctionnement général du port ; / 3° La gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté ; / 4° La gestion et la préservation du domaine public naturel et des espaces naturels dont il est propriétaire ou qui lui sont affectés (...) ; / 5° La construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, notamment des bassins et terre-pleins, ainsi que des voies et terminaux de desserte terrestre, notamment ferroviaire et fluviale ; / 6° La promotion de l'offre de dessertes ferroviaires et fluviales en coopération avec les opérateurs concernés ; / 7° L'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire ; / 8° Les actions concourant à la promotion générale du port " ; qu'aux termes de l'article R. 5312-84 du même code : " Sans préjudice des dispositions des articles 7, 8 et 9 de la loi n° 2008-660 du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire. / Ces conventions qui valent autorisation d'occuper le domaine public sont passées avec le ou les opérateurs retenus. Elles portent sur l'exploitation et, le cas échéant, la réalisation d'un terminal comprenant les outillages et les aménagements nécessaires aux opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage liés aux navires. Elles peuvent aussi comprendre la réalisation de quais ou d'appontements pour ce terminal. Elles peuvent prévoir des objectifs de développement du trafic et des sanctions, pouvant aller jusqu'à la résiliation sans indemnité de la convention, dans le cas où ces objectifs ne seraient pas atteints. Des indicateurs de suivi permettent de définir si les objectifs fixés sont atteints " ;

5. Considérant, enfin, qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service " ;

Sur le bien-fondé de l'ordonnance attaquée :

6. Considérant que si les dispositions de l'article R. 5312-84 du code des transports cité au point 4 prévoient notamment que " les conventions de terminal sont conclues à l'issue d'une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire ", cette circonstance n'est pas, en elle-même, de nature à faire entrer les conventions de terminal dans le champ d'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; que saisi d'une telle convention sur le

fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, il appartient au juge du référé contractuel de rechercher si cette convention, compte tenu de son objet et des contreparties prévues, peut être qualifiée, ainsi que le prévoit l'article L. 551-1 du même code, de " contrat administratif 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 " ;

7. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux s'est fondé sur la seule circonstance qu'une " procédure ouverte, transparente et non discriminatoire " était prévue à l'article R. 5312-84 du code des transports préalablement à l'attribution des conventions de terminal pour estimer que la " convention de mise en régie " conclue le 21 septembre 2016 entre le GPMB et la SMPA entrait dans le champ d'application matériel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative ; qu'il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a, ce faisant, commis une erreur de droit ; que par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, la SMPA et le GPMB sont fondés à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ;

8. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Sea Invest Bordeaux ;

Sur les conclusions tendant à l'annulation du contrat :

En ce qui concerne la compétence du juge du référé contractuel :

9. Considérant que la convention de terminal conclue dans le cadre des dispositions de l'article R. 5312-84 du code des transports entre le GPMB et la société Europorte confie à cette dernière le soin de réaliser les investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le développement de l'activité sur le site du Verdon ; qu'à cette fin, la société s'engage à investir sur le terminal, à construire et entretenir les équipements, bâtiments, outillages et terre-pleins nécessaires au maintien et au développement de l'activité portuaire, à assurer l'exploitation technique et commerciale du terminal en ayant la responsabilité des opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage des conteneurs et autres marchandises ; que cette exploitation donne lieu au versement au GPMB d'une redevance composée d'une part fixe et d'une part variable indexée sur le trafic réalisé ; qu'en contrepartie, la société attributaire se voit mettre à disposition les terrains et ouvrages nécessaires et reconnaître le droit d'exploiter le terminal, le GPMB s'engageant à assurer l'entretien des infrastructures ; qu'alors même que l'article R. 5312-84 du code des transports dispose que les conventions de terminal valent autorisation d'occuper le domaine public, la convention litigieuse doit, compte tenu des engagements réciproques des parties, être regardée non comme une simple convention d'occupation du domaine public mais comme un contrat administratif conclu pour répondre aux besoins du GPMB qui, en application de l'article L. 5312-2 du code des transports, a en charge non seulement la gestion et la valorisation du domaine dont il est propriétaire ou qui lui est affecté, mais aussi la

construction et l'entretien de l'infrastructure portuaire, ainsi que l'aménagement et la gestion des zones industrielles ou logistiques liées à l'activité portuaire, sans pouvoir en principe, en vertu de la loi du 4 juillet 2008 portant réforme portuaire, assurer lui-même l'exploitation des outillages portuaires de manutention ; que cette convention de terminal conclue le 19 décembre 2014 avec la société Europorte a ainsi pour objet principal l'exécution, pour les besoins du GPMB, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation, et qui transfère au cocontractant le risque d'exploitation ; qu'elle revêt pour ces motifs le caractère d'une concession de services au sens et pour l'application de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ; qu'elle est, par suite, au nombre des contrats visés à l'article L. 551-1 du code de justice administrative et relevant de la compétence du juge du référé contractuel ;

10. Considérant qu'est cependant soumise au juge du référé contractuel non la convention de concession originelle conclue le 19 décembre 2014 avec la société Europorte, mais la " convention de mise en régie " conclue le 21 septembre 2016 avec la SMPA pour assurer l'exploitation provisoire du terminal du Verdon ; que toutefois, il résulte des règles générales applicables aux contrats administratifs que la personne publique qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, dispose de la faculté de faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, notamment par une entreprise tierce, conformément d'ailleurs à ce que prévoit l'article 18 de la convention de terminal conclue entre le GPMB et la société Europorte ; que la " convention de mise en régie " conclue conformément à ces règles et en application de cette stipulation par le GPMB avec la SMPA, confie à cette société, pour une durée maximale de dix-huit mois, l'intégralité des droits et obligations issus de la convention de terminal, conclue le 19 décembre 2014 et toujours en vigueur, sous réserve des obligations incompatibles avec la nature et la durée de la " convention de mise en régie " ; que cette dernière revêt donc elle aussi le caractère d'une concession de services, laquelle est au nombre des contrats dont peut connaître le juge du référé contractuel lorsqu'il est saisi de conclusions présentées sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-13 du code de justice administrative ;

En ce qui concerne la recevabilité de la demande de référé contractuel :

11. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-14 du code de justice administrative : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local. / Toutefois, le recours régi par la présente section n'est pas ouvert au demandeur ayant fait usage du recours prévu à l'article L. 551-1 ou à l'article L. 551-5 dès lors que le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a respecté la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 et s'est conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours " ; qu'aux termes de l'article L. 551-15 du même code : " Le recours régi par la présente section ne peut être exercé ni à l'égard des contrats dont la passation n'est pas soumise à une obligation de publicité préalable lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a, avant la conclusion du contrat, rendu publique son intention de le conclure et observé un délai de onze jours après cette publication, ni à l'égard des contrats soumis à publicité préalable auxquels ne s'applique pas l'obligation de communiquer la décision d'attribution aux candidats non retenus lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice a accompli la même formalité (...) " ;

12. Considérant que l'article L. 551-14 précité du code de justice administrative, qui prévoit que 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, n'a pas pour effet de rendre irrecevable un référé contractuel introduit par un concurrent évincé qui avait antérieurement introduit un référé précontractuel alors qu'il était dans l'ignorance de la signature du contrat lorsque, s'agissant d'un contrat administratif rentrant dans le champ d'application matériel de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le pouvoir adjudicateur n'a pas fait application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 551-15 du même code et n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat, ni observé un délai de onze jours entre cette publication et la conclusion du contrat ;

13. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le GPMB n'a pas rendu publique son intention de conclure une " convention de mise en régie " de la convention d'exploitation du terminal du Verdon ; que, par suite, la société Sea Invest Bordeaux est recevable à saisir le juge du référé contractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette convention ;

En ce qui concerne le manquement invoqué :

14. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsque a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / La même annulation est prononcée lorsqu'ont été méconnues les modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique. / Le juge prononce également la nullité du contrat lorsque celui-ci a été signé avant l'expiration du délai exigé après l'envoi de la décision d'attribution aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre ou pendant la suspension prévue à l'article L. 551-4 ou à l'article L. 551-9 si, en outre, deux conditions sont remplies : la méconnaissance de ces obligations a privé le demandeur de son droit d'exercer le recours prévu par les articles L. 551-1 et L. 551-5, et les obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sa passation est soumise ont été méconnues d'une manière affectant les chances de l'auteur du recours d'obtenir le contrat " ; que la société Sea Invest Bordeaux demande l'annulation de la convention litigieuse sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, au motif que le GPMB n'aurait pas procédé aux mesures de publicité requises par l'article R. 5312-84 du code des transports ;

15. Considérant qu'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 ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en oeuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de services ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance ;

16. Considérant qu'il résulte de l'instruction que, d'une part, le GPMB a été placé dans une situation urgente du fait de la défaillance de son cocontractant et de l'échec de la médiation

organisée par le ministre chargé des transports, empêchant toute exploitation du terminal du Verdon ; que, d'autre part, il justifie d'un motif d'intérêt général tenant notamment à la continuité du service, le transit portuaire s'effectuant actuellement par le terminal de Bassens lequel ne permet pas d'accueillir des navires d'un tonnage conforme aux attentes des grands opérateurs maritimes, ainsi qu'à la nécessité d'honorer les contrats conclus avec des compagnies de transport maritime ; qu'enfin, la convention entre le GPMB et la SMPA n'a été conclue qu'à titre provisoire pour pallier la défaillance de la société Europorte dans l'attente de la désignation d'un nouveau titulaire de la convention de terminal ; qu'elle doit ainsi prendre fin avec la désignation par le GPMB, au plus tard dix-huit mois après l'entrée en vigueur de la mise en régie, du nouveau titulaire de la convention de terminal à l'issue d'une nouvelle procédure de mise en concurrence mise en oeuvre conformément aux dispositions du code des transports ; que, par suite, dans les circonstances particulières de l'espèce, le GPMB n'était pas tenu de procéder à des mesures de publicité pour la passation d'une telle convention ; que, dans ces conditions, la société Sea Invest Bordeaux n'est pas fondée à demander l'annulation de la convention de terminal litigieuse sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative au motif tiré de l'absence de mesures de publicité ;

17. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la demande présentée par la société Sea Invest Bordeaux ne peut qu'être rejetée ;

Sur les conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

18. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge du GPMB et de la SMPA qui ne sont pas, dans la présente instance, les parties perdantes ; qu'il y a lieu, en revanche, de condamner la société Sea Invest Bordeaux à verser à la SMPA et au GPMB la somme de 4 000 euros chacune au titre des mêmes dispositions ;

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du 4 novembre 2016 du tribunal administratif de Bordeaux est annulée.

Article 2 : La demande présentée par la société Sea Invest Bordeaux devant le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux ainsi que ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Sea Invest Bordeaux versera à la société de manutention portuaire d'Aquitaine et au Grand Port Maritime de Bordeaux une somme de 4 000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la société de manutention portuaire d'Aquitaine, au Grand Port Maritime de Bordeaux et à la société Sea Invest Bordeaux.

Copie en sera adressée au ministre de l'économie et des finances et à la ministre de l'environnement, de l'énergie et de la mer, chargée des relations internationales sur le climat.