

**Dossier n° 2200146**

**Préfet de la Martinique c/ Régie communautaire de l'eau et de l'assainissement Odysse.**

**TA de la Martinique**

**Audience du 8 décembre 2022**

**Jugement du 23 décembre 2022**

## **CONCLUSIONS**

**M. Frédéric LANCELOT, rapporteur public**

Madame la Présidente, Messieurs les conseillers,

Comme vous le savez, Odysse est un établissement public industriel et commercial, en charge de la distribution d'eau potable et de l'assainissement, sur le territoire de la CACEM. Compte tenu de son activité d'opérateur de réseau, l'établissement a le caractère d'une entité adjudicatrice, au sens des articles L. 1212-1 et suivants du code de la commande publique.

C'est dans ce cadre qu'Odysse a conclu, le 19 juillet 2021, un accord-cadre à bons de commandes avec la Société martiniquaise des eaux de source, entreprise de droit privé commercialisant de l'eau en bouteilles, sous la marque Chanflor, bien connue en Martinique. Pour Odysse, l'objectif de ce contrat était de pouvoir répondre, autant que faire se peut, aux besoins des usagers, en cas de coupures sur le réseau, consécutives à des pannes ou des travaux, notamment en fournissant des bouteilles d'eau, essentiellement aux crèches et aux écoles. L'objet de chaque bon de commandes consiste ainsi à livrer un nombre déterminé de packs de bouteilles d'eau dans tel ou tel lieu, confronté à une coupure. L'accord-cadre a été conclu pour une période courant initialement jusqu'au 6 mai 2022. Il a cependant été tacitement reconduit, après cette échéance.

Si vous êtes saisis aujourd'hui, c'est parce que ce contrat a été conclu sans aucune publicité, ni mise en concurrence, ce qui semble a priori contradictoire avec l'assujettissement d'Odysse aux règles de la commande publique, que nous évoquions en préambule. C'est pourquoi le préfet a d'abord demandé au président d'Odysse de résilier le contrat et d'initier une procédure de publicité et de mise en concurrence, afin de conclure un nouveau marché. Odysse n'ayant pas répondu favorablement à cette demande, le préfet vous demande donc de prononcer l'annulation du contrat. Le recours s'inscrit ainsi dans le cadre de la jurisprudence *CE Ass, 4 avril 2014, n° 358994, Département de Tarn-et-Garonne*, qui permet au préfet de solliciter, au même titre que les concurrents évincés, l'annulation d'un contrat passé en méconnaissance des règles de la commande publique.

Il est précisé, à toutes fins utiles, que le préfet avait assorti son recours en annulation d'une demande de suspension du contrat. Cette demande a toutefois été rejetée par votre juge des référés, en l'absence de doute sérieux sur la légalité du contrat. Voyez l'ordonnance de votre juge des référés n° 2200147 du 25 mars 2022.

Examinons désormais le recours au fond et, avant toute chose, la question de la compétence de la juridiction administrative, qui suppose que le contrat en litige soit qualifié de contrat administratif. Comme c'est mentionné directement dans le contrat en litige, et ainsi que nous

aurons l'occasion d'y revenir, le contrat a été conclu en application du livre V de la deuxième partie du code de la commande publique or l'article L. 6 du code de la commande publique prévoit que les contrats conclus, en application de ces dispositions, lorsqu'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses. La qualification de contrat administratif par détermination de la loi n'est donc pas automatique, et vous devez faire application des critères traditionnels définis par les jurisprudences *CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges* et *CE Section, 20 avril 1956, Epoux Bertin*, pour vérifier que le contrat, soit a pour objet l'exécution du service public, soit comporte des clauses exorbitantes de droit commun. En l'espèce, le CCAP applicable au contrat en litige prévoit, en son article 15, qu'il peut être résilié unilatéralement par Odyssi, pour un motif d'intérêt général. Il s'agit là indubitablement d'une clause exorbitante de droit commun. Le contrat revêt donc bien le caractère d'un contrat administratif, et vous pourrez retenir votre compétence.

Examinons désormais la légalité de ce contrat. Si Odyssi s'est dispensé des règles de publicité et de mise en concurrence, c'est parce que le contrat a été conclu en application du livre V de la deuxième partie du code de la commande publique. Ce livre, intitulé « Autres marchés publics », a précisément pour objet, pour un nombre limité de marchés, d'exclure, à titre dérogatoire, l'application des règles de publicité et de mise en concurrence, au stade de la passation du marché. Sont uniquement applicables quelques-unes des règles de la commande publique, en matière d'exécution du marché, notamment en ce qui concerne les délais de paiement, la sous-traitance, et le règlement amiable des différends.

Ces exceptions aux règles de publicité et de mise en concurrence présentent un caractère assez hétérogène et peuvent se justifier, soit par l'objet du marché, on pense notamment aux marchés publics conclus dans le secteur de la défense, qui exigent un certain secret, ou à certains marchés à objet très spécifique, par exemple ceux pour lesquels il n'existe qu'un opérateur en situation de monopole, susceptible d'être désigné comme cocontractant, soit par la qualité des parties contractantes. Sont ainsi exclus des règles de publicité et de mise en concurrence les contrats conclus entre personnes publiques, ou les contrats conclus entre une personne publique et une association à but non lucratif. Enfin, pour en arriver à la question qui nous intéresse aujourd'hui, sont également exclus des règles de publicité et de mise en concurrence certains contrats conclus par les opérateurs de réseaux, lorsque ceux-ci acquièrent des produits ou des matières premières, qu'ils fournissent ensuite à leurs abonnés. Il s'agit là de la transposition d'une directive communautaire du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dite « directive services spéciaux ». En particulier, l'article L. 2514-1 du code de la commande publique permet aux entités adjudicatrices, exerçant une activité d'opérateur de réseau de distribution d'eau potable, de déroger aux règles de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'elles achètent de l'eau. La directive communautaire précise que cette règle dérogatoire se justifie par la nécessité, pour l'opérateur du réseau, de s'approvisionner auprès d'une source géographiquement proche du lieu d'utilisation. Le respect des règles de publicité et de mise en concurrence est donc inadapté à cette exigence.

L'argumentation du préfet, pour soutenir que cette exception ne serait pas applicable au contrat en cause, est assez curieuse. Le préfet se borne ainsi à soutenir que l'exclusion des règles de publicité et de mise en concurrence ne concernerait que le service public de transport de voyageurs par chemin de fer. C'est manifestement erroné, compte tenu de ce que nous venons de vous indiquer.

Il n'en demeure pas moins que l'on peut s'interroger sur le fait de savoir si le contrat entre bien dans le cas de figure, défini par l'article L. 2514-1 du code de la commande publique. Ces dispositions couvrent, selon nous, toutes les hypothèses dans lesquelles l'opérateur de réseau achète de l'eau, afin de la distribuer ensuite à ses abonnés. S'il est vrai que cela visait a priori plutôt les situations dans lesquelles l'opérateur achète de l'eau en gros, afin de la distribuer à ses abonnés directement par le réseau qu'il exploite, voyez notamment sur ce point : *TA Versailles, 11 janvier 2016, n° 1508257, Eau de Paris*, le législateur n'a pas pour autant entendu exclure ce cas assez particulier, dans lequel l'opérateur achète de l'eau en bouteilles. En effet, cette eau n'est pas acquise par Odyssi pour les besoins internes de ses services, mais bel et bien pour la distribuer à ses abonnés, et parer aux situations de coupure du réseau, que la Martinique connaît hélas trop souvent. Ainsi, dans cette hypothèse, l'urgence commande que l'opérateur puisse s'approvisionner dans des conditions de proximité géographique, et c'est précisément ce qui justifie d'écarter les règles de publicité et de mise en concurrence.

Nous vous proposons donc de retenir que les conditions d'application de l'article L. 2514-1 du code de la commande publique sont réunies. Odyssi pouvait donc conclure ce contrat, ayant pour objet d'acquérir de l'eau pour répondre aux besoins de ses abonnés, sans respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Pour cette seule raison, le contrat, conclu le 19 juillet 2021 avec la Société martiniquaise des eaux de source, n'est entaché d'aucune illégalité, et vous n'aurez même pas à vous interroger sur les autres moyens soulevés par le préfet. Il est, en effet, soutenu, d'une part, que, eu égard à l'absence de montant maximum, l'accord-cadre ne répondait pas aux conditions de seuil, définies à l'article R. 2122-8 du code de la commande publique, permettant de conclure un marché sans publicité ni mise en concurrence et, d'autre part, que la situation ne répondait pas aux critères définis par l'article R. 2122-11 du même code, permettant de qualifier une opération particulièrement avantageuse, dans laquelle un acheteur public peut acquérir des fournitures sans publicité ni mise en concurrence. Ces deux moyens sont, en effet, totalement inopérants, compte tenu de ce que nous venons d'évoquer. L'article L. 2514-1 du code de la commande publique permet en effet à Odyssi, lorsque l'établissement achète de l'eau pour répondre aux besoins de ses abonnés, de se dispenser, en toutes hypothèses, des obligations de publicité et de mise en concurrence, sans avoir à justifier de l'une ou l'autre des situations définies aux articles R. 2122-1 et suivants du code de la commande publique.

Ainsi, en définitive, nous vous invitons à rejeter le déferé exercé par le préfet de la Martinique, à l'encontre du contrat conclu le 19 juillet 2021 entre l'établissement Odyssi et la Société martiniquaise des eaux de source. Tel est le sens de nos conclusions.