

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE VERSAILLES**

N° 1508257

EAU DE PARIS

Mme Marc
Juge des référés

Ordonnance du 11 janvier 2016

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif de Versailles,

Le juge des référés,

Vu la procédure suivante :

Par une requête et un mémoire enregistrés le 17 décembre 2015 et le 6 janvier 2016, l'établissement public Eau de Paris, représenté par Me Cordier et Me Forray, demande au juge des référés dans le dernier état de ses écritures :

1°) à titre principal, d'enjoindre à la régie Eau des lacs de l'Essonne de reprendre la procédure de passation du contrat en litige, en application de l'article 137, 1° du code des marchés publics, dans des conditions respectant les principes fondamentaux de la commande publique, en procédant a minima à une consultation restreinte des acteurs susceptibles de répondre à son besoin, en communiquant aux candidats un cahier des charges et les critères de choix du fournisseur, et en conduisant les négociations dans le respect de l'égalité de traitement ;

2°) à titre subsidiaire, d'enjoindre à la régie Eau des lacs de l'Essonne de reprendre la procédure de passation du contrat en litige, en application des dispositions des articles L. 1411-1 et R. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ;

3°) d'enjoindre à la régie Eau des lacs de l'Essonne de suspendre tous actes afférents à la procédure de passation du contrat en litige ;

4°) de mettre à la charge de la régie Eau des lacs de l'Essonne une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Il soutient que :

- sa requête est recevable, dès lors, d'une part, que sa directrice générale est directement habilitée par ses statuts pour introduire le présent recours, d'autre part, que la

convention en litige présente un caractère administratif, en outre que la procédure de conclusion du contrat en cause, prévue à l'article 137, 1° du code des marchés publics, n'écarte pas la soumission d'un tel contrat aux principes fondamentaux de la commande publique et, enfin, qu'il présente un intérêt à agir ;

- à titre principal, les principes fondamentaux de la commande publique ont été méconnus, dès lors que l'absence totale de publicité et de consultation l'a empêché de présenter une offre en connaissance de cause et en temps utile, alors qu'un contrat même exclu du champ d'application du code des marchés publics doit obligatoirement faire l'objet de telles mesures ; que le caractère discriminatoire et déloyal de la procédure n'a pas permis à Eau de Paris d'améliorer son offre et de présenter l'offre économiquement la plus avantageuse ;

- à titre subsidiaire, le contrat en cause doit être requalifié en délégation de service public, de sorte qu'il aurait dû être passé en respectant les dispositions des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales ; le projet de contrat en litige prévoit de confier au titulaire l'exploitation d'installations de liaison appartenant à la régie Eau des lacs de l'Essonne, et donc d'ouvrages sans lesquels le service public de distribution de l'eau ne pourrait être assuré ; la rémunération du titulaire est définie d'une telle façon qu'elle implique manifestement un risque économique ;

- la méconnaissance des règles régissant la procédure de passation d'une délégation de service public a lésé ses intérêts.

Par des mémoires enregistrés le 28 décembre 2015 et le 7 janvier 2016, la société Eau du Sud parisien, représentée par Me Richer, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge d'Eau de Paris la somme de 5 000 euros sur le fondement de l'article L.761-1 du code de justice administrative.

La société Eau du Sud parisien oppose, à titre principal, l'exception d'incompétence du juge administratif, tirée du défaut de caractère administratif de la convention en litige. Elle soutient, en outre, que :

- le contrat en litige ne constitue pas une délégation de service public, dès lors qu'il ne comporte pas de prise en charge effective d'un service public par l'établissement public requérant ;

- la requête est irrecevable, dès lors que le contrat en litige ne relève pas du champ d'application de l'article L. 551-5 du code de justice administrative ;

- aucun manquement aux obligations de publicité préalable et de non-discrimination ne saurait être relevé, dès lors que la dérogation prévue par l'article 137, qui est la transposition de l'article 26 de la directive 2004/17 est totale, en ce que la mise en concurrence n'est imposée ni par la directive, ni par le principe de non-discrimination qui figure dans le Traité ; en effet, dès lors qu'une dérogation limitée et précise est prévue par le code des marchés publics, elle ne peut être privée d'effet par une application supplétive des principes de la commande publique ;

- le requérant ne peut prétendre avoir été lésé par les illégalités qu'il invoque.

Par un mémoire enregistré le 28 décembre 2015, la régie Eau des Lacs de l'Essonne, représentée par Me Bluteau, conclut au rejet de la requête et à ce que soit mise à la charge d'Eau de Paris la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La régie Eau des Lacs de l'Essonne oppose, à titre principal, l'exception d'incompétence du juge administratif, dès lors que le contrat en litige ne revêt pas la nature de contrat administratif.

A titre subsidiaire, elle soutient que :

- aucun manquement aux obligations de publicité préalable et de non-discrimination ne saurait être relevé, dès lors que le contrat d'achat d'eau présente une nature particulière tant au regard du droit national qu'au regard du droit communautaire, excluant l'application des principes de la commande publique ;

- Eau de Paris a eu au demeurant la possibilité de déposer une offre, et de l'améliorer en la négociant ;

- le contrat en cause ne constitue pas une délégation de service public, dès lors que ni l'objet du contrat ni les modalités de rémunération d'Eau du Sud parisien ne permettent de le regarder comme tel.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;

- le code des marchés publics ;

- le code général des collectivités territoriales ;

- le code de justice administrative.

Le président du tribunal a désigné Mme Marc, premier conseiller, pour statuer sur les demandes de référé.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Après avoir présenté son rapport au cours de l'audience publique, tenue le 7 janvier 2016 à 15 heures, en présence de M. Rion, greffier, et entendu les observations de Me Cordier pour Eau de Paris, de Me Bluteau pour la régie Eaux des Lacs de l'Essonne et de Me Richer pour la société Eau du Sud parisien ; Eau de Paris, la régie Eaux des lacs de l'Essonne et la société Eau du Sud parisien persistant dans leurs conclusions et moyens, la société Eau du Sud parisien concluant en outre à ce que soient écartées des débats l'ensemble des pièces de la procédure afférente au contrat en litige la concernant, produites par Eau de Paris dans la présente instance.

La clôture de l'instruction a été fixée, lors de l'audience, à l'issue de celle-ci.

1. Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-5 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 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. (...) » ; qu'aux termes de l'article L. 551-6 du même code : « Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations en lui fixant un délai à cette fin. Il peut lui enjoindre de suspendre l'exécution de toute décision se rapportant à la passation du contrat ou à la constitution de la société d'économie mixte à opération unique. Il peut, en outre, prononcer une astreinte provisoire courant à l'expiration des délais impartis. » ;

Sur l'exception d'incompétence :

2. Considérant que la convention en litige, dont la conclusion est projetée entre la régie des Eaux des lacs de l'Essonne, personne publique, et la société anonyme Eau du Sud parisien, stipule en son article V.3.02 que « la collectivité peut résilier unilatéralement le contrat pour motif d'intérêt général » ; que la convention en litige comporte ainsi une clause qui, en raison de son objet et de son contenu, est exorbitante du droit commun, lui donnant le caractère d'un contrat administratif ; qu'il suit de là que l'exception d'incompétence du juge administratif opposée tant par la régie Eau des lacs de l'Essonne que par la société Eau du Sud parisien ne saurait être accueillie ;

Sur les conclusions à fin d'injonction :

S'agissant de la nature de la convention en litige :

3. Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} du code des marchés publics : « *Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* » ; qu'aux termes de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. (...)* » ;

4. Considérant, en premier lieu, que la convention en litige, intitulée « convention de fourniture d'eau en gros », est conclue pour répondre au besoin de la régie Eau des lacs de l'Essonne de « s'approvisionner en eau potable pour couvrir les besoins courants et de pointe des usagers sur le territoire de la commune de Viry-Châtillon », ainsi qu'elle le précise à titre liminaire ; qu'elle stipule dans son article 1^{er} que « le présent contrat a pour objet de définir les conditions de la fourniture d'eau potable en gros par Eau du Sud parisien à la collectivité, ainsi que les conditions d'utilisation de certaines installations de la collectivité par Eau du Sud parisien » ; que l'utilisation de certaines des installations de la régie Eaux des Lacs de l'Essonne a lieu, ainsi que le stipule expressément l'article II. 2 de la convention, « pour la fourniture d'eau de secours » et, dès lors, de manière hypothétique et ponctuelle ; que cette convention prévoit également, dans son article II. 6. 02, qu'Eau du Sud parisien « assurera

l'exploitation, y compris l'astreinte, des ouvrages de liaison de la collectivité », au nombre desquels figurent, ainsi que le précise cet article, la station de surpression de Piketty et différents ouvrages de régulation, le réservoir situé à Ris-Orangis, la conduite de 5 kilomètres DN 600 reliant la station de Piketty au réservoir de Ris-Orangis et à la station de traitement, la chambre de dérivation de l'eau issue de l'aqueduc du Loing et la canalisation DN 800 de 0,9 kilomètres ; que ce même article prévoit qu'Eau du Sud parisien assure la vidange et le nettoyage de ce réservoir, et la réparation autant que nécessaire de casses ponctuelles ou fuites sur ces canalisations ; qu'il ressort, dès lors, de l'économie générale de la convention en litige que cette mission d'exploitation ne concerne que les ouvrages précités et présente ainsi un caractère accessoire, alors d'une part que l'objet principal de la convention tel que défini par sa partie liminaire et par son article 1^{er} est, ainsi qu'il a été dit précédemment, la fourniture d'eau potable en gros à la régie Eaux des Lacs de l'Essonne et que, d'autre part, Eau du Sud parisien assure l'exécution de cette mission de fourniture d'eau potable avec ses propres installations, usine de production et interconnexions ; qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, la convention en litige n'est conclue que pour satisfaire un besoin de la régie Eaux des lacs de l'Essonne et n'a pas pour objet de confier à Eau du Sud parisien l'organisation et la prise en charge effective du service public de la distribution de l'eau potable ni davantage la gestion de ce service public ;

5. Considérant, en second lieu, que la composition de la rémunération versée à Eau du Sud parisien est définie par l'article III.3.01, qui stipule que cette rémunération « est assurée par le paiement des charges relatives à la production, au transport, au stockage, tant pour les volumes souscrits (annuels) que garantis (réservation de capacité pour la pointe exceptionnelle) et de sécurisation de la fourniture d'eau par ses installations » ; qu'ensuite, l'article III. 3.01 du contrat en litige prévoit que la rémunération couvre également les charges liées à l'entretien et au renouvellement des interconnexions et des compteurs ; que l'article II.4, relatif à la quantité d'eau livrée stipule, en outre, qu'« afin de permettre à Eau du Sud parisien de mobiliser ses installations de manière à assurer la continuité de la fourniture, la collectivité accorde à Eau du Sud parisien son approvisionnement en eau potable couvrant a minima 90% de ses besoins annuels d'eau brut, chaque année », ce qui constitue un minimum garanti de volumes achetés par la régie Eau des lacs de l'Essonne ; qu'enfin, la somme de 230 000 euros annuels versée par Eau du Sud parisien en contrepartie de l'utilisation de certaines installations de la régie Eau des lacs de l'Essonne, qui constitue un coût fixe, ne saurait à elle seule, et au vu de l'ensemble des modalités de rémunération prévues par la convention en litige, être regardée comme exposant Eau du Sud parisien à un quelconque risque d'exploitation ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en regard à son objet et aux modalités de rémunération du cocontractant, le contrat litigieux doit être analysé comme un marché public ; qu'il suit de là que le moyen tiré de ce que la convention en litige constitue une délégation de service public doit être écarté ; qu'il suit également de là que la fin de non-recevoir, opposée par la société Eau du Sud parisien, tirée de ce que le contrat en litige ne relève pas du champ d'application de l'article L. 551-5 précité du code de justice administrative, ne saurait être accueillie ;

S'agissant de la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique :

7. Considérant, en premier lieu, que pour les motifs précédemment exposés aux points 4 à 6, le moyen tiré de la méconnaissance des dispositions des articles L. 1411-1 et R. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales est inopérant et ne peut qu'être écarté ;

8. Considérant, en second lieu, qu'aux termes de l'article 137 du code des marchés publics : « *Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés et accords-cadres passés par les entités adjudicatrices dans les cas suivants : 1° Pour l'achat d'eau, quand cet achat est réalisé par une entité adjudicatrice exerçant l'activité d'exploitation mentionnée au premier alinéa du 2° de l'article 135 ;* » ; qu'aux termes de l'article 135 du même code : « *2° L'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux, ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable.* » ; qu'il est constant que la régie Eaux des lacs de l'Essonne exerce une activité d'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la distribution d'eau potable ; qu'au demeurant, l'article 26 de la directive 2004/17 susvisée dispose : « *Marchés passés par certaines entités adjudicatrices pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie : La présente directive ne s'applique pas : a) aux marchés pour l'achat d'eau, pour autant qu'ils soient passés par des entités adjudicatrices exerçant une ou les deux activité(s) visée(s) à l'article 4, paragraphe 1.* » ; que la finalité de cette dérogation est expressément précisée par la directive elle-même en son point 26 : « (...) *les règles de passation des marchés du type de celles qui sont proposées pour les marchés de fournitures sont inappropriées pour les achats d'eau, compte tenu de la nécessité de s'approvisionner auprès de sources proches du lieu d'utilisation.* » ; que les dispositions précitées de l'article 137 du code des marchés publics se bornent à assurer la transposition en droit interne de ces dispositions ; qu'au regard de leur objet même, qui concerne le cas particulier de l'achat d'eau potable lequel n'a vocation à s'opérer que dans un cadre géographique nécessairement restreint, et éclairées par la finalité ci-dessus rappelée qu'elles mettent en œuvre, les dispositions précitées de l'article 137 du code des marchés publics excluent non seulement l'application des dispositions de ce code, dont les principes énoncés en son article 1^{er}, mais doivent également être regardées comme ayant pour objet et pour effet de constituer une dérogation, strictement limitée, à l'application des principes de la commande publique ; que la circonstance que la régie Eau des lacs de l'Essonne ait examiné l'offre spontanément communiquée par Eau de Paris ne saurait la faire regarder comme s'étant volontairement soumise aux principes de la commande publique ; qu'il suit de là qu'aucun manquement aux principes fondamentaux de la commande publique ne pouvant être relevé, le moyen tiré de leur méconnaissance doit être écarté ;

9. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les conclusions à fin d'injonction, présentées par Eau de Paris, doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

10. Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la régie Eau des lacs de l'Essonne, qui n'est pas dans la présente instance la partie perdante, la

somme que demande Eau de Paris au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il y a en revanche lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge d'Eau de Paris la somme de 1 000 (mille) euros à verser à la régie Eau des lacs de l'Essonne et de 1 000 (mille) euros à verser à Eau du Sud parisien, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

ORDONNE :

Article 1^{er} : La requête d'Eau de Paris est rejetée.

Article 2 : Eau de Paris versera la somme de 1 000 (mille) euros à la régie Eau des lacs de l'Essonne et la somme de 1 000 (mille) euros à la société Eau du Sud parisien sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente ordonnance sera notifiée à Eau de Paris, à la régie Eau des lacs de l'Essonne et à la société Eau du Sud parisien.

Fait à Versailles, le 11 janvier 2016.

Le juge des référés,

signé

E. MARC

Le greffier,

signé

T. RION

La République mande et ordonne au préfet de l'Essonne en ce qui le concerne ou à tous huissiers de justice à ce requis en ce qui concerne les voies de droit commun, contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution de la présente décision.