L'Essentiel du Droit des Contrats Publics

Par François Lichère, Professeur agrégé de droit public

Octobre 2023 à Septembre 2025

À l'exception du numéro d'octobre 2023, l'ensemble des commentaires et des brèves a été rédigé par le Professeur François Lichère.

Chaire de Droit des Contrats Publics

L'essentiel du droit des contrats publics, octobre 2023, n° 1

Par :

François Lichère

Professeur agrégé de droit public

Et

Laurent Richer

Professeur agrégé de droit public

Sommaire

Conseil d'Etat, 7e et 2e ch. réunies, 12 juillet 2023, n° 469319, *Grand port maritime de Marseille*, classé B : La conciliation entre prérogatives légales des assureurs et prérogatives prétoriennes des acheteurs publics titulaires de contrats administratifs. 3

Conseil d'Etat, 7e ch., 19 juillet 2023, n° 465308, Société Seateam Aviation et n° 465309, Société Prolarge : Le délai de recours raisonnable d'un an à compter de la connaissance de l'acte en dépit de l'absence de publicité régulière (jurisprudence Czabaj) s'applique au recours Tropic travaux et/ou Tarn-et-Garonne. 5

CE, Section TP, 8 juin 2023, n° 407003 : La résiliation des concessions d'autoroutes pour motif de « surrentabilité » n'est en principe pas possible, à l'exception du cas d'altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession. En tout état de cause existerait un droit à indemnité. 8

CE, Sect. Finances, 8 juin 2023, n° 407004 : Il est possible à la loi de créer une taxe sur les concessionnaires ou sur les concessionnaires d'autoroutes, mais impossible de neutraliser le mécanisme de compensation prévu par contrat. 11

Cour de justice de l'Union européenne, 3e ch., 20 avril 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contre Comune di Ginosa*, aff. C-348/22 : La directive « Services » 2006/123 est valide et son article 12 §§ 1 et 2 est d'effet direct, ce qui prohibe le renouvellement automatique des autorisations domaniales. La rareté de la ressource peut être appréciée aussi bien de manière générale et abstraite qu' en fonction du territoire côtier concerné. 14

Brèves pour la période estivale de 2023 : 17

Conseil d'Etat, 7e et 2e ch. réunies, 12 juillet 2023, n° 469319, *Grand port maritime de Marseille*, classé B : La conciliation entre prérogatives légales des assureurs et prérogatives prétoriennes des acheteurs publics titulaires de contrats administratifs.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Par :

François Lichère

Professeur agrégé de droit public

L'histoire des rapports entre droit des assurances et droit des marchés publics n'est pas un long fleuve tranquille. Elle a même commencé par le tumulte, lorsque le Conseil d'État a jugé que *« le régime des assurances soumet les contrats d'assurances en raison de leur nature à un régime propre qui a pour effet de les exclure du champ d'application du code des marchés publics »*, et donc les excluait de toute obligation de publicité et de mise en concurrence (CE, Section, 12 octobre 1984, n° 34671, publié au recueil Lebon). Le fait qu'ils étaient considérés, avant la loi Murcef du 11 décembre 2001, comme des contrats de droit privé (cf. conclusions Labrune sur la présente affaire) n'y était pour rien.

Cette conception restrictive s'accordait mal avec une définition large du marché public telle qu'issue du droit de l'Union. Aussi, le Conseil d'État s'est prononcé sur la légalité du décret instaurant le Code des marchés publics 2001 au regard *« des prescriptions d'ordre public des articles L. 112-2 à L. 112-8 et L. 113-12 du code des assurances relatifs à la conclusion et à la preuve du contrat d'assurance, à la forme et à la transmission des polices, et à la résiliation des contrats »* (CE, 28 avril 2003, *Fédération française des courtiers d'assurances et autres*, n° 233343, 233344, T. pp. 704-856), réintégrant implicitement ces contrats dans le champ du Code des marchés publics. L'arrêt qui fait application de l'article L. 113-8 du code des assurances à un marché public pour juger qu'une *« réticence ou fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré »* constituait une cause de nullité du contrat d'assurance passé par une personne publique alla plus loin encore puisqu'il combinait ici régime du Code des assurances et régime du contrat administratif, comme le révélèrent les conclusions Pellissier (CE, 6 décembre 2017, *Société Axa corporate solutions assurances*, n° 396751, T. pp. 669-674-687).

Ces conclusions réservaient toutefois le cas *« des aménagements qui apparaîtraient nécessaires pour garantir les principes fondamentaux de l'action administrative »* . **Dans l'arrêt commenté, relatif à une décision d'une personne publique de s'opposer à une résiliation par l'assureur par la voie d'un référé mesures utiles, c'est bien ce qui est décidé avec l'article L. 113-12 du Code des assurances qui réservent à l'assureur la faculté de résilier unilatéralement le contrat à l'expiration d'un délai d'un an suivant sa conclusion, avec un préavis d'au moins deux mois.** Il est jugé que :

« Il résulte toutefois des principes généraux applicables aux contrats administratifs que lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions

législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat ».

C'est mot pour mot ce que proposait le rapporteur public : non pas écarter l'article en question, ce qui pourrait être éventuellement possible en cas d'impossibilité de conciliation, mais aménager le pouvoir de résiliation de l'assureur pour tenir compte d'un motif d'intérêt général. Ce n'est d'ailleurs que la transposition de la jurisprudence *Société Grenke location* au cas du code des assurances (CE, 8 octobre 2014, n° 370644, p. 302). Mais il est vrai qu'il y a ici un saut : dans *Grenke* n'était en cause qu'une clause contractuelle, dans la présente affaire, est en cause une disposition… législative.

Au titre du motif d'intérêt général, l'arrêt illustre donc la **nécessité de tenir compte du temps nécessaire pour renouveler, dans la limite d'une année toutefois,** délai décidé par le Conseil d'État *ex nihilo*, qui a toutefois le mérite de la simplicité par rapport à la notion plus vague de délai raisonnable… Mais le rapporteur public ajoutait comme motif d'intérêt général toutes les hypothèses d'obligation d'assurance associées à une pénurie sur le marché assurantiel, ce qui est actuellement parfois le cas, et qui devrait donc éventuellement permettre de le prolonger au-delà. Le Conseil d'État n'a toutefois pas repris cet exemple, ce qui ne veut pas dire qu'il ne reprendra pas plus tard.

L'arrêt commenté vient donc aménager un régime législatif spécial au nom de principes jurisprudentiels de droit des contrats administratifs…Rien qu'en termes de hiérarchie des normes, il est tout à fait remarquable. Quant à la solution de fond, admettre qu'un motif d'intérêt général puisse justifier un allongement unilatéral ne peut qu'être approuvée. Il reste toutefois la question de savoir pourquoi ni le Conseil d'Etat ni le rapporteur public ne se sont penchés sur les conditions légales de modification d'un marché public (R. 2194-1 et suivants du CCP). A bien y regarder, il s'agit en réalité d'une reprise des relations contractuelles prononcée par le juge…à la demande de la personne publique, donc pas vraiment une modification du contrat au sens strict.

Conseil d'Etat, 7e ch., 19 juillet 2023, n° 465308, Société Seateam Aviation et n° 465309, Société Prolarge : Le délai de recours raisonnable d'un an à compter de la connaissance de l'acte en dépit de l'absence de publicité régulière (jurisprudence Czabaj) s'applique au recours Tropic travaux et/ou Tarn-et-Garonne.

► **Consulter le texte de la décision *Société Seateam Aviation*.**
► **Consulter le texte de la décision *Société Prolarge*.**

Commentaire de la décision :

Par :

Laurent Richer

Professeur agrégé de droit public

Compte tenu de la date de passation des deux marchés contestés, 2010, les recours des concurrents évincés, les sociétés Seateam et Prolarge s'inscrivaient dans le cadre de la jurisprudence *Tropic travaux* (CE, Ass., 16 juillet 2007, n° 291545) et non dans celui de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* (CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994), mais la solution retenue est valable dans les deux cas. Cette solution marque la rencontre de deux créations jurisprudentielles.

L'arrêt *Tropic travaux* définit, selon sa propre terminologie, les « règles » applicables au recours de plein contentieux qu'il crée au bénéfice du concurrent évincé. Au nombre de ces règles figure celle qui fixe le délai du recours : *« ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi »*.

Et l'arrêt admet l'applicabilité de l'article L. 521-1 CJA permettant la suspension d'un acte illégal sans voir un obstacle dans l'emploi par ce texte des termes « décision administrative ».
Un semblable élan créateur est à l'origine de l'arrêt *Czabaj* (CE, Ass., 13 juillet 2016, n° 387763) qui fait application du « principe de sécurité juridique » pour juger que dans le cas où le requérant a eu connaissance d'une décision en dépit de l'absence de notification ou publication conforme au CJA, ce principe fait obstacle à ce que la décision peut être contestée indéfiniment. Et l'arrêt décide *« qu'en règle générale et sauf circonstances particulières »* dont se prévaudrait le requérant, celui-ci doit respecter un délai raisonnable qui ne saurait excéder *« un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance »*.

Par la suite, la jurisprudence *Czabaj* a été étendue à de nombreux contentieux mettant en cause des décisions individuelles ou d'espèce (fiscalité, titres exécutoires, autorisations d'urbanisme) et opposée à des tiers. La question restait posée de son application au contentieux de la validité du contrat administratif.

On sait qu'un des motifs de la création du recours en invalidité du contrat a été de mettre fin à l'instabilité qui s'attachait au contentieux des actes détachables, notamment parce qu'il était possible d'obtenir l'annulation d'un acte détachable non formalisé, révélé par la seule conclusion du contrat

(CE, Sect., 7 avril 1936, *Département de la Creuse*, Lebon, 171 ; Sect., 20 janv. 1978, *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, Lebon, 22), acte qui ne faisait l'objet d'aucune publicité et était donc exposé indéfiniment à recours.

À partir du moment où toute l'évolution jurisprudentielle tend à renforcer la stabilité des contrats, il eût été étonnant que le Conseil d'État laisse subsister une faille, sous la forme d'un risque de recours perpétuel. Quelques objections devaient, cependant, être surmontées, ainsi que l'a exposé le rapporteur public, Nicolas Labrune.

Une première difficulté n'en est pas vraiment une : jusque là la jurisprudence *Cazbaj* n'a concerné que des actes unilatéraux, mais l'arrêt *Tropic travaux* n'a pas hésité à appliquer au contrat un texte qui mentionne les « décisions » et Nicolas Labrune ajoute qu'avec le recours en invalidation le contrôle sur le contrat se rapproche du contrôle sur l'acte unilatéral, paradoxalement, puisque l'arrêt *Tropic travaux* a ouvert une voie autre que celle du recours pour excès de pouvoir vers laquelle penchait une bonne partie de la doctrine.

La seconde difficulté était d'ordre pratique et amène le Conseil d'État à apporter quelques précisions sur ce qu'est une information complète.

Dans l'idéal la publicité qui marque le *dies a quo* d'un délai de recours devrait être de nature à permettre aux intéressés de percevoir les illégalités. Une telle exigence serait, cependant, exagérée pour les contrats puisqu'elle impliquerait la publication intégrale de l'ensemble des clauses (ce qui ne se fait que pour les contrats de concession approuvés par décret publié au JORF). L'arrêt *Tropic travaux* impose seulement de mettre à même tout intéressé de consulter le contrat en indiquant les coordonnées du service compétent (qui, dans la pratique, ne s'avère pas toujours diligent).

Est donc incomplète une publicité qui ne comporte pas les coordonnées de ce service, sans qu'il soit nécessaire d'indiquer en outre les voies et délais de recours comme l'imposent les articles R. 421-1 et R. 421-5 du CJA, inapplicables ici.

L'avis doit aussi mentionner, selon l'arrêt *Tropic*, « la conclusion du contrat », ce qui est assez vague. Les arrêts du 19 juillet 2023 apportent une précision sur ce point : le délai ne commence à courir que si l'avis mentionne « au moins l'objet du contrat et l'identité des parties contractantes ». Le prix n'est pas mentionné parce que tous les contrats administratifs sont concernés. Or, tous ne comportent pas un prix. Hors commande publique, une autre question peut se poser, qui est celle de la pertinence du choix du vecteur de publicité, le BOAMP n'étant pas adapté.

En fin de compte, quatre situations sont à distinguer au regard du délai de recours contre le contrat:

- La publicité sur la conclusion du contrat a été complète (objet, parties, coordonnées du service), ce qui fait courir le délai de deux mois ;
- La publicité a été incomplète, ce qui ne rend opposable que le délai raisonnable d'un an à compter de cette information incomplète ;
- Il n'y a eu aucune publicité, ce qui est fréquent pour les avenants ou pour les contrats hors commande publique, auquel cas seul le délai raisonnable d'un an à compter de la date de

prise de connaissance est opposable ; par prise de connaissance il faut entendre information sur l'objet et les parties résultant d'une lettre ou de tout autre moyen ;

- Il n'y a eu aucune information et le requérant n'a pas eu connaissance de la conclusion du contrat, ce qui laisse place à la perpétuité.

Dégagées à propos du recours *Tropic travaux*, valables pour le recours *Tarn-et-Garonne*, ces règles ne concernent pas l'ensemble du contentieux des contrats administratifs. En effet, le principe de sécurité juridique peut être mis en œuvre autrement que par la règle du délai raisonnable d'un an. Il l'est par l'application de la prescription quadriennale aux recours indemnitaires (CE, 17 juin 2019, *Centre hospitalier de Vichy*, n° 410097), il l'est par l'existence de la date butoir de signature du contrat s'agissant du référé précontractuel (CE, 12 juillet 2017, *Soc. Étude et créations informatiques*, n° 410832).

CE, Section TP, 8 juin 2023, n° 407003 : La résiliation des concessions d'autoroutes pour motif de « surrentabilité » n'est en principe pas possible, à l'exception du cas d'altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession. En tout état de cause existerait un droit à indemnité.

► **Consulter le texte de l'avis.**

Commentaire de l'avis :

Par :

Laurent Richer

Professeur agrégé de droit public

Lorsque les concessionnaires, au lieu de risques et périls, rencontrent risques et profits il est tentant pour le concédant d'invoquer l' « effet d'aubaine » (dont l'étude mériterait une thèse de sociologie !) pour tenter de récupérer soit une partie des profits, soit la totalité du gisement de valeur en résiliant.

Ces pratiques ne sont pas neuves et ont parfois été le fait du législateur, ce qui faisait écrire à Péquignot que :

« si l'État a contracté dans des conditions désavantageuses, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même. S'il estime avoir été victime de fraudes de la part des cocontractants, qu'il saisisse les tribunaux compétents. Mais quelles que soient les bonnes raisons de fait ou de circonstances qui peuvent être invoquées, le juriste ne peut que déplorer que l'État fasse si bon marché de ses propres engagements. Il y a là une intolérable atteinte à la moralité publique et commerciale » (G. Péquignot Théorie générale du contrat administratif, 1945, rééd. La Mémoire du droit, 2020, p. 401).

Le juge administratif a déjà eu l'occasion de censurer certaines de ces pratiques (ex. : TA Lille, 20 février 2013, *Société des eaux du Nord*, AJDA 2013. 1115, concl. Frackowiak ; CE, 27 janvier 2020, *Métropole de Toulouse*, n° 422104). Cela n'a pas empêché l'État d'envisager d'utiliser le même type de procédé vis-à-vis des sociétés d'autoroutes.

Le scénario envisagé pour les autoroutes a été d'abréger, c'est-à-dire de résilier, les concessions au motif que les résultats des sociétés leur auraient permis de recouvrer leurs investissements dans un délai inférieur à la durée du contrat. Pour donner un fondement juridique à une telle décision, il a été avancé que les concessions souffriraient d'une illégalité tenant à leur durée excessive.

Le Conseil d'État, dans un avis antérieur du 6 février 2020 (n° 399132), a déjà dit que si l'autorité concédante estime que l'exploitation dégage des bénéfices excédant de façon anormale les dépenses de la concession à couvrir, il lui appartient de réduire la durée de la concession, c'est-à-dire de la résilier de façon anticipée, dès lors que la durée normale d'amortissement des investissements est dépassée et ce sur la base de l' arrêt du 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet* (n° 271737) qui a jugé que «*les clauses d'une convention de délégation de service public qui auraient pour effet de permettre son exécution pour une durée restant à courir, à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi [loi Sapin du 29 janvier 1993], excédant la durée maximale autorisée par*

la loi, ne peuvent plus être régulièrement mises en œuvre au-delà de la date à laquelle cette durée maximale est atteinte ». Ultérieurement, le Conseil d'État a jugé que l'autorité concédante peut résilier le contrat dont la durée est excessive (CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043) avant de reconnaître de manière générale le pouvoir de résilier tout contrat illégal (CE, 10 juillet 2020, *Société Comptoir Négoce équipements*, n° 430864).

Mais pour que cette solution soit applicable encore faut-il que la durée normale d'investissement ait été dépassée. Or, cette durée s'apprécie à partir d'une prévision de rentabilité de l'exploitation au moment de la signature du contrat et sa légalité dépend non de l'exactitude de la prévision, mais de sa sincérité. On voit donc mal comment le dépassement du « bénéfice normal » dû à l'évolution des circonstances peut rendre impossible la poursuite du contrat. Il y a là une confusion entre incidence d'une loi nouvelle et incidence de circonstances économiques nouvelles ; un contrat peut devenir illégal si une loi d'ordre public s'applique immédiatement, mais tel n'est pas le cas si l'exécution du contrat n'est pas conforme aux prévisions.

Ces données de base devaient être claires, néanmoins le gouvernement a cru nécessaire de demander un nouvel avis au Conseil d'État en 2023. Dans l'ensemble cet avis tient compte de la nature de la concession, mais, pour ne pas trop décevoir le demandeur, il comporte une ouverture sur le fondement juridique de laquelle il est permis de s'interroger.

À titre principal l'avis apporte une réponse respectueuse de la nature de la concession, contrat conforme à la conception canonique de l'entreprise : le profit est la contrepartie de la prise de risque. En ce sens l'avis rappelle que :

«si le transfert de risques, pour des raisons évidentes, joue essentiellement dans les cas d'évolutions défavorables au concessionnaire, il doit jouer également dans les cas d'évolutions favorables à ce dernier. Par voie de conséquence, la seule circonstance que le concessionnaire ait optimisé le financement de sa dette en raison de taux historiquement bas, voire négatifs, comme cela a été le cas dans la période récente, ou qu'une baisse des coûts de construction et d'entretien, corrélée à une inflation particulièrement faible, lui ait procuré des bénéfices importants, ne pourrait suffire à fonder légalement une résiliation pour motif d'intérêt général, au regard du risque de pertes que le concessionnaire a accepté de courir en contrepartie des possibilités de gains que peut lui procurer une situation économique favorable ».

Mais ce rappel, qui n'aurait pas dû être nécessaire, est complété par une réserve qui constitue une innovation : *« Il ne pourrait en aller autrement que s'il était constaté une évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéfices, conduisant à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession »*. Une telle évolution permettrait, selon l'avis, la résiliation unilatérale. L'avis l'affirme sans s'attarder sur le fondement juridique de ce nouveau cas de résiliation unilatérale, qui est une sorte de force majeure administrative inversée. On a proposé une explication par la disparition de la cause du contrat (L. Richer « Sur une altération profonde et irréversible », *AJDA* 2023. 1625), mais ce n'est qu'une hypothèse consistant à voir dans l'existence et le transfert du risque la contrepartie des avantages consentis au concessionnaire : si le risque disparaît totalement, le contrat a perdu sa cause, ce qui a, jadis, été considéré comme un motif de résiliation.

L'avis ne se prononce pas sur l'application de ces règles *in concreto* au cas des concessions autoroutières, mais il signale une difficulté tenant à l'ancienneté des concessions historiques : *« une*

grande partie des données relatives à la première moitié de leur durée d'exécution a disparu, y compris en ce qui concerne la mise en service des équipements, ce qui rend difficile l'estimation d'une durée normale d'amortissement, notamment la détermination de son point de départ ».

Quel que soit le fondement juridique retenu, la résiliation ne serait pas prononcée pour faute ou illégalité ; il faudrait donc, rappelle l'avis, respecter les droits à indemnité résultants des clauses de rachat, à propos desquels il est observé que *« le rachat avec indemnisation d'une concession est une alternative à la résiliation unilatérale du contrat. Il peut, en effet, être regardé comme un mode de résiliation unilatérale, à l'initiative du concédant, organisé par le contrat de concession »*.

Outre ces rappels du droit applicable, l'avis donne aux politiques un conseil en opportunité, ce qui relève aussi du rôle consultatif du Conseil d'État : une éventuelle résiliation ne peut s'improviser.

CE, Sect. Finances, 8 juin 2023, n° 407004 : Il est possible à la loi de créer une taxe sur les concessionnaires ou sur les concessionnaires d'autoroutes, mais impossible de neutraliser le mécanisme de compensation prévu par contrat.

► **Consulter le texte de l'avis.**

Commentaire de l'avis :

Par :

Laurent Richer

Professeur agrégé de droit public

Dans le contexte qui a été rappelé ci-dessus le gouvernement a interrogé le Conseil d'État sur la question de savoir s'il serait possible de taxer non pas les concessionnaires d'autoroutes mais, plus largement, les concessionnaires, étant observé toutefois que la contribution spécifique serait perçue sur les concessionnaires *« dont le chiffre d'affaires annuel et la profitabilité seraient supérieurs à certains seuils, définis de telle manière que cette contribution serait principalement due par les sociétés concessionnaires d'autoroutes »*.

En revanche, est limitée aux concessionnaires d'autoroutes une deuxième question qui est celle de la compensation des nouvelles charges.

Qui dit taxe dit loi et donc interrogation sur la constitutionnalité.

C'est de la conformité au principe d'égalité qu'il s'agit : *« Il résulte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel (CC, n° 2007-550 DC, 27 février 2007 ; n° 2009-599 DC, 29 décembre 2009 ; n° 2010-52 QPC, 14 octobre 2010) qu'une imposition pesant seulement sur une catégorie d'opérateurs peut être instituée à la double condition que les assujettis soient définis selon des critères objectifs et rationnels en rapport avec le but poursuivi par le législateur et que cette imposition n'entraîne pas de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques »*.

Peut-on imposer tous les concessionnaires ?

Le Conseil d'État répond positivement. Il déduit d'une analyse des caractéristiques financières de la concession que les titulaires de tels contrats constituent une catégorie homogène et que dès lors *«il est loisible au législateur, à des fins de rendement budgétaire, d'imposer de manière spécifique à raison des revenus qu'elles retirent des contrats de concession ou des contrats assimilés dont elles sont titulaires »*. En revanche, il n'existe pas de différence de situation susceptible de justifier une limitation du champ d'application de la nouvelle taxe tenant soit à ce que le contrat est conclu avec l'État, soit à ce qu'il a été conclu avant 2017, année à partir de laquelle le taux de l'impôt sur les sociétés a diminué.

En ce qui concerne l'assiette et le seuil, une grande liberté est reconnue au législateur.

Les concessionnaires d'autoroutes pourraient donc être taxés et ils pourraient même l'être sans qu'il soit besoin de les viser à travers la fixation du seuil d'imposition puisque l'avis estime, par ailleurs,

que *« que les sociétés concessionnaires d'autoroutes constituent une catégorie homogène qu'il est, par suite, loisible au législateur d'imposer de manière spécifique à des fins de rendement budgétaire »* (§24) .

Mais, pour éviter un report sur l'usager d'une taxation antérieure, les cahiers des charges des sociétés APRR, AREA, ASF, Escota, Sanef et SAPN ont été modifiés par le protocole d'accord conclu le 9 avril 2015 avec l'État. L'article 32 de ces cahiers des charges prévoit une compensation : *«En cas de modification, de création ou de suppression (…) d'impôt, de taxe ou de redevance, y compris non fiscale, spécifique aux sociétés concessionnaires d'autoroutes, les parties se rapprocheront, à la demande de l'une ou de l'autre, pour examiner si cette modification, création ou suppression est de nature à dégrader ou améliorer l'équilibre économique et financier de la concession, tel qu'il existait préalablement à la création, modification ou suppression dudit impôt, taxe ou redevance. Dans l'affirmative, les parties arrêtent, dans les meilleurs délais, les mesures de compensation, notamment tarifaires, à prendre en vue d'assurer, dans le respect du service public, des conditions économiques et financières ni détériorées ni améliorées »*.

Cet article 32 pose deux problèmes d'interprétation : qu'est-ce qu'une imposition spécifique ? Toute imposition nouvelle est-elle de nature à dégrader l'équilibre économique et financier de la concession ?

Sur la question de la spécificité, l'avis met en garde contre l'hypocrisie : *« toute nouvelle contribution qui, sans viser explicitement les sociétés concessionnaires d'autoroutes, aurait pour effet pratique, compte tenu de ses modalités, de peser exclusivement ou quasi exclusivement sur elles pourrait entrer, sous réserve de l'appréciation du juge du contrat, dans le champ de l'article 32 et, par suite, ouvrir à ces sociétés un droit à compensation »*.

Sur la question de la dégradation de l'équilibre, le Conseil d'État ne se prononce pas, il relève qu'un contentieux est en cours ; mais on lit aussi dans l'avis que « l'article 32 prévoit le principe d'une compensation des augmentations de cette fiscalité spécifique», comme si toute augmentation était compensable. De son côté, le gouvernement paraît admettre implicitement que toute imposition nouvelle entraîne une dégradation puisqu'il interroge aussi le Conseil d'État sur la possibilité de « neutraliser » par la loi l'article 32 des cahiers des charges.

La réponse est sans ambiguïté : une telle disposition législative serait exposée à un très fort risque d'inconstitutionnalité et d'inconventionnalité.

La règle constitutionnelle enfreinte serait celle selon laquelle *« le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant, sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 (CC, n° 2016-736 DC, 4 août 2016 ; CC, n° 2017-685 QPC, 12 janvier 2018 ; CC, n° 2020-813 DC, 28 décembre 2020 ; CC, n° 2021-968 QPC, 11 février 2022) »*.

Aucun des motifs d'intérêt général invoqués par le gouvernement ne trouve grâce aux yeux du Conseil d'État.

Le premier motif invoqué est l'« effet d'aubaine » résultant de l'évolution de la fiscalité et du contexte économique. Sur ce point on trouve dans l'avis un rappel de « l'esprit du modèle juridique des concessions » sous forme de rappel de données élémentaires : *« les évolutions de la fiscalité*

générale doivent être regardées non comme des « effets d'aubaine » mais comme des aléas normaux de l'exploitation, que ces aléas soient favorables ou défavorables au concessionnaire » et encore : « Il est inhérent au principe même d'une convention de concession que le concessionnaire assume en totalité, ou au moins pour une part significative, les risques économiques et financiers de l'exploitation, que ceux-ci se traduisent par des évolutions qui lui sont favorables ou défavorables ».

Un autre motif était invoqué : la protection des usagers contre les hausses. Selon le Conseil d'État c'est bien un motif d'intérêt général, mais il n'est pas pertinent dès lors que l'article 32 laisse ouvertes d'autres modes de compensation que la hausse des tarifs.

N'a pas plus de succès l'invocation de l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre dès lors que *« l'augmentation de fiscalité spécifique aux sociétés concessionnaires d'autoroutes envisagée en l'espèce poursuit exclusivement un objectif de rendement »* et *« ne constitue pas une mesure fiscale à caractère comportemental »*.

Les motifs d'intérêt général non pertinents en droit constitutionnel ne le seraient pas non plus au regard de l'article 1er du Protocole n°1 additionnel à la CEDH assurant la protection du droit aux biens. Le Conseil d'État rappelle que dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *« la protection des biens peut recouvrir des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le concessionnaire peut prétendre avoir, au moins, une espérance légitime et raisonnable d'obtenir la jouissance des fruits de son exploitation »*. Quand il s'ingère dans ce droit, le législateur doit justifier d'un intérêt général pertinent et ne prendre que des mesures proportionnées à ce but (CEDH, n° 33704/04, 11 février 2010, *Sud Parisienne de Construction c/ France*). Tel n'est vraisemblablement le cas ici, selon l'avis.

Cour de justice de l'Union européenne, 3e ch., 20 avril 2023, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato contre Comune di Ginosa*, aff. C-348/22 : La directive « Services » 2006/123 est valide et son article 12 §§ 1 et 2 est d'effet direct, ce qui prohibe le renouvellement automatique des autorisations domaniales. La rareté de la ressource peut être appréciée aussi bien de manière générale et abstraite qu' en fonction du territoire côtier concerné.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Par :

Laurent Richer

Professeur agrégé de droit public

Cet arrêt a été rendu sans conclusions de l'avocat général, ce qui s'explique facilement par le fait que les réponses aux questions nombreuses posées à la Cour se trouvaient déjà dans la jurisprudence.

Sous la pression de la Commission européenne un *decreto legislativo* de 2010 a transposé la directive « Services » 2006/123 en prévoyant une procédure de mise en concurrence des autorisations d'activités de services. Cela n'a pas empêché que survive, parallèlement, un dispositif législatif prévoyant le renouvellement automatique des concessions sur le domaine maritime en cours.

La commune de Ginosa, dans les Pouilles, a adopté une décision d'application de la législation sur le renouvellement aux concessionnaires de ses plages. C'est à l'occasion du recours de l'Autorité de la concurrence contre cette décision que la CJUE a été saisie de questions préjudicielles relatives à l'article 12 de la directive 2006/123. Il s'agit donc d'un cas d'invocation d'une directive par une autorité nationale, question qui n'est pas envisagée dans cette affaire (sur ce sujet, voir S. Xefteri, *La directive européenne, instrument juridique des autorités administratives nationales*, Bruylant, 2021).

Rappelons que selon l'article 12 § 1 de la directive 2006/123 : *«Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture »*.

Et le paragraphe 2 exclut de la façon la plus expresse aussi bien le renouvellement automatique que le droit de préférence : *« Dans les cas visés au paragraphe 1, l'autorisation est octroyée pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique, ni prévoir tout autre avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer ou des personnes ayant des liens particuliers avec ledit prestataire »*.

La législation italienne sur le renouvellement automatique était manifestement et frontalement contraire à l'article 12 § 2.

La commune de Genosi, soutenue devant la Cour par de nombreuses sociétés concessionnaires et syndicats professionnels, a tenté de déplacer le problème.

Les neuf questions posées, passablement alambiquées, avaient trait à trois principaux sujets : la validité de la directive 2006/123 – pas moins -, l'applicabilité directe de l'article 12 et la mise en œuvre de la notion de rareté. La commune a soutenu que la directive serait illicite au motif d'un choix erroné de base légale, qu'elle ne serait pas d'application directe parce qu'elle laisse aux États membres le soin d'établir les règles de sélection et que la notion de rareté ne peut être appréciée par le juge national.

En ce qui concerne le choix de base légale il était avancé que la directive 2006/123 est une directive d'harmonisation et non de libéralisation et aurait donc dû être adoptée par le Conseil à l'unanimité et non par une majorité qualifiée.

La directive 2006/123 a été adoptée sur la base de l'article 47 § 2 du Traité instituant la Communauté européenne (art.53 TFUE). Cet article prévoyait l'adoption de directives relatives à *« la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres concernant l'accès aux activités non salariées et à l'exercice de celles-ci »*. L'article 47 renvoyait à la procédure d'adoption de l'article 251 (art. 294 TFUE), dans laquelle le Conseil statue à la majorité qualifiée.

Selon la commune de Genosi, il aurait fallu prendre comme base légale l'article 94 Tr. CE (art. 115 TFUE), selon lequel *« le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen et du Comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun »*.

Indéniablement la directive dans certains de ses articles, procède à une harmonisation, mais, décide la Cour, elle vise expressément à opérer une coordination, elle est principalement une directive de libéralisation. Elle est donc valide.

La question de l'harmonisation revenait dans le débat à propos de l'effet direct de l'article 12 §§ 1 et 2.

Selon la commune de Genosi, l'article 12 ne peut être invoqué directement car il ne serait pas inconditionnel et précis puisqu'il laisse aux États le soin de définir la procédure d'attribution des autorisations.

Il est répondu (point 67), conformément à la jurisprudence antérieure, que : *«Certes, les États membres conservent une certaine marge d'appréciation s'ils décident d'adopter des dispositions destinées à garantir concrètement l'impartialité et la transparence d'une procédure de sélection. Il n'en demeure pas moins que, en imposant l'organisation d'une procédure de sélection impartiale et transparente, l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2006/123 prescrit, de manière inconditionnelle et suffisamment précise, un contenu de protection minimale en faveur des candidats potentiels (voir, par analogie, arrêts du 15 avril 2008, Impact, C-268/06,, point 74, ainsi que du 5 octobre 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01 à C-403/01, point 105) »*. L'article 12 § 1 a donc effet direct.

Encore moins douteux est l'effet direct de l'article 12 § 2 qui prohibe sans ambiguïté le renouvellement automatique.

Il est aussi rappelé (point 73) que l'interprétation donnée antérieurement par un arrêt préjudiciel s'incorpore au texte interprété et vient de la sorte ajouter en précision. Or l'arrêt du 14 juillet 2016 *Promoimpressa* (aff. C-458/14) *« éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de la règle énoncée à cette disposition de la directive 2006/123, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur, soit, conformément à l'article 44 de cette directive, depuis le 28 décembre 2009 au plus tard »*.

En ce qui concerne la rareté la question préjudicielle ne portait pas sur le point de savoir si en l'espèce elle existait. Il était demandé à la Cour de dire si l'appréciation de la rareté relevait du juge national se prononçant de manière générale et abstraite ou de la commune en fonction de son territoire côtier.
Dans le premier cas il est à penser que la rareté serait plus facilement admise que dans le second.

Cette question illustre le difficulté suscitée par l'emploi d'une notion économique sans effort de traduction en critères juridiques. Elle aurait pu être l'occasion pour la Cour de préciser la méthode. L'occasion est manquée, l'arrêt reconnaît en la matière la marge d'appréciation des États et admet que les deux méthodes distinguées par la question peuvent être employées.
En pratique, s'agissant du domaine public maritime, il est à penser que l'analyse portera sur le marché local et qu'elle aboutira à la conclusion que les ressources sont rares.
Il revient donc au juge italien de tirer les conséquences de l'effet direct de l'article 12.

Il s'agit du droit italien. En droit français les droits à renouvellement automatique et droits de préférence ont disparu, mais l'article L. 2122-1-2 du CGPP prévoit que la procédure d'attribution n'est pas applicable « lorsque le titre a pour seul objet de prolonger une autorisation existante, sans que sa durée totale ne puisse excéder celle prévue à l'article L. 2122-2 ou que cette prolongation excède la durée nécessaire au dénouement, dans des conditions acceptables notamment d'un point de vue économique, des relations entre l'occupant et l'autorité compétente ». Il ne s'agit pas de prolongation automatique, la prolongation n'est possible qu'à certaines conditions, mais il s'agit quand même d'un « avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer » en principe prohibé par l'article 12.

Brèves pour la période estivale de 2023 :

Par :

Cédric Bernard,

Chercheur à la Chaire de droit des contrats publics

Textes officiels

Décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé

Mots-clefs : Marchés globaux de performance énergétique à paiement différé.
► **Consulter le décret.**

Pris en application de la Loi n°2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique ayant créé à titre expérimental les marchés globaux de performance énergétique à paiement différé, le décret précise les contenus et conditions de l'étude préalable réalisée pour justifier du recours à ce nouveau type de marché global de performance (art. 1 à 3), ainsi que de l'étude de soutenabilité budgétaire qui doit être préparée préalablement à la décision de recourir à ce type de contrat (art. 4 à 6).

En outre, le décret détermine les autorités administratives auprès desquelles les acheteurs doivent obtenir les autorisations préalables pour le lancement de la procédure d'attribution et pour la signature d'un marché global de performance énergétique à paiement différé (art. 7 et 8).

Décisions juridictionnelles

CJUE, 1ère ch., 7 septembre 2023, *Commission européenne c/ République de Pologne*, aff. C-601/21

Mots-clefs : Exclusion des procédures de passation ; Marchés publics de service ; Sécurité nationale.
► **Consulter le texte de la décision.**

Manque à ses obligations lui incombant en vertu de la directive 2014/24/UE l'Etat membre qui prévoit dans sa législation une exclusion des procédures de passation de marché pour les services de production des documents, des timbres d'accise, des marquages légaux, des vignettes de contrôle, des bulletins de vote, des signes holographiques figurant sur les attestations de droit de vote ainsi que des systèmes à microprocesseurs dotés d'un logiciel destiné à la gestion des documents publics, des systèmes informatiques et des bases de données nécessaires à l'utilisation des documents publics, contenant une puce électronique, conformément à leur destination, alors qu'une telle exclusion n'était pas prévue à l'article 15 par. 2 et 3 de la directive 2014/24/UE.

En effet, pour se prévaloir du bénéfice de l'article 15 par. 2 et 3 de ladite directive (à savoir l'exclusion de l'application de la directive lorsque la passation et l'exécution du marché public sont déclarées secrètes ou nécessitent des mesures particulières de sécurité, notamment pour la préservation de la sécurité nationale), l'Etat membre doit démontrer que les intérêts essentiels de sa sécurité qu'elle estime devoir être protégés ainsi que les garanties inhérentes à la protection de ces intérêts

n'auraient pu être atteints dans le cadre d'une mise en concurrence.

Par conséquent, n'est pas recevable le moyen selon lequel la sécurité des services devait être assurée en raison des informations confidentielles qu'ils contiennent dès lors que, comme l'a déjà jugé la CJUE (20 mars 2018, *Commission c/ Autriche (Imprimerie d'Etat)*, aff. C-187/16), des obligations de confidentialité peuvent être prévue dans les documents de consultation de la mise en concurrence et que les spécificités techniques du marché peuvent prévoir de telles garanties lors de l'exécution du marché, sauf à ce que ces informations puissent entraîner des conséquences irréparables pour la sécurité nationale de l'Etat membre en étant susceptibles d'être utilisées par des Etats tiers ou des groupes criminels.

CE, 2 août 2023, n° 472976, *Communauté de communes de Rahin et Cherimont*, classée C

Mots-clefs : Transparence ; Critères et sous-critères (communication).
► **Consulter le texte de la décision.**

Les éléments d'appréciation de sous-critères, bien que pondérés, ne doivent être communiqués aux candidats dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique qu'à la condition que ces éléments d'appréciation des sous-critères, eu égard à leur objet et leur pondération, soient susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats.

Les conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune sont éclairantes sur la qualification ou non d'un « sous-sous-critère » :

« Il ne faudrait en effet pas voir des sous-sous-critères à chaque fois qu'une commission d'appel d'offres s'est donnée des directives d'appréciation chiffrées des sous-critères. En présence de sous-critères suffisamment détaillés, comme en l'espèce, l'information des candidats est en général suffisante et il faut vraiment qu'apparaisse dans le barème de notation une caractéristique très particulière de l'offre et très valorisée pour qu'il y ait irrégularité. Or tel n'était pas le cas en l'espèce. Pour chacun des trois sous-critères en cause, les items du barème de notation ne visaient pas à isoler une caractéristique de l'offre distincte du sous-critère lui-même et, par ailleurs, aucun de ces items n'avait une pondération suffisamment différente des autres pour en faire un sous-sous-critère individualisable. »

CE, 9 août 2023, n° 467667, *Département de la Drôme*, classé C

Mots-clefs : Responsabilité décennale du constructeur ; Ouvrage impropre à sa destination.
► **Consulter le texte de la décision.**

Dans le cadre de la garantie décennale des constructeurs, des désordres apparus dans le délai de dix ans à l'issue de la réception d'un ouvrage, de nature à en compromettre la solidité ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent la responsabilité des constructeurs même si ces désordres ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de

dix ans. La responsabilité décennale du constructeur peut être recherchée pour des dommages survenus sur des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage s'ils rendent celui-ci impropre à sa destination. La circonstance que les désordres affectant un élément d'équipement fassent obstacle au fonctionnement normal de cet élément (en l'espèce, l'augmentation de la température dans les pièces du bâtiment) n'est pas de nature à engager la responsabilité décennale du constructeur si ces désordres ne rendent pas l'ouvrage lui-même impropre à sa destination.

CE, 13 juillet 2023, n° 473572, *Syndicat mixte de traitement des déchets Savoie Déchets*, classée C

Mots-clefs : Sursis à exécution d'une décision juridictionnelle ; Responsabilité contractuelle.
► **Consulter le texte de la décision.**

Est recevable, à l'appui d'une demande de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle, le moyen tiré de ce que le juge du fond *« a dénaturé les stipulations du contrat par lequel le syndicat requérant a délégué à la société Valespace l'exploitation d'un centre de tri de déchets, en jugeant que les prescriptions techniques minimales applicables aux travaux de mise en conformité à la charge du délégataire n'étaient pas définies contractuellement »*, dès lors que ce moyen paraît *« sérieux et, en l'espèce, de nature à justifier, outre l'annulation de l'arrêt attaqué, l'infirmation de la solution retenue par les juges du fond »* et que, au regard de la situation financière de la société dont la capital social a été diminué de moitié, la décision expose le syndicat requérant *« à la perte définitive de sommes qui ne devraient pas rester à sa charge au cas où ses conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt seraient reconnues fondées par le Conseil d'Etat »*.

CE, 30 juin 2023, n° 462498, *Société Les Halles Foréziennes*, classée C

Mots-clefs : Résiliation ; Indemnisation de la perte du bénéfice net.
► **Consulter le texte de la décision.**

Est infondée pour absence de préjudice la demande d'indemnisation de la perte du bénéfice net, dont le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement a été privé, reposant sur des loyers qui auraient dû être perçus jusqu'au terme du contrat de location alors que les biens ont été remis à disposition du titulaire par la commune à partir de la date d'effet de la résiliation.

CE, 23 juin 2023, n° 468965, *Société Demathieu Bard Construction*, classée C

Mots-clefs : Expertise judiciaire ; Partage de responsabilités ; Influence des études préalables sur l'exécution du marché.
► **Consulter le texte de la décision.**

Commet une erreur de droit le juge des référés qui, saisi de conclusions tendant à l'extension d'opérations d'expertise à des sociétés ayant eut un rôle dans l'élaboration de l'étude géotechnique préalable au lancement du marché de conception-réalisation attribué au groupement dont la société requérante est mandataire afin d'apprécier les responsabilités des divers intervenants, les rejette au motif que l'extension demandée se rattache à un litige extracontractuel relatif à des études réalisées

en amont des travaux de construction *« sans rechercher si l'intervention, antérieurement à la conclusion du contrat, [des sociétés mises en cause] avait pu exercer une influence sur l'exécution du contrat, notamment sur la conception des fondations et l'exécution des travaux de fondation de l'immeuble »*.

Cass., Civ. 1ère, 14 juin 2023, n° 22-10.170

Mots-clefs : Résiliation ; Durée excessive ; Indemnisation ; Concession de droits de place.
► **Consulter le texte de la décision.**

N'est pas recevable, à la suite d'une résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général d'une concession de droits de place*, la demande d'indemnisation du manque à gagner pour la période restant à exécuter du contrat dès lors que les investissements réalisés par le concessionnaire ont été entièrement amortis à la date de la résiliation.

**Les litiges relatifs aux concessions de droits de place dans les foires, halles et marchés relèvent de la compétence du juge judiciaire.*

CAA Lyon, 13 juillet 2023, *Société Signaux Girod et autres*, n° 20LY00665

Mots-clefs : Entente anticoncurrentielle ; Marchés publics ; Responsabilité solidaire.
► **Consulter le texte de la décision.**

Peut être recherchée, à la suite d'une entente anticoncurrentielle ayant conduit une autorité contractante à conclure un marché dans des conditions désavantageuses, la responsabilité solidaire de l'ensemble des entreprises ayant participé à cette entente pour l'intégralité du préjudice subi en raison des marchés affectés par l'entente, quand bien même des entreprises de l'entente n'aient pas contracté avec l'autorité contractante. En l'espèce, une entreprise n'ayant participé à une entente que pendant une année a été solidairement condamnée à la totalité du préjudice subi sur la période intégrale de l'entente.

CAA Paris, 4 juillet 2023, *Commune de Fontainebleau*, n° 20PA02799

Mots-clefs : Résiliation pour motif d'intérêt général ; Concession ; Durée excessive ; Appréciation de la durée du contrat.
► **Consulter le texte de la décision.**

Dans le cadre d'une résiliation pour motif d'intérêt général en raison de la durée excessive d'une concession, l'appréciation de la durée normale d'amortissement doit tenir compte, lorsque l'autorité concédante remet au concessionnaire des installations en contrepartie d'une redevance, desdites redevances du fait qu'elles constituent des dépenses d'investissement pour le concessionnaire. En cas de résiliation pour motif d'intérêt général et si la préservation des droits du nouveau concessionnaire s'oppose à la reprise des relations contractuelles, le montant de l'indemnisation de l'ancien concessionnaire comprend « la fraction non amortie de cette redevance ».

L'essentiel du droit des contrats publics, novembre 2023, n° 2

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

Loi "Industrie verte", n°2023-973 du 23 octobre 2023, art. 25 à 30 : La loi industrie verte et la commande publique : beaucoup de bruit pour rien ? (Articles 25 à 30 de la loi n°2023-973 du 23 octobre 2023). 2

Conseil d'Etat, 7e et 2e ch. réunies, 13 octobre 2023, n° 464955, M. Carré et Collectif alétois de gestion publique de l'eau, classé B : La notion de risque d'exploitation et les modalités de communication des documents d'information destinés aux membres d'un conseil municipal à l'occasion de l'attribution d'une délégation de service public précisées. 3

Conseil d'Etat, 13 octobre 2023, n°470101, Société Culturespaces, classé B : L'intérêt lésé du tiers contestant un refus de résilier interprété restrictivement. 6

Conseil d'Etat, 9 novembre 2023, Société Transport tertiaire industrie, n° 469673, classé B : La notification au titulaire du marché d'un décompte général, même irrégulier, fait obstacle à l'établissement d'un décompte général et définitif tacite à l'initiative du titulaire et il appartient au juge du contrat de statuer sur les réclamations pécuniaires présentées par chacune des deux parties pour déterminer le solde de leurs obligations contractuelles respectives..... 8

Conseil d'Etat, 17 octobre 2023, n°465913, Commune de Viry-Châtillon ; n° 469071 – Syndicat intercommunal d'énergies du département de la Loire, classé B : La qualité de sous-traitant attribuée à un fournisseur dépend de la spécificité de la prestation et pas nécessairement de la pose ; la simple opposition d'un membre du groupement au paiement du sous-traitant suffit à fonder le refus du maître d'ouvrage du paiement direct. 9

Brèves pour la période d'octobre à novembre 2023 : 10

Loi "Industrie verte", n°2023-973 du 23 octobre 2023, art. 25 à 30 : La loi industrie verte et la commande publique : beaucoup de bruit pour rien ? (Articles 25 à 30 de la loi n°2023-973 du 23 octobre 2023).

► **Consulter le texte de la loi.**

Commentaire de la loi :

Un commentaire détaillé est désormais disponible dans la revue AJDA des éditions Dalloz :

► **François Lichère, « La loi Industrie verte et la commande publique : un coup d'épée dans l'eau ? », *AJDA*, 29 janvier 2024, p. 150.**

Conseil d'Etat, 7e et 2e ch. réunies, 13 octobre 2023, n° 464955, M. Carré et Collectif alétois de gestion publique de l'eau, classé B : La notion de risque d'exploitation et les modalités de communication des documents d'information destinés aux membres d'un conseil municipal à l'occasion de l'attribution d'une délégation de service public précisées.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Si cette affaire a été jugée en chambres réunies et classée B sur la question des modalités de communication de documents d'information aux élus à l'occasion du vote sur le principe de la DSP, elle n'en présente pas moins **un intérêt illustratif d'autres jurisprudences**, en particulier sur **la notion de risque du concessionnaire**.

Sur le premier point, le Conseil d'État se prononce en réalité sur la question de **savoir si l'on peut appliquer la jurisprudence *Danthony* à un contrat et dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne**, ce qu'avait admis la CAA dans son arrêt frappé de ce pourvoi en cassation devant le Conseil d'État. Il ne faut pas se méprendre sur la censure du raisonnement de la CAA pour le Conseil d'État : en indiquant que « *la cour administrative d'appel a écarté ce moyen en se bornant à relever qu'à supposer que M. D... n'ait pas reçu ce document, ce vice de procédure n'a pas eu d'incidence sur le sens du vote du conseil municipal et sans rechercher si M. D... avait été privé d'une garantie. En statuant ainsi, alors que l'information adéquate de l'ensemble des membres d'une assemblée délibérante, afin qu'ils puissent exercer utilement leur mandat, constitue, en principe, une garantie pour les intéressés, la cour a commis une erreur de droit* », il dit tout simplement qu'elle a mal appliqué la jurisprudence *Danthony*. Les conclusions de Nicolas Labrune expliquent en effet que si on admettait un tel raisonnement, « *alors il ne suffirait à chaque fois au maire que d'informer une majorité des élus, qui se trouveraient par hasard correspondre à la majorité municipale, et les conseillers municipaux minoritaires, qui sont en général ceux de l'opposition, ne pourraient plus utilement contester l'absence d'envoi des documents à leur endroit* ». Il s'agit d'une garantie dont un élu a été privé individuellement et en ne recherchant pas si tel avait été le cas, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit.

Il reste que le Conseil d'État adopte aussi ici **une lecture constructive du Code général des collectivités territoriales quant à l'étendue de l'obligation d'information** en combinant deux textes issus de deux lois différentes : l'article L. 1411-7 du CGCT, issu de la loi « Sapin » n° 93-122 du 29 janvier 1993, applicable à toutes les collectivités territoriales, mais propre aux DSP, qui dispose que « *les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération* », sans préciser si la transmission doit être individuelle; et l'article L. 2121-12 CGCT issu de la loi du 6 février 1992 qui prévoit, mais uniquement pour les communes de 3 500 habitants et plus, que, pour tous les « *contrats de service public* », il suffit au maire d'envoyer une note explicative aux conseillers municipaux et que c'est uniquement sur demande qu'un conseiller municipal peut consulter en mairie le projet de contrat et les pièces utiles. De la combinaison qu'en fait le Conseil d'État, il résulte que « *lorsque la délibération concerne une convention de délégation de service public, tout conseiller municipal doit être mis à même, par une information appropriée, quinze jours au moins avant la délibération, de consulter le projet de contrat accompagné de l'ensemble des pièces, notamment les rapports du maire et de la commission de délégation de service public, sans que le maire ne soit tenu de notifier ces mêmes pièces à chacun des*

membres du conseil municipal ». Bien entendu, cette **solution ne vaut formellement que pour les communes** et malheureusement le rapporteur public ne s'est pas prononcé pour les départements et les régions.

D'autres questions intéressantes, quoique non inédites, sont également abordées. Ainsi, le Conseil d'État justifie **l'existence d'un risque d'exploitation pour confirmer la nature de concession de manière très détaillée** :

« *Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, non arguées de dénaturation, qu'en vertu des stipulations du contrat litigieux, le délégataire assume la responsabilité du fonctionnement du service à ses risques et périls ainsi que de la gestion des équipements du service public qu'il exploite. Il en ressort aussi que le concessionnaire, qui ne perçoit aucune subvention de la part de la commune de Limoux, est rémunéré par les usagers en fonction notamment des volumes d'eau, dont la consommation est variable, et, par ailleurs, assume notamment le risque de factures impayées. En déduisant de l'ensemble de ces éléments que la part de risque transférée à la société Veolia - Compagnie générale des eaux impliquait une réelle exposition aux aléas du marché, la cour administrative d'appel de Marseille n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce* ».

En refusant de rentrer dans une analyse plus poussée économiquement pour s'en tenir à une **approche assez formaliste** – la référence aux stipulations du contrat laisse songeur – on peut se demander s'il s'inscrit bien dans la définition juridique du risque :

« *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 théorique ou négligeable.* »

L'existence de volume d'eau variable est anticipable avec le recul de la consommation, et les factures impayées sont certes un réel aléa, mais est-ce à dire que ces sommes ne peuvent être recouvrées ? On peut effectivement se demander si toutes les concessions de distribution d'eau sont bel et bien soumises à une réelle exposition aux aléas du « marché » au sens économique du terme.

D'autre part, s'il appartient à la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public d'apporter aux candidats une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire (« *les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres* »), elle peut, au cours de la consultation, « ***apporter des adaptations à l'objet du contrat*** *qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations* ***sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire*** ». La formule n'est pas nouvelle (CE, 21 février 2014, n°373159, *Société Dalkia France*), mais sa mise en œuvre en l'espèce nous semble particulièrement accommodante : n'est pas jugé illégal le fait de « *faire évoluer le projet de convention au cours des négociations pour confier une part de la maîtrise d'ouvrage au délégataire, alors que le document-programme remis aux candidats avant négociation la réservait à la commune, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas commis d'erreur de droit* ». Quand l'on sait ce qu'implique la qualité de maître de l'ouvrage, on ne peut qu'être surpris que le Conseil d'État estime qu'il n'y a pas eu modification des conditions initiales de concurrence, certains candidats ayant pu être dissuadés de soumissionner du seul fait qu'ils n'assumeraient pas la

maîtrise d’ouvrage, même partielle. Il est vrai que cela aurait été encore plus manifeste en sens inverse.

Enfin, il précise que les dispositions textuelles relatives à la durée des concessions ne fixent pas une durée minimale à ces contrats et n’ont pas « *pour effet d'interdire par principe que la durée de la convention puisse être inférieure à celle de l'amortissement des investissements réalisés* ». Il n’entre pas ainsi dans l’argumentaire du requérant qui essayait de la convaincre que la durée retenue était illégale au regard de la disposition indiquant qu’elle doit être fixée en fonction de la durée d’amortissement : en somme, le juge veille seulement, à travers l’application de cette formule, à ce que la durée ne soit pas excessive puisque de nature alors à empêcher une remise en concurrence périodique, mais n’entre pas dans le contrôle d’une durée qui serait insuffisante.

Conseil d'Etat, 13 octobre 2023, n°470101, Société Culturespaces, classé B : L'intérêt lésé du tiers contestant un refus de résilier interprété restrictivement.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le juge administratif était ici saisi d'un recours dit « Transmanche » (CE, Section, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, p. 209, ccl. G. Pellissier). On rappellera que cette jurisprudence a mis fin à la jurisprudence « LIC » ouvrant la possibilité aux tiers d'attaquer un refus de résilier un contrat par le biais d'un recours pour excès de pouvoir (CE, Section, 24 avril 1964, *SA de Livraisons industrielles et commerciales (LIC)*, n° 53518, p. 239, ccl. Combarnous). Elle lui a substitué un recours de plein contentieux, avec une double conséquence assez classique. En premier lieu, les pouvoirs du juge sont accrus puisqu' *« il appartient au juge du contrat d'apprécier si les moyens soulevés sont de nature à justifier qu'il y fasse droit et d'ordonner après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, le cas échéant avec un effet différé »*.

En deuxième lieu, le tiers doit être *« susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat »*. Mais pour éviter que ce recours ne se transforme en deuxième voire troisième chance de contester l'attribution d'un contrat (si l'on compte le référé précontractuel et le recours Tarn-et-Garonne, que le requérant de l'arrêt commenté avait d'ailleurs exercés), le Conseil d'État a ajouté que seuls certains moyens peuvent être invoqués : ceux *« tirés de ce que la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours, de ce que le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office ou encore de ce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général »*.

L'arrêt commenté se penche sur la **question de l'intérêt lésé**, indépendamment des moyens invoqués, et **son intérêt tient tout autant dans la solution adoptée que dans les conclusions contraires** de Marc de Pichon de Vendeuil. Ce dernier concluait en effet à admettre, comme l'avait fait la CAA de Marseille et contrairement au TA de Marseille, l'intérêt lésé. Il proposait de considérer que l'intérêt d'un concurrent potentiel à la réattribution d'une délégation de service public ne suffit pas, mais qu'il peut être admis s'il est démontré un *« lien existant entre l'intérêt lésé et la poursuite de l'exécution du contrat, puisque l'objet premier du recours Transmanche est de s'assurer de ce que le contrat peut continuer à être légalement exécuté. L'intérêt à agir peut alors s'appréhender à travers deux aspects : d'une part, au regard des conditions d'exécution du contrat – ce sera souvent là le terrain des requérants se prévalant de la qualité de riverains ou d'usagers d'un service public, qui pourront par exemple arguer que les modalités de mise en œuvre du contrat portent atteinte à leurs conditions d'existence ou aux intérêts qu'ils défendent – et, d'autre part, au regard des effets de l'exécution du contrat, qui peuvent eux-mêmes affecter gravement la situation des requérants – ce sera souvent plutôt là que des concurrents pourraient se prévaloir d'un intérêt suffisant »*.

Ce critère semblait bien correspondre à la jurisprudence ayant déjà appliqué l'arrêt Transmanche : pas d'intérêt lésé dans l'affaire Transmanche elle-même pour le tiers qui se prévalait d'une situation concurrentielle alors qu'il n'aurait même pas pu se porter candidat à la réattribution, lésion dans

l'impossibilité pour le candidat malheureux de pouvoir exercer son activité du fait de l'exécution du marché litigieux (CE, 30 novembre 2018, *GIE Groupement périphérique des huissiers de justice*, n° 416628, T. pp. 772-782-868, ccl. G. Pellissier) ou d'une société de production d'électricité pour contester le refus de résiliation d'un contrat de concession de gestion du réseau de distribution électrique pour un contrat particulièrement long (CE, 12 avril 2021, *Société Ile de Sein Energies*, n° 436663, B).

Appliquant ce critère à l'espèce, il estimait qu'il existait différents éléments « qui ne seraient certainement pas de nature, à eux seuls, à caractériser un intérêt pour agir, mais dont le cumul permet de témoigner qu'en l'espèce, la poursuite de l'exécution de la DSP a une incidence directe et suffisamment grave sur la situation de l'intéressée dont il est manifeste, au vu de l'historique du dossier, de son objet social, de son implantation et de la nature des activités, qu'elle a la vocation et les capacités à prendre en charge l'exploitation du site des carrières. Surtout, il ressort avec évidence des pièces du dossier que, vu la monoactivité de cette société, c'est sa pérennité, ou en tout cas l'essentiel de son activité, qui dépend de la poursuite du contrat » Et de rejeter l'argument selon lequel il serait de toute façon toujours loisible à la collectivité de reprendre en régie le service public jusqu'alors délégué.

En outre, il estimait bien fondé le moyen d'illégalité du refus de résilier retenu par la CAA : la prolongation par avenant de 5 ans de la durée DSP, *« qui correspondait à la moitié de la durée initiale, portait sur des domaines (la sécurisation du site, la réinstallation des réseaux et la création d'un nouvel accès chantier) qui paraissaient parfaitement prévisibles ab initio. Le pourvoi ne fait d'ailleurs état d'aucunes circonstances nouvelles intervenues entre 2010 et 2012 qui justifieraient des travaux supplémentaires alors, au contraire, que le procès-verbal d'état des lieux de sortie du 16 février 2011 mentionne le bon état de locaux »*. On ajoutera que, dans cette affaire, les protagonistes ont été condamnés pénalement pour ce même motif pour favoritisme, même s'il est vrai que le jugement du tribunal correctionnel est frappé d'appel et que le juge administratif n'est pas lié par une telle condamnation, quand bien même elle serait définitive.

Pourtant, le Conseil d'État juge, à propos de l'arrêt de la CAA, que : *« En statuant ainsi, alors que **ni la circonstance que la société ait exploité le site par le passé, ni la circonstance qu'elle pourrait se porter candidate à une éventuelle réattribution de la délégation au terme de celle actuellement en cours ne suffisent à justifier qu'elle serait susceptible d'être lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l'exécution de la convention**, la cour administrative d'appel a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis »*. La motivation est un peu décevante, car le rapporteur public ne disait pas autre chose et pourtant proposait d'admettre l'intérêt lésé pour d'autres raisons, citées plus haut. On doit donc déduire que ces raisons ne sont pas plus de nature à justifier d'un intérêt lésé, mais on a du mal à voir comment un concurrent potentiel pourrait donc, à l'avenir, prouver d'un intérêt lésé alors même qu'il pourrait mettre en avant d'autres éléments.

Conseil d'Etat, 9 novembre 2023, Société Transport tertiaire industrie, n° 469673, classé B : La notification au titulaire du marché d'un décompte général, même irrégulier, fait obstacle à l'établissement d'un décompte général et définitif tacite à l'initiative du titulaire et il appartient au juge du contrat de statuer sur les réclamations pécuniaires présentées par chacune des deux parties pour déterminer le solde de leurs obligations contractuelles respectives.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

L'arrêt est fiché au Lebon pour deux raisons. La première renvoie à la question de **savoir quelle procédure doit prévaloir lorsque le titulaire a successivement déclenché la procédure d'établissement du décompte général expresse et la procédure tacite**, cette dernière ayant été mise en place en 2014, mais reprise en substance en 2021, de sorte que la réponse donnée par le Conseil d'État vaut également pour le nouveau CCAG. Sans grande surprise, **le Conseil d'État privilégie la procédure de droit commun sur celle du DGD tacite** qui *« doit rester ce qu'elle est, c'est-à-dire une procédure exceptionnelle destinée à pallier l'inertie complète du maître d'ouvrage »* comme le dit le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil. Il avançait un argument textuel : l'article 13.4.4 du CCAG 2014 qui soumet la mise en œuvre de la procédure de DGD tacite à l'absence de notification au titulaire du décompte général sans faire référence à une condition de régularité de ce décompte.

Il estimait au surplus que le Conseil d'État a implicitement considéré que, bien qu'irrégulier, un décompte général du maître d'œuvre a une existence juridique et qu'il n'est pas dépourvu d'effet sur les relations entre les parties (CE 14 mai 2008, *Sté CSM Bessac*, n° 288622, T. pp. 814-817).

En conséquence, le seul envoi au titulaire du marché d'un projet de décompte par le maître d'œuvre, même irrégulier, est de nature à faire obstacle à la procédure de DGD tacite à partir de son propre projet de décompte général.

Au passage, le rapporteur public ajoutait que le Conseil d'État pouvait, par un *obiter dictum*, préciser que la cour n'avait pas non plus commis d'erreur de droit en jugeant qu'en rejetant la réclamation du titulaire, le pouvoir adjudicateur devait être regardé comme ayant régularisé le défaut de signature qui entachait son projet de décompte général. Mais le Conseil d'État n'a pas jugé utile d'émettre un tel obiter.

Le deuxième motif de fichage de l'arrêt tient à ce qu'**il appartient au juge du contrat de statuer sur les réclamations pécuniaires présentées par chacune des deux parties pour déterminer le solde de leurs obligations contractuelles respectives**. Pour comprendre ce qui peut paraitre comme une évidence, il faut savoir que le juge de première instance avait intégré, dans le calcul du solde, des pénalités de retard dont le versement n'avait pas été revendiqué par le défendeur, c'est-à-dire la personne publique. Le titulaire estimait ainsi que le juge avait statué ultra petita. Mais le rapporteur public convainc le Conseil d'État de rejeter l'argument au motif que ces pénalités de retard figuraient dans le décompte général et qu'elles étaient contestées par le titulaire donc non définitives de sorte que le juge devait donc bien se prononcer sur le décompte dans son ensemble.

Conseil d'Etat, 17 octobre 2023, n°465913, Commune de Viry-Châtillon ; n° 469071 – Syndicat intercommunal d'énergies du département de la Loire, classé B : La qualité de sous-traitant attribuée à un fournisseur dépend de la spécificité de la prestation et pas nécessairement de la pose ; la simple opposition d'un membre du groupement au paiement du sous-traitant suffit à fonder le refus du maître d'ouvrage du paiement direct.

► **Consulter le texte de la décision n° 465913.**
► **Consulter le texte de la décision n° 469071.**

Commentaire de la décision :

Un commentaire détaillé est désormais disponible dans la revue AJDA des éditions Dalloz :

► **François Lichère,« Solutions nouvelles sur la sous-traitance », note sous CE 17 octobre 2023, n° 469071, SIEL Territoire d'énergie Loire et n°465913, Commune de Viry-Châtillon, *AJDA*, 2024, p. 115.**

Brèves pour la période d'octobre à novembre 2023 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, avis contentieux, 14 novembre 2023, n°475648, *Société des grands travaux de l'océan indien et autres*

► **Consulter l'avis.**

Précisions sur le régime de confidentialité des éléments recueillis dans le cadre d'une médiation :

- demeurent confidentielles les seules constatations du médiateur et déclarations des parties, sauf accord entre les parties et exceptions prévues à l'article L. 213-2 du CJA. Elles ne peuvent être produites ou invoquées devant le juge administratif ;
- demeurent également confidentiels les documents retraçant les propositions, demandes ou prises de position des parties ou de l'expert nommé avant dire droit lorsque celui-ci se voit confier une mission de médiation ;
- en revanche, le CJA ne fait pas obstacle à ce que soient invoquées devant le juge administratif d'autres pièces établies ou produites dans le cadre de la médiation y compris celles émanant de tiers.

CE, 13 octobre 2023, n°463325, *société Razel-Bec*

► **Consulter la décision.**

Les ensembles modulaires aménagés sur un chantier entrent dans le champ de la taxe foncière sur les propriétés bâties. En outre, *« Ayant à bon droit jugé que les ensembles modulaires aménagés par la SEP Razel-Sobea-GTM entraient dans le champ de la taxe foncière sur les propriétés bâties, pour les motifs indiqués au point 4, c'est sans dénaturation, erreur de qualification juridique ou erreur de droit que le tribunal administratif en a déduit que les surfaces de stationnement annexées à ces installations, dont la nature de locaux à usage de bureaux au sens de l'article 231 ter du code général des impôts n'est pas contestée, entraient dans le champ de la taxe additionnelle sur les surfaces de stationnement prévue par l'article 1599 quater C du code général des impôts. D'autre part, si le tribunal administratif a indiqué à tort que la SEP Razel-Sobea-GTM était propriétaire de ces installations et avait donc à bon droit été assujettie à cette taxe, alors que ce sont les sociétés Razel-Bec et Chantiers Modernes Construction, en tant qu'associées de la SEP, dépourvue de personnalité morale, qui ont été imposées, cette erreur de plume, dès lors qu'il n'était pas contesté que ces sociétés étaient propriétaires des installations en cause, est sans incidence sur le bien-fondé du jugement rejetant la demande en décharge de cette taxe présentée par la société Chantiers Modernes Construction »*.

CE, 27 septembre 2023, n° 470331, *Société Autoroutes du Sud de la France*

► **Consulter la décision.**

Le recours contre l'avis de l'Autorité de régulation des transports portant sur l'avenant à un contrat de concession autoroutière est irrecevable faute pour cet avis de comporter un effet notable. En effet, *« si la société ASF soutient que l'avis rendu sur le dix-neuvième avenant en ce qu'il conclut à l'illégalité de cet avenant en raison de l'absence de consultation de l'ART et à l'existence de doutes sérieux sur la légalité de certaines de ses stipulations emporterait des effets notables, en particulier en ce qu'il affecterait sa situation ou celle d'autres sociétés concessionnaires d'autoroutes, elle ne produit à l'appui de ces allégations que des articles de presse faisant état de la position de l'ART, ne fournissant notamment aucun élément sur la dégradation actuelle ou probable de sa situation financière. La seule circonstance qu'un recours contentieux ait été introduit contre le décret et cet avenant est insusceptible à elle seule de constituer un effet notable »*.

CE, 31 octobre 2023, n°467237, *Société GTM Sud*

► **Consulter la décision.**

Précisions sur la saisine prématurée du tribunal administratif et sur le non-lieu à statuer en cas d'intervention ultérieure du décompte général : *« Pour l'application de l'article 50.22 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux, la mise en demeure d'établir le décompte général et définitif, adressée par l'entreprise au maître de l'ouvrage, constitue un mémoire en réclamation. En vertu de l'article 50.31 du même cahier, l'entrepreneur peut saisir le tribunal administratif si trois mois après sa réclamation aucune décision ne lui a été notifiée ou s'il n'accepte pas cette décision. La saisine prématurée du tribunal administratif est régularisable par l'intervention d'une décision de rejet avant que le tribunal n'ait statué. L'intervention du décompte général avant l'expiration du délai de trois mois entraine un non-lieu à statuer, alors même qu'antérieurement au jugement ce décompte a fait l'objet d'une réclamation qui a donné naissance à un litige distinct. En revanche, l'intervention du décompte général après l'expiration du délai de trois mois ne permet pas de prononcer le non-lieu à statuer, un tel document ne constituant pas un décompte général au sens des dispositions du cahier des clauses administratives générales »*.

CE, 31 octobre 2023, n°470264, *Société Ogoxi-Ogone*

► **Consulter la décision.**

Le Conseil d'État combine l'article R. 2151 1 du Code de la commande publique sur les délais de réception des offres en procédure adaptée avec l'article 5 de l'arrêté du 7 février 2007 pris en application de l'article R. 2-1 du code des postes et des communications électroniques fixant les modalités relatives au dépôt et à la distribution des envois postaux : *« Il résulte de ces dispositions que lorsque le destinataire du pli recommandé avec avis de réception le retire au bureau de poste durant le délai de mise en instance de quinze jours, la date de notification de ce pli est celle de son retrait. En cas de retour du pli à l'administration au terme du délai de mise en instance, la notification est réputée avoir été régulièrement accomplie à la date à laquelle ce pli a été présenté à l'adresse de l'intéressé, dès lors du moins qu'il résulte soit de mentions précises, claires et concordantes portées sur l'enveloppe, soit, à défaut, d'une attestation du service postal ou d'autres éléments de preuve, que le préposé a, conformément à la réglementation en vigueur, déposé un avis d'instance informant le*

destinataire que le pli était à sa disposition au bureau de poste. (…) En jugeant qu'il y avait lieu de se placer au jour de l'envoi aux candidats du pli recommandé avec avis de réception, contenant l'information du délai de remise des offres modifiées fixé par l'acheteur, pour apprécier le caractère suffisant de ce délai, alors que ce caractère doit s'apprécier en prenant en compte la date de notification de ce pli résultant de l'application des principes rappelés au point 4, la cour administrative d'appel de Toulouse a commis une erreur de droit ».

Cass. Com, 15 novembre 2023, arrêt n° 732 F-B

► **Consulter la décision.**

De la nécessité de vérifier que le précédent titulaire dispose d'un avantage indu du fait d'un logiciel :
« 9. Le fait pour un candidat à un marché de détenir une technologie adaptée aux besoins définis par l'acheteur ne constitue pas un avantage indu, dès lors qu'aucune solution spécifique n'est imposée par le pouvoir adjudicateur.
10. Pour annuler la décision de la SPL de développement touristique du Cotentin du 14 octobre 2021 portant attribution à la société Kalkin de son marché de services relatif à la fourniture, l'installation, la mise en service et la maintenance de bornes tactiles extérieures sur les sites et équipements de l'office du tourisme du Cotentin, et lui enjoindre, si elle entend conclure ce marché, de reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres en se conformant à ses obligations de mise en concurrence, le jugement, après avoir relevé que la SPL de développement touristique du Cotentin ne débat pas de la réalité des prestations intellectuelles, et donc de leur importance et de leur coût, auxquelles il appartiendrait au candidat retenu, quel qu'il soit, d'adapter une solution logicielle cartographique aux besoins de l'acheteur public, en déduit qu'elle ne conteste pas la nécessité de ces prestations intellectuelles.
11. Le jugement relève ensuite que le devis réalisé pour le premier marché relatif aux bornes tactiles intérieures comporte pour l'outil logiciel inclus dans ces bornes, une présentation en deux parties, la première, relative au coût de la mise à disposition de la licence « Kalkin tourisme » et de son adaptation aux besoins exprimés par l'acheteur public et la seconde, relative au coût unitaire de la « déclinaison de la licence initialement acquise par poste supplémentaire du territoire ».
12. Après avoir encore constaté que le montant de ces coûts, de même que ceux relatifs à l'offre présentée pour le marché contesté, n'était communiqué ni par la société Kalkin ni par la SPL de développement touristique du Cotentin, le jugement retient que, dans la mesure où celle-ci ne contestait pas la nécessité de prestations intellectuelles d'adaptation d'une solution logicielle cartographique au besoin de son utilisateur, il doit être jugé que l'attributaire a bénéficié d'un avantage concurrentiel en raison de son expérience passée.
13. En se déterminant ainsi, sans rechercher en quoi le seul fait pour la société déclarée attributaire d'avoir précédemment, à l'occasion d'un autre marché ayant pour objet d'autres prestations que celles recherchées, mis à disposition de l'acheteur une solution comportant un logiciel cartographique, dont l'élaboration relevait de ses seuls mérites, constituait un avantage indu faussant l'égalité entre les candidats de ce nouveau marché, le président du tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

L'essentiel du droit des contrats publics, décembre 2023, n° 3

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

Conseil d'Etat, avis 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108, classé B : Le recours Tarn-et-Garonne est ouvert à l'un des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaires. 2

Conseil d'Etat, 27 novembre 2023, n°462445, *SNCF Voyageurs*, classé B : Dans le cadre d'un recours Béziers 1 relatif à un litige d'exécution, il n'est pas permis au juge d'annuler le contrat et ce moyen est d'ordre public..... 3

Conseil d'Etat, 28 novembre 2023, n°468867, *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*, classé B : Le candidat irrégulièrement évincé doit avoir été le seul à disposer d'une chance sérieuse d'emporter le marché ou la concession pour être indemnisé du manque à gagner..... 5

Conseil d'Etat, Avis 14 novembre 2023, n° 475648, *Société Grands Travaux de l'Océan indien*, classé A : Seules les constatations du médiateur et les déclarations des parties recueillies au cours de la médiation sont confidentielles..... 7

CJUE, 23 novembre 2023, *EVN Business Service GmbH*, C-480/22 : Un marché passé par une centrale d'achat d'un autre Etat-membre est un marché transfrontalier ; les règles relatives au droit applicable valent aussi pour les juridictions compétentes. 9

Brèves pour la fin d'année 2023 : 11

Conseil d'Etat, avis 24 novembre 2023, *Association Imedi*, n° 474108, classé B : Le recours Tarn-et-Garonne est ouvert à l'un des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaires.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Un commentaire détaillé est désormais disponible dans la revue AJCT des éditions Dalloz :

► François Lichère, « Le recours Tarn-et-Garonne est ouvert à l'un des titulaires de l'accord-cadre multi-attributaires », note sous CE (Avis) 24 novembre 2023, n°474108, *AJCT*, 22 mars 2024 p. 171.

Conseil d'Etat, 27 novembre 2023, n°462445*, SNCF Voyageurs*, classé B : Dans le cadre d'un recours Béziers 1 relatif à un litige d'exécution, il n'est pas permis au juge d'annuler le contrat et ce moyen est d'ordre public.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

On se souvient que le recours Béziers 1 comporte en réalité deux volets bien distincts. Soit une partie invoque directement l'invalidité du contrat, qui peut éventuellement déboucher sur une annulation de celui-ci pour les vices les plus graves, soit une partie soulève l'exception d'illégalité à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution du contrat. La formule retenue alors, d'ailleurs rappelée dans l'arrêt commenté, est assez claire : « *D'autre part, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel* ». Autrement dit, **lorsque les parties ont entendu d'abord se placer sur un terrain contractuel avant qu'une des parties n'invoque l'illégalité du contrat, le juge tend à privilégier le terrain contractuel**. **Et s'il se place finalement sur le terrain extra contractuel, ce n'est que pour « écarter » le contrat pour la résolution du litige et non l'annuler. Le contrat subsiste donc, pour peu en tout cas qu'il ne soit pas complétement exécuté.**

C'est pour avoir oublié ce détail que la Cour administrative d'appel de Marseille est sanctionnée car, bizarrement, elle a cru pouvoir annuler le contrat ou du moins ne pas sanctionner le tribunal administratif de l'avoir fait. Il est vrai que le fait qu'il soit complétement exécuté n'est pas un obstacle à une annulation (cf. CE, 15 mars 2019, Société anonyme gardéenne d'économie mixte, n° 413584, A, et CE 10 juillet 2020, Société Lacroix signalisation, n°420045, A) mais encore une fois, c'est à condition que le requérant ait demandé l'annulation *ab initio*, c'est-à-dire qu'il se soit placé sur le terrain du recours en contestation de validité du contrat et non, comme en l'espèce, que l'invalidité soit soulevée au cours d'un litige portant sur l'exécution. Or, comme l'explique le rapporteur public Clément Malverti, « *Offrir au juge de l'exécution la possibilité d'annuler d'office le contrat reviendrait donc en quelque sorte à renouer avec l'idée selon laquelle la nullité d'un contrat est un état préexistant de l'acte contractuel, que le juge se borne à constater, alors que dans le monde Béziers I, c'est l'irrégularité qui constitue une propriété du contrat, laquelle ne peut être sanctionnée par l'annulation du contrat qu'à certaines conditions et au terme d'une action spécifique. D'autre part, permettre au juge saisi d'un contentieux de l'exécution du contrat de prononcer d'office son annulation reviendrait à confondre les deux types d'action que votre décision Béziers a pris soin de distinguer et les finalités qu'elles poursuivent* ».

Peut-être la Cour était-elle influencée par l'irrégularité en question, relative au non-respect des règles de notification préalable d'une aide d'Etat, s'agissant d'une compensation insuffisamment précise pour rentrer dans l'exception « Altmark ». Il n'empêche, elle ne pouvait aller au-delà de ce qu'avait prescrit le Conseil d'Etat.

Se posait ensuite la **question de savoir si le fait, pour la Cour, de n'avoir pas annulé le jugement du tribunal sur ce point était un moyen d'ordre public**. Les conclusions expliquent très clairement les enjeux : soit on considérait que le juge de 1ere instance avait statué *ultra petita*, soit qu'il avait

méconnu son office. Dans le premier cas, il ne s'agit pas d'un moyen d'ordre public (CE, sect., 13 octobre 1961, Ville de Marseille, n° 13265, p. 567, CE, 2 mars 1990, Deplus, n° 79932, p. 54) contrairement au second. Dans cette dernière hypothèse, le rapporteur public range les cas « *où le juge aggrave en appel une sanction alors qu'il est saisi du seul recours de la personne sanctionnée, ne se prononce pas sur le bien-fondé des demandes dont il est saisi en se déchargeant sur une autre autorité, s'est cru à tort saisi d'un recours de plein contentieux alors qu'il était saisi d'un REP, omet de relever un non-lieu* ».

Après hésitation, il conclut être en présence d'**une méconnaissance de l'office du juge** car le recours Béziers I est dans son ensemble un recours relatif à l'office du juge. Du reste, dans un arrêt Conseil National des barreaux du 9 juin 2021, il a été jugé par le Conseil d'Etat que, saisi par un tiers de conclusions en contestation de la validité du contrat, le juge du contrat dispose de l'ensemble des pouvoirs qu'il tient de son office, notamment celui d'annuler le contrat, alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat (n°438047) et il est vrai qu'il était saisi d'un recours en contestation de validité. Il ajoute un argument plus pragmatique : « *Or, en l'espèce, nous sommes d'avis que l'erreur commise par le TA, dans la mesure où elle a pour effet, on l'a assez dit, de bouleverser les équilibres subtils du contentieux contractuel, est bien trop grave pour que sa correction soit laissée entre les seules mains des parties* ».

Le Conseil d'Etat suit donc son rapporteur public, soulignant bien les différences entre Béziers I premier volet – recours en contestation de validité - et Béziers I deuxième volet – exception d'illégalité du contrat soulevée à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution.

Conseil d'Etat, 28 novembre 2023, n°468867, *Commune de Saint-Cyr-sur-Mer*, classé B : Le candidat irrégulièrement évincé doit avoir été le seul à disposer d'une chance sérieuse d'emporter le marché ou la concession pour être indemnisé du manque à gagner.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Les irrégularités de la passation des marchés ou des concessions peuvent donner lieu, en France, à de nombreux recours, au rang desquels on ne saurait oublier **le recours indemnitaire, jusqu'alors assez généreux**. En effet, alors que d'autres pays n'indemnisent que les frais de candidature (voir Fairgrieve D. and Lichère F., *Public Procurement Law: Damages as an Effective Remedy*, Hart, 2011), la jurisprudence administrative indemnise non seulement ces frais, si le candidat irrégulièrement évincé *« n'était pas dépourvu de toute chance d'emporter* » le contrat, mais il va jusqu'à indemniser le manque à gagner s'il « *disposait d'une chance sérieuse d'emporter le marché* » (CE, Section, 13 mai 1970, Monti, n° 74601, p. 322 ; CE, 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP, n° 249630, T. pp. 865-909 ; CE, 8 février 2010, Commune de La Rochelle, n° 314075, p. 14). L'analyse de la jurisprudence passée pouvait laisser croire que la notion de chance sérieuse n'impliquait pas forcément qu'il était le seul à devoir emporter le contrat, si l'irrégularité n'était pas survenue. Le rapporteur public Bertrand Dacosta, dans ses conclusions sur l'affaire *Commune de la Rochelle*, estimait même qu'il suffisait qu'il dispose de plus de 50 % de chance d'emporter le contrat pour avoir une indemnisation intégrale du manque à gagner (contrairement à d'autres domaines comme les dommages hospitaliers où le préjudice est indemnisé en proportion de la perte de chance sérieuse).

Mais **ce n'est pas l'approche que retient finalement le Conseil d'Etat** dans l'affaire ici commentée. Le Conseil d'Etat affirme que:

Pour juger que la société La Royale Plage avait droit à être indemnisée de son manque à gagner causé par son éviction irrégulière du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur la seule circonstance qu'il ne résultait pas de l'instruction que l'offre finale de cette société aurait eu une valeur inférieure à celles des trois autres candidats admis à négocier. En statuant ainsi, alors qu'il lui revenait d'apprécier si, en l'absence de faute de la commune, la société La Royale Plage aurait eu des chances sérieuses d'emporter le contrat au contraire de tous les autres candidats, la cour a commis une erreur de droit ».

Il est vrai que **le raisonnement de la Cour conduisait à admettre qu'il y aurait pu y avoir 4 candidats indemnisables du manque à gagner, ce qui fait beaucoup…** Mais on peut se demander s'il ne peut y avoir des situations où il y a une certaine subjectivité et que le seul fait qu'un autre candidat que celui qui demande à être indemnisé aurait pu remporter le contrat n'exclut pas pour autant le droit à indemnité. En tout cas **il y a un resserrement de la possibilité d'être indemnisé et c'est certainement pour cela que l'arrêt est classé B.**

Le motif d'irrégularité avancé par le requérant, non évoqué dans l'arrêt mais longuement dans les conclusions, mérite un détour, s'agissant du degré d'information des élus sur les motifs de choix du délégataire proposé par l'exécutif territorial. Pour le rapporteur public,

« *nous pensons que si l'article L. 1411-5 du CGCT impose à l'exécutif territorial d'apporter à l'assemblée délibérante une information suffisante sur le dernier état des offres remises par les candidats, de façon que celle-ci puisse porter sur ces offres une appréciation comparative, cette information peut en revanche être apportée par tout moyen et ne suppose pas que l'exécutif transmette systématiquement à l'assemblée l'exposé des raisons pour lesquelles les offres des candidats non retenus ont été écartées. C'est à cet égard que nous pensons que la cour a été trop rigoriste : en se fondant sur la seule circonstance que le rapport présenté par le maire de Saint-Cyr-sur-Mer ne comportait pas de comparaison entre l'offre sélectionnée et les propositions des autres candidats, elle a bien commis l'erreur de droit que le pourvoi lui reproche. Si vous nous suivez, vous annulerez, pour ce motif, son arrêt et il lui appartiendra, après renvoi de l'affaire, d'examiner, sans faire preuve de l'automatisme que vous aurez censuré, si l'information des conseillers municipaux sur les offres a été ou pas, en l'espèce, suffisante. Nous ne sommes en effet pas certains, même dans le cadre du raisonnement moins pointilleux que nous vous avons proposé, que cela ait bien été le cas* ».

Au final, le Conseil d'Etat se contente d'annuler sur le motif lié à l'absence de lien de causalité entre le préjudice et la faute.

Conseil d'Etat, Avis 14 novembre 2023, n° 475648, *Société Grands Travaux de l'Océan indien*, classé A : Seules les constatations du médiateur et les déclarations des parties recueillies au cours de la médiation sont confidentielles.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Dans le cadre d'un des contentieux en cours de la Nouvelle route du littoral (La Réunion), un des titulaires a souhaité produire devant le juge des éléments ayant déjà été produits devant le médiateur.

Deux logiques s'affrontent ici : **celle, a priori implacable du texte du Code de justice administrative**, lequel **définit la médiation de manière très large** comme « *tout processus structuré, quelle qu'en soit la dénomination, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers, le médiateur, choisi par elles ou désigné, avec leur accord, par la juridiction* » (L. 213-1) et surtout **la soumet au principe de confidentialité** : l'article L. 213-2 dispose que « s*auf accord contraire des parties, la médiation est soumise au principe de confidentialité. Les constatations du médiateur et les déclarations recueillies au cours de la médiation ne peuvent être (…) invoquées ou produites dans le cadre d'une instance juridictionnelle (…) sans l'accord des parties* ».

L'autre logique résulte de la jurisprudence administrative qui s'est, jusqu'à présent, montrée très peu formaliste quant au mode d'obtention d'une preuve : ainsi, elle admet la validité d'une pièce obtenue en violation d'un secret protégé par la loi (CE 2 octobre 2017, M. Solana, n° 399753, p. 443).

L'avis contentieux revenait à se prononcer sur la notion de « *constatations du médiateur et déclarations des parties recueillies au cours de la médiation* ». Le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil penchait pour une approche étendue du principe de confidentialité et donc une définition large de cette notion. Il indiquait ainsi ne pas vouloir isoler les documents ne comportant que « des données factuelles ou techniques ». Pour le rapporteur public, « *si la distinction est séduisante intellectuellement, elle nous paraît assez largement impraticable et pourrait au contraire donner lieu à des litiges inutiles quant à ce qui est factuel et ce qui ne l'est pas. Il nous paraît plus sage, pour assurer le développement de la médiation, de poser une règle simple qui garantisse aux parties qu'il n'y aura pas de « saucissonnage » du principe de confidentialité, ce qui sera de nature à renforcer leur confiance et leur engagement dans ce type de processus* ». Reprenant une définition d'un commentateur d'un arrêt de la Cour de cassation, il proposait de dire que « *ce qui est couvert par la confidentialité, c'est ce qui est 'issu' de la procédure de médiation et non les documents sur le fond qui seraient produits au cours des réunions mais qui ne trouvent pas leur origine dans la médiation elle-même et son déroulement* ».

Le **Conseil d'Etat adopte une conception plus stricte de la confidentialité** en excluant de celle-ci plusieurs éléments :

« L*es dispositions de l'article L. 213-2 ne font pas obstacle à ce que soient invoqués ou produits devant le juge administratif d'autres documents, émanant notamment de tiers, alors même qu'ils auraient été établis ou produits dans le cadre de la médiation. Tel est en particulier le cas pour des documents procédant à des constatations factuelles ou à des analyses techniques établis par un tiers expert à la demande du médiateur ou à l'initiative des parties dans le cadre de la médiation, dans toute la*

mesure où ces documents ne font pas état des positions avancées par le médiateur ou les parties en vue de la résolution du litige dans le cadre de la médiation ».

On le voit, le « notamment émanant de tiers » n'exclut pas des **documents émanant des parties et surtout des documents peuvent être produits devant le juge alors qu'ils ont pu émaner de la médiation**. Il est vrai qu'ils seraient contre productifs de ne pas produire des expertises devant le juge et de devoir refaire une expertise déjà établie dans le cadre de la médiation. Il reste que **la distinction entre constations factuelles ou analyses techniques et prises de position sera difficile à établir tant cela reste entremêlé en pratique.**

Enfin, le Conseil d'Etat étend la confidentialité au cas où le juge administratif ordonne avant dire droit une expertise et où l'expert se voit confier une mission de médiation : doivent demeurer confidentiels les documents retraçant les propositions, demandes ou prises de position de l'expert ou des parties, formulées dans le cadre de la mission de médiation en vue de la résolution amiable du litige.

CJUE, 23 novembre 2023, *EVN Business Service GmbH*, C-480/22 : Un marché passé par une centrale d'achat d'un autre Etat-membre est un marché transfrontalier ; les règles relatives au droit applicable valent aussi pour les juridictions compétentes.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Cet arrêt rendu sur questions préjudicielles d'une juridiction autrichienne apporte **deux éléments de réponse qui intéresseront les centrales d'achats** de manière générale, même si le contexte concernait des entités adjudicatrices. On était en présence d'un accord-cadre lancé en vue de l'exécution de travaux de pose d'installations électriques ainsi que de travaux de construction et démolition y afférents, par une centrale d'achat autrichienne pour le compte d'une entité adjudicatrice bulgare, sachant que les deux étaient détenus par le land de Basse-Autriche. Deux sociétés bulgares évincées ont saisi un tribunal autrichien qui s'est déclaré incompétent, tout comme l'autorité bulgare de contrôle des marchés publics.

La première réponse de la CJUE est relative à la manière d'interpréter la directive 2014/25 quant à la notion de marché transfrontalier. La juridiction de renvoi demandait si l'article 57, paragraphe 3, de la directive 2014/25 doit être interprété en ce sens qu'une activité d'achat centralisée, dans le cadre de la passation conjointe de marchés par des entités adjudicatrices de différents États membres, est effectuée par une centrale d'achat « située dans un autre État membre » lorsque l'entité adjudicatrice, indépendamment du contrôle exercé sur celle-ci par un organisme de droit public de l'État membre du siège de la centrale d'achat, a son siège dans un État membre autre que celui du siège de la centrale d'achat.

Pour y répondre, la Cour de justice estime que:

« Nonobstant la circonstance que la directive 2014/25 utilise ainsi, aux fins de déterminer le rattachement d'une entité adjudicatrice à un État membre, des expressions parfois différentes, y compris dans ses diverses versions linguistiques, il n'en reste pas moins que ces expressions laissent entendre que le critère de rattachement retenu par le législateur de l'Union est de nature territoriale, ce qui correspond d'ailleurs à la règle générale, qui ressort, en substance, de l'article 57, paragraphe 1, second alinéa, de cette directive, selon laquelle toute entité adjudicatrice est censée respecter les règles en vigueur dans l'État membre où elle est établie ».

Elle s'appuie donc sur la règle générale et ne tient pas compte du critère de la détention réelle de la centrale d'achat. On est donc en présence d'un marché transfrontalier.

La deuxième question était relative à la compétence territoriale de la juridiction. La directive 2024/25 a voulu régler la question du droit applicable en disposant, en son article 57 § 3 que:

« Les *activités d'achat centralisées sont fournies par une centrale d'achat située dans un autre État membre conformément aux dispositions nationales de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat.*

Les dispositions nationales de l'État membre dans lequel est située la centrale d'achat s'appliquent également :

a) à la passation d'un marché en vertu d'un système d'acquisition dynamique ;

b) à la remise en concurrence en application d'un accord-cadre. »

La CJUE décide d'étendre ces règles de fond à la question des juridictions compétentes en s'appuyant explicitement sur les deux considérants de la Directive et juge, par une interprétation particulièrement constructive, que: *« Il ressort de ces considérants que le législateur de l'Union a entendu non seulement déterminer le droit matériel s'appliquant aux marchés transnationaux et aux centrales d'achat mais également le droit relatif aux procédures de recours auxquelles ces marchés et ces activités sont susceptibles de donner lieu* ».

Est ainsi confirmé **l'importance, aux yeux de la Cour, des considérants des directives dans le silence des dispositions des directives elles-mêmes**.

Brèves pour la fin d'année 2023 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 28 novembre 2023, n° 468865, Commune de Saint-Cyr-sur-mer c/ Société Gato, classé B

► **Consulter la décision**

La perte de la personnalité morale d'une société en cours d'instance ne prive pas d'objet sa requête

Pour le Conseil d'Etat, l'article L. 237-2 du code de commerce, aux termes duquel la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation, jusqu'à la clôture de celle-ci, ne fait pas obstacle à ce que, même après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif par l'effet d'un jugement de liquidation judiciaire, une société demande la désignation par le tribunal de commerce d'un mandataire ad hoc à l'effet de la représenter pour engager ou poursuivre en son nom des actions devant les juridictions. Il appartient ainsi au juge soit d'y statuer dès lors que l'affaire est en l'état d'être jugée à la date à laquelle il est informée de cette perte, soit de surseoir à statuer pour permettre à la société de demander au tribunal de commerce la désignation d'un administrateur ad hoc pour la représenter dans l'instance.

CE, 24 novembre 2023, n°473696, *SIPPEREC*

► **Consulter la décision**

Le juge du référé n'a pas commis d'erreur de droit en rejetant la demande d'annulation de la modification unilatérale de clauses du contrat de distribution électrique

« *Pour contester l'appréciation portée par l'auteur de l'ordonnance attaquée selon laquelle les clauses modifiées ne méconnaissent pas les règles rappelées au point 5, le ministre de l'intérieur et des outre-mer et la société Enedis se bornent à soutenir que ces clauses ne sont pas identiques à celles que la cour administrative d'appel de Nancy a jugées illégales par un arrêt du 8 décembre 2020. Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris, qui a suffisamment motivé son ordonnance sur ce point, aurait dénaturé les faits et pièces du dossier ou commis une erreur de droit en jugeant que le moyen tiré de l'illégalité des clauses modifiées ne paraissait pas propre à créer un doute sérieux quant à la légalité des délibérations contestées. En second lieu, en estimant que les moyen tirés, d'une part, de l'indivisibilité des clauses litigieuses, notamment au regard de leur portée dans l'équilibre du contrat et, d'autre part, de ce que la décision par laquelle l'autorité concédante modifie unilatéralement un contrat pour remédier à une irrégularité méconnaitrait le principe de loyauté des relations contractuelles, n'étaient pas de nature à créer un doute sérieux sur la licéité des délibérations contestées, le juge des référés de la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier* ».

CE, 24 novembre 2023, n°476301, Communauté d'agglomération Morlaix communauté

► **Consulter la décision**

Le pouvoir adjudicateur a pu régulièrement rectifier une offre qui ne comportait pas le taux de TVA applicable et a pu justifier de ne pas allotir la location de caissons de déchetterie alors même qu'un candidat en était propriétaire

« *9. Il résulte de l'instruction que la procédure d'appel d'offre passée par la communauté d'agglomération Morlaix communauté portait sur la location, l'enlèvement, le transport et le vidage des caissons de déchetterie de ses 26 communes membres. Si la société Guyot Environnement soutient que la communauté d'agglomération aurait méconnu les dispositions citées au point précédent en ne prévoyant pas d'attribuer les prestations de location des caissons en un lot distinct, celle-ci fait valoir qu'elle est propriétaire des caissons de déchetterie et qu'elle n'est susceptible de demander au titulaire de fournir des caissons de remplacement que de manière ponctuelle afin de faire face à des pics d'activité et d'assurer la continuité du service. La communauté d'agglomération Morlaix Communauté, qui justifie ainsi que l'allotissement du marché aurait pu être de nature à rendre techniquement plus difficile l'exécution des prestations prévues au contrat, ne peut être regardée comme ayant manqué à ses obligations de mise en concurrence en recourant à un marché global. La société Guyot environnement n'est pas davantage fondée à soutenir qu'elle n'aurait pas suffisamment défini son besoin sur ce point* ».

CAA Paris, 29 sept. 2023, n° 21PA04609-21PA04610, Sté Etanchisol

► **Consulter la décision**

Des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ne sont pas à la charge du maître de l'ouvrage car imputables à d'autres intervenants à l'opération de travaux publics

CAA Marseille, 25 sept. 2023, n° 22MA00005, Sté Lelièvre Recyclage

► **Consulter la décision**

Un simple devis signé est constitutif d'un contrat

« Eu égard à son contenu, le devis signé par le maire (…) a le caractère d'un contrat ». En confiant la réalisation des prestations objet du devis à une entreprise tierce, la commune doit « *être regardée comme ayant implicitement résilié le contrat précédemment conclu* » avec la requérante qui est donc « *fondée à demander à la commune (…) le versement d'une indemnité correspondant au montant de son manque à gagner* » en l'absence de faute de sa part.

CAA Paris, 28 sept. 2023, n° 22PA05383

► **Consulter la décision**

Absence de caractère excessif du montant de la redevance domaniale

« *8. En troisième lieu, la société soutient que les titres contestés seraient fondés sur une délibération du 14 décembre 2016 illégale du fait du caractère excessif des droits de voirie, lequel serait démontré par la forte augmentation des tarifs décidée en 2016 par rapport aux tarifs institués en 2012, et du caractère disproportionné de la somme demandée par rapport aux avantages procurés par l'occupation du domaine public, ce qui correspondrait à une surfacturation. Outre que la première branche du moyen n'est pas assortie de précisions suffisantes pour en apprécier la portée, la seule augmentation des tarifs n'étant au demeurant pas, en elle-même de nature, à démontrer le caractère excessif des tarifs fixés par la délibération de 2016, la seconde branche se borne à faire état de ce que les sommes demandées représentent 8,2 % du montant du chantier et 2,4 fois son bénéfice de 2020 et n'est ainsi pas de nature à établir la disproportion alléguée, précision étant faite que les premiers juges n'étaient pas tenus, compte tenu du caractère insuffisamment étayé des écritures de la société, de faire usage de leurs pouvoirs d'instruction* ».

L'essentiel du droit des contrats publics, janvier-février 2024, n° 4

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 29 décembre 2023, n°488288, Société Pacific Mobile Télécom, classé B : Les principes constitutionnels de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats s'opposent à une loi de pays qui apporte une dérogation générale aux règles de publicité et de mise en concurrence pour la distribution d'électricité. 2

CJUE, 7 décembre 2023, aff. C-441/22, Zamestnik-ministar, et C-443/22, Obshtina Balchik : La modification d'un contrat consistant en un allongement des délais d'exécution est substantielle, ne passe pas forcément par un acte formel et un pouvoir adjudicateur diligent doit inclure des clauses de réexamen pour des causes de suspension prévisibles..... 4

CJUE, 21 décembre 2023, C-66/22, Infraestruturas de Portugal SA : La décision d'exclure ou de ne pas exclure un candidat au regard de sa fiabilité doit être motivée..... 5

CE, 22 décembre 2023, n°472699, Office public de l'habitat Domanys, classé B : Le devoir de conseil du maître d'œuvre s'étend à toute non-conformité de l'ouvrage aux stipulations contractuelles, aux règles de l'art et aux normes qui lui sont applicables. 7

Cass., Civ. 3eme, 26 octobre 2023, n°22-19.444 : Une promesse de vente d'un terrain appartenant au domaine privé d'une commune, assortie de l'engagement des acquéreurs de construire plusieurs logements en mixité sociale, ainsi que la livraison à la commune, à titre de paiement partiel du prix de vente des terrains, d'un local brut et de places de stationnement n'est pas un marché de travaux. 8

Brèves pour les mois de janvier et février 2024 :..... 10

CE, 29 décembre 2023, n°488288, Société Pacific Mobile Télécom, classé B : Les principes constitutionnels de libre accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats s'opposent à une loi de pays qui apporte une dérogation générale aux règles de publicité et de mise en concurrence pour la distribution d'électricité.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Il n'est pas courant que le juge administratif – ou même le juge constitutionnel – fasse appel aux principes constitutionnels de transparence et d'égalité des candidats à la commande publique et qu'en outre cela débouche sur une censure. Cela peut s'expliquer par la rareté des lois touchant au droit de la commande publique, encore que le législateur soit intervenu récemment avec la loi industrie verte comme il a été vu précédemment.

L'espèce concernait une loi de pays du 7 décembre 2009 relative au cadre réglementaire des délégations de service public de la Polynésie dont les dispositions des articles LP. 1er à LP. 27 fixent notamment les règles de publicité et de mise en concurrence des délégations de service public mais dont l'article 28 prévoyait qu'elles ne s'appliquent pas lorsqu'un établissement public confie la gestion d'un service public dont il a la responsabilité à une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce, c'est à dire une société dont il possède plus de la moitié du capital.

Saisi conformément aux dispositions spécifiques de l'article 179 de la loi organique du 27 février 2004, le Conseil d'Etat censure cette dérogation générale comme contraire aux principes mentionnés plus haut, dont il nous dit qu'ils sont rappelés par ladite loi organique, ce qui signifie implicitement qu'il fait application de principes constitutionnels. La motivation de l'arrêt est assez conséquente, avec en particulier une mention du moyen mis en avant par la Polynésie française pour justifier cette dérogation : « La Polynésie française fait valoir que cette dérogation se justifie par la configuration particulière du territoire, qui, selon elle, nécessiterait que les établissements publics polynésiens gardent la maîtrise, par l'intermédiaire de leurs filiales, des services publics assurant l'« interconnexion » entre les îles de l'archipel et rendrait la gestion de ces services publics insuffisamment rentable pour des opérateurs privés. Toutefois, de telles affirmations très générales, et au demeurant peu étayées, ne sont pas de nature à établir que, par les spécificités de leur statut, seules les filiales des établissements publics pourraient assurer la gestion déléguée des services publics dont ces derniers ont la charge, quelle que soit l'activité en cause. Par suite, en dispensant par principe de toute obligation de publicité et de mise en concurrence la conclusion des délégations de service public entre les établissements publics de la Polynésie française et leurs filiales, les dispositions litigieuses méconnaissent les exigences constitutionnelles de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, rappelées à l'article 28-1 de la loi organique du 27 février 2004 ».

La rapporteure publique allait plus loin en rappelant un précédent constitutionnel. L'article 41 de la loi Sapin du 29 janvier 1993 excluaient de la mise en concurrence les sociétés d'économie mixte et cette exclusion avait été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 janvier 1993, au motif elles méconnaissaient le principe d'égalité faute de pouvoir « se justifier ni par les caractéristiques spécifiques du statut des sociétés en cause, ni par la nature de leurs activités, ni par les difficultés éventuelles dans l'application de la loi propres à contrarier les buts d'intérêt général

que le législateur a entendu poursuivre ».
On relèvera que la rapporteure publique passe sous silence le passage où le Conseil constitutionnel admettait la constitutionnalité de certaines dérogations : « Considérant que des entreprises détenant légalement un monopole pour l'ensemble des activités correspondant aux délégations en cause ou des établissements publics qui par nature relèvent directement et exclusivement de l'État ou des collectivités territoriales sont dans des situations différentes des autres organismes susceptibles d'obtenir des délégations de service public au regard des objectifs de transparence et de concurrence poursuivis par la loi ; que, dès lors, leur exclusion du champ d'application des dispositions de la loi relatives aux délégations de service public n'est pas contraire à la Constitution » ;

Autrement dit, il peut exister des hypothèses où de telles dérogations pourraient être admises mais tel n’était pas le cas à l’époque pour les SEM, pas plus que dans le cas polynésien étudié ici.

Toutefois, ces dérogations ne peuvent trouver vocation à s’appliquer que si l’on est en dehors du champ d’application des directives, ce qui était le cas en 1993 pour les concessions (sauf pour les concessions de travaux déjà soumises à des mesures de publicité au-delà d’un certain seuil) et ce qui est le cas dans notre affaire puisque la Polynésie n’est pas soumise en droit européen.

La rapporteure publique ajoute toutefois que rien n’interdit à la Polynésie française de s’inspirer du « in house », ce que le Conseil d’Etat se garde bien de confirmer. Il serait donc intéressant de voir si une telle dérogation d’origine européenne pourrait trouver grâce aux yeux du Conseil d’Etat dans un pur cadre constitutionnel.
Au final, la solution dépasse le cadre polynésien puisque ces principes constitutionnels ont vocation à s’appliquer à toute loi et l’approche assez stricte de leur application, quoiqu’à nos yeux justifiée, pourrait être invoquée dans le cadre d’un QPC par exemple.

CJUE, 7 décembre 2023, aff. C-441/22, Zamestnik-ministar, et C-443/22, Obshtina Balchik : La modification d'un contrat consistant en un allongement des délais d'exécution est substantielle, ne passe pas forcément par un acte formel et un pouvoir adjudicateur diligent doit inclure des clauses de réexamen pour des causes de suspension prévisibles.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Un commentaire est désormais disponible à l'AJDA des éditions Dalloz :

► **François Lichère, « Du nouveau sur le plan européen sur la modification des marchés publics », note sous CJUE 7 décembre 2023, C-441/22, Zamestnik-ministar c/ Obshtina Razgrad et C-443/22, Zamestnik-ministar c/ Obshtina Balchik, *AJDA*, 2024, p. 620.**

CJUE, 21 décembre 2023, C-66/22, Infraestruturas de Portugal SA : La décision d'exclure ou de ne pas exclure un candidat au regard de sa fiabilité doit être motivée.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

L'arrêt commenté va en réalité bien au-delà de ce qui est énoncé en exergue, même si la portée des autres solutions identifiées par la Cour est sans doute moindre.

Son premier apport consiste à affirmer que les motifs d'exclusion incluent « l'intégrité et la fiabilité qui sont susceptibles d'être mises en doute non seulement en cas de participation d'un tel opérateur à des comportements anticoncurrentiels dans le cadre de cette procédure mais également en cas de participation de cet opérateur à de tels comportements antérieurs ». Or, la Cour vise, par la référence à l'article 57.4, 1er alinée, tous les motifs d'exclusion laissés « à l'appréciation » de l'autorité contractante » comme le dit le Code de la commande publique. Cela semble vouloir dire que ce qui ressortait du cas de la mauvaise exécution d'un précédent contrat de la commande publique, dont la rédaction impliquait bien que n'était pas visé que le marché en cause, vaut pour tous les motifs d'exclusion facultatifs. On se demande si la Cour réalise bien la portée de ce qu'elle a écrit.

Le 2eme apport est de poser qu'une réglementation qui lie l'appréciation de l'intégrité et de la fiabilité des soumissionnaires aux conclusions d'une décision de l'autorité nationale de la concurrence « porte atteinte au pouvoir d'appréciation dont doit jouir le pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2014/24 ». Certes, tel n'est pas le cas en droit français mais une des recommandations de la Chaire de droit des contrats publics dans son rapport sur « prévention de la corruption et contrats publics » était justement de confier l'appréciation de la réhabilitation à une autorité nationale. Il est vrai qu'était ici visé un cas d'exclusion automatique, aussi la portée de la solution de la Cour de justice ne s'étend pas, a priori, à une telle hypothèse.

Le 3eme apport de l'arrêt est donc l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de motiver sa décision sur la fiabilité d'un opérateur économique. La source de cette obligation, nous dit la Cour, ne réside pas dans la charte des droits fondamentaux, dont l'article 41, paragraphe 2, sous c), concerne exclusivement l'obligation de motiver les décisions qui s'impose aux « institutions, organes et organismes de l'Union ». En revanche, « le pouvoir adjudicateur doit se conformer au principe général du droit de l'Union relatif à une bonne administration, lequel emporte des exigences qu'il appartient aux États membres de respecter lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union ». Ainsi en va-t-il de l'obligation de motivation des motifs d'exclusion. A cet égard, il faut considérer comme surabondant la référence à l'article 55, paragraphe 2, sous b), de la directive 2014/24, qui dispose qu'à la demande du soumissionnaire concerné, les pouvoirs adjudicateurs communiquent, dans les meilleurs délais et au plus tard quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, les motifs du rejet de son offre. Or là il est est question de rejeter un candidat.

Par obligation de motivation, la cour semble en effet viser une motivation spontanée, i.e. pas sur demande. En outre, cette obligation s'étend à la décision d'écarter un candidat comme à celle de ne pas l'écarter, du moins lorsque la raison de ne pas écarter est liée au caractère disproportionné de la mesure. Il y a une limite à la motivation spontanée dans le cas de l'admission d'un candidat puisque la Cour indique :

« Lorsque (comme c'est le cas en l'espèce) l'un des concurrents fait valoir qu'un autre opérateur tombe sous le coup d'un motif d'exclusion au titre de l'article 57, paragraphe 4, sous d), de la directive 2014/24, le pouvoir adjudicateur doit expliquer concrètement pour quelle raison il considère que ce candidat est fiable. La motivation doit, le cas échéant, s'étendre à l'évaluation des mesures correctrices que le soumissionnaire sanctionné a invoquées. »

Il n'en demeure pas moins que l'obligation de motivation vaut pour le cas de l'admission d'un candidat et non seulement pour le cas d'un rejet d'un candidat.

Léger assouplissement à cette obligation, le réceptacle de cette motivation peut consister en la décision finale d'attribution du marché au soumissionnaire retenu.

CE, 22 décembre 2023, n°472699, Office public de l'habitat Domanys, classé B : Le devoir de conseil du maître d'œuvre s'étend à toute non-conformité de l'ouvrage aux stipulations contractuelles, aux règles de l'art et aux normes qui lui sont applicables.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le devoir de conseil dont il est question dans l'affaire en cause concerne le moment de la réception de l'ouvrage mais la solution adoptée par le Conseil d'Etat l'étend à toute non-conformité à l'ensemble des aux normes applicables. Le contexte était le suivant : postérieurement à la réception des travaux, le directeur départemental des territoires de l'Yonne a mis en demeure l'OPH Domanys, maître de l'ouvrage, de mettre les logements en conformité aux normes portant sur leur aération et leur accessibilité aux personnes handicapées. Les travaux de reprise se sont élevés à 80 000 euros, somme ensuite réclamée par le maître de l'ouvrage au maître d'œuvre au titre de son défaut de conseil.

Jusqu'alors, la jurisprudence rangeait dans le devoir de conseil les vices non signalés affectant l'ouvrage et dont il pouvait avoir connaissance (CE 28 janvier 2011 Société cabinet d'études Marc Merlin et autres, n° 330693 330835 332826, T. p. 1015), le fait de signaler l'entrée en vigueur, au cours de l'exécution des travaux, de toute nouvelle réglementation applicable à l'ouvrage, susceptible d'entrainer la non réception et décider des travaux nécessaires à la mise en conformité de l'ouvrage (CE 10 décembre 2020, M. G..., n° 432783, T. p. 838).

Mais le rapporteur public expliquait qu'il n'était pas évident de prolonger cette dernière jurisprudence au cas où la méconnaissance de la réglementation existait en quelque sorte dès l'origine. En effet, le maître d'œuvre peut voir sa responsabilité engagée à titre de constructeur pour des défauts de conception mais cette responsabilité s'éteint avec la réception de l'ouvrage (CE 2 décembre 2019, Société Guervilly et autres du n° 423544, T. pp. 833-834). Pour le rapporteur public Nicolas Labrune, « *dit autrement, si, dans un cas comme celui de l'espèce, le maître d'ouvrage invoque, postérieurement à la réception, un manquement du maître d'œuvre à son devoir de conseil, est-ce que cela ne contreviendrait pas à l'impossibilité d'invoquer un vice de conception après la réception, qui a mis fin aux obligations contractuelles du maître d'œuvre* ? ». Mais le rapporteur public convainc le Conseil d'Etat, non pas sur le terrain de la dissimulation frauduleuse (CE, Section, 15 juillet 2004, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon, n° 235053, p. 345) mais sur ce que l'on peut appeler la double nature de la mission du maître d'œuvre : à la fois responsable de la conception mais aussi assistant au stade de la réception. Aussi, le fait que l'on puisse quelque part voir un défaut de conception de l'ouvrage à ne pas avoir prévu la conformité aux règles d'aération et d'accessibilité ne dispense de voir un défaut de conseil au stade de la réception. Certes, comme le dit le rapporteur public, cela atténue la portée de la jurisprudence Guervilly précitée mais est de nature à renforcer l'obligation de conseil et de vigilance du maître d'œuvre, surtout compte tenu de la réglementation en cause dans l'espèce concernée dont on a du mal à voir qu'elle ne puisse engager la responsabilité du maître d'œuvre par la seule magie de la réception de l'ouvrage.

L'affaire est renvoyée à la Cour administrative d'appel de Lyon.

Cass., Civ. 3eme, 26 octobre 2023, n°22-19.444 : Une promesse de vente d'un terrain appartenant au domaine privé d'une commune, assortie de l'engagement des acquéreurs de construire plusieurs logements en mixité sociale, ainsi que la livraison à la commune, à titre de paiement partiel du prix de vente des terrains, d'un local brut et de places de stationnement n'est pas un marché de travaux.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

L'enjeu de l'affaire touchait surtout à la compétence de la juridiction judiciaire puisqu'une solution contraire aurait conduit à conclure en l'existence d'un marché de travaux passé par une personne publique, et donc à un contrat administratif par détermination de la loi. En filigrane aurait alors pu se poser la question de la mise en concurrence formalisée, la commune ayant réalisé ici une mise en concurrence non formalisée. Mais la Cour de cassation ne procède pas à la requalification en appliquant *a priori* un raisonnement assez orthodoxe.

En premier lieu, elle s'applique à citer la jurisprudence européenne relative à la définition d'un marché de travaux en présence d'une opération de vente (CJUE, arrêt du 25 mars 2010, C-451/08, point 54) et la référence aux travaux « *exécutés dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur* » avant de l'appliquer négativement.

La Cour juge ici que la commune n'avait formulé aucune demande portant sur la structure architecturale des bâtiments, même s'ils comportaient la création de logements sociaux sur le territoire communal, le pourcentage de logements sociaux (40) correspondant aux exigences du plan local d'urbanisme. En conséquence, ces travaux-là n'ont pas été exécutés dans l'intérêt économique direct de la commune, la commune n'ayant exercé aucune influence déterminante sur leur nature ou leur conception.

C'est peut-être sur la suite que le débat peut avoir lieu, s'agissant des locaux remis à la commune comme paiement partiel du prix. En vertu de la notion de contrat mixte (article 23 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 applicable à l'espèce) :

« *Lorsque le contrat unique porte à la fois sur des prestations qui relèvent de la présente ordonnance et des prestations qui n'en relèvent pas, la présente ordonnance n'est pas applicable si les prestations ne relevant pas de la présente ordonnance constituent l'objet principal du contrat et si les différentes parties du contrat sont objectivement inséparables. Lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'objet principal du contrat, la présente ordonnance s'applique*. »

Que l'objet principal ne soit pas la réalisation de travaux répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur, on peut en convenir, la Cour s'appuyant sur le fait que, sur un programme de construction de 250 logements collectifs représentant une surface de plancher de 16 350 mètres carrés, seuls 650 mètres carrés correspondait à un local brut et à 17 places de stationnement à remettre à la commune.

C'est sur le caractère objectivement inséparable – ou indissociable comme le Code l'exprime désormais - que l'arrêt pèche par un défaut de motivation et que le raisonnement aurait mérité d'être précisé. Car, à ce compte, tout ensemble immobilier au sein duquel on bâtit un local et/ou des places

de parking à remettre à une personne publique sera objectivement indissociable. Sera-ce toujours le cas ?

On rappellera que l'article R 2122-3 autorise la passation de marché sans publicité ni mise en concurrence, pour des raisons techniques, « *lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire* ». Certes, il n'est pas question de prestations associées contrairement à l'affaire commentée (et on est en présence d'une acquisition et non d'une vente). On peut se demander si le juge n'aurait pas pu s'en inspirer de manière prétorienne dans l'affaire commentée afin d'éviter la tentation du contournement des textes.

On pourra toujours rétorquer que dans le cadre de l'article R. 2122-3, il n'est pas question de prestations associées contrairement à l'affaire commentée et qu'on est en présence d'une acquisition et non d'une vente. Et c'est effectivement le texte qui est plus exigeant quant à la preuve du caractère indissociable.

Brèves pour les mois de janvier et février 2024 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 2 février 2024, n°489820, *Société Suez Eau France, classé A*

► **Consulter la décision**

La cause d'exclusion facultative prévue à l'article L. 3123-8 du code de la commande publique (CCP) est constituée lorsque l'autorité concédante identifie des éléments précis et circonstanciés indiquant que l'opérateur a effectué des démarches qu'il savait déloyales en vue d'obtenir des informations dont il connaissait le caractère confidentiel et qui étaient susceptibles de lui procurer un avantage indu dans le cadre de la procédure de passation.

CE, 2 février 2024, n° 471122, Société Valenti, classé B

► **Consulter la décision**

Le titulaire d'un marché contestant le décompte général doit, à peine d'irrecevabilité de la saisine du juge du contrat, transmettre un mémoire en réclamation au représentant du pouvoir adjudicateur dans un délai de quarante-cinq jours à compter de la date à laquelle ce dernier lui a notifié le décompte général et en adresser une copie au maître d'œuvre dans le même délai. Le respect de ce délai s'apprécie à la date de réception du mémoire tant par le pouvoir adjudicateur que par le maître d'œuvre.

CE, 29 décembre 2023, Mme B., n°472655

► **Consulter la décision**

Un usager d'une autoroute n'est pas fondé à contester une augmentation des tarifs de péages au regard d'une violation du principe d'égalité au regard d'autres tronçons d'autoroute ni d'une surrentabilité qui ne prouve pas l'absence de risque d'exploitation :

6. En deuxième lieu, Mme B... fait valoir, au soutien du moyen tiré de ce que les hausses tarifaires auraient été décidées en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, d'une part, que les tarifs de péages fixés pour le tronçon Chambéry-Grenoble et le tronçon Chambéry-Albertville, d'une longueur équivalente, sont différents, d'autre part, que le tarif des péages appliqué au tronçon Chambéry-Grenoble a augmenté entre 2022 et 2023. Toutefois, ces seules circonstances, non assorties de précisions, ne sont de nature à démontrer ni la méconnaissance du principe d'égalité ni l'illégalité de la stipulation de l'article 25 du cahier des charges annexé à la convention conclue avec la société AREA qui prévoit une majoration des tarifs de péages de 0,080 %. Enfin, il ressort de l'avenant et des écritures du ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires que les hausses tarifaires sont notamment justifiées par l'aménagement d'un pôle d'échange multimodal sur l'autoroute A48 en entrée de l'agglomération grenobloise et par la création de dix parkings de covoiturage et de deux voies réservées aux transports collectifs. Si Mme B... allègue que ce pôle d'échange multimodal ne profiterait qu'à une faible partie des usagers de l'autoroute, il n'est pas établi que la hausse tarifaire serait, pour ce seul motif, manifestement disproportionnée au

regard des objectifs poursuivis par cette tarification. 7. En troisième lieu, la référence à l'évolution des prix stipulée par l'article 25 du cahier des charges annexé à la concession n'est pas au nombre des clauses d'indexation prohibées par les dispositions de l'article L. 112-2 du code monétaire et financier. En dernier lieu, si Mme B... fait valoir que la concession autoroutière confiée à la société AREA s'est avérée beaucoup plus rentable que ce qui avait été initialement anticipé, cette seule circonstance n'est pas de nature à démontrer qu'aucun risque lié à l'exploitation de l'ouvrage n'a été transféré au concessionnaire, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique.

CE, 4 oct. 2023, n° 454659, Sté Deveryware

► **Consulter la décision**

Une société spécialisée dans l'édition de logiciels de sécurité et de géolocalisation doit être considérée comme agissant comme représentant d'intérêt dans la mesure où ses multiples interactions avec les responsables publics avaient pour « objet de mettre en avant le savoir-faire de cette société en vue d'intégrer sa technologie de géolocalisation dans le cadre des évolutions de la plateforme nationale des interceptions judiciaires, alors que le ministère de la Justice avait annoncé le lancement prochain d'un appel d'offres » ayant pour objectif d'influer sur une décision publique, en l'occurrence, « les caractéristiques d'un appel d'offres à venir ».

Cass. com., 15 nov. 2023, n° 22-13.695

► **Consulter la décision**

Appréciation stricte de l'avantage indu en cas de détention d'une technologie adaptée aux besoins de l'acheteur :

« Le fait pour un candidat à un marché de détenir une technologie adaptée aux besoins définis par l'acheteur ne constitue pas un avantage indu, dès lors qu'aucune solution spécifique n'est imposée par le pouvoir adjudicateur » (…) « en se déterminant ainsi, sans rechercher en quoi le seul fait pour la société déclarée attributaire d'avoir précédemment, à l'occasion d'un autre marché ayant pour objet d'autres prestations que celles recherchées, mis à disposition de l'acheteur une solution comportant un logiciel cartographique, dont l'élaboration relevait de ses seuls mérites, constituait un avantage indu faussant l'égalité entre les candidats de ce nouveau marché, le président du tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision ».

CAA Marseille, 27 nov. 2023, n° 22MA02071

► **Consulter la décision**

Une offre peut être régularisée en cours de passation d'une concession même si aucun texte ne le prévoit : « la circonstance, à la supposer établie, qu'elle soit "substantielle" et ne vise pas seulement à corriger une erreur matérielle est sans incidence sur la régularité de la procédure ».

CAA Marseille, 6e ch., 16 oct. 2023, n° 19MA03272, Sté SMA Vautubière

► **Consulter la décision**

Une offre peut être régularisée Le montant de l'indemnité due à un concurrent irrégulièrement évincé à l'attribution d'un marché public peut être établi en contradiction avec les propositions de l'expert.

CAA Paris, 17 oct. 2023, n° 22PA02379, Sté Adealis

► **Consulter la décision**

Le principe d'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités s'oppose à ce que soit stipulée une indemnité de résiliation qui serait manifestement disproportionnée, au détriment de la personne publique, au regard du préjudice subi par le cocontractant. Tel est le cas d'une clause d'un marché de location d'un matériel de stockage sécurisé de données informatiques prévoyant qu'en cas de résiliation, le locataire doit verser au bailleur une somme égale à la totalité des loyers restant à courir jusqu'à la fin du contrat, majorée d'une pénalité de 10 %.

L'essentiel du droit des contrats publics, mars 2024, n° 5

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 16 février 2024, n°488524, Département des Bouches-du-Rhône, classé B : Une condamnation pénale non définitive peut fonder le point de départ du délai de trois ans justifiant le motif d'exclusion de l'influence indue. 2

CE, 2 février 2024, n°489820, Société Suez France, classé A : Le motif d'influence indue suppose que l'opérateur a effectué des démarches qu'il savait déloyales en vue d'obtenir des informations dont il connaissait le caractère confidentiel. 3

CE, 16 février 2024, n° 467684, Société roannaise d'immobilier, classé C : La contestation de la propriété d'un bien objet d'un contrat de concession suffit à établir l'intérêt lésé du tiers prétendument propriétaire et demandant l'annulation dudit contrat. 6

CE, 2 février 2024, 471318, Société gestion cuisines centrales Réunion, classé C : Lorsque l'irrégularité du contrat consiste en des manquements aux règles de passation commis par le pouvoir adjudicateur, le lien de causalité entre cette irrégularité et le préjudice invoqué par l'attributaire résultant de la résiliation du contrat ne peut être regardé comme direct lorsque ces manquements ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du contrat..... 9

CE, 2 février 2024, n° 471122, Société Valenti, classé B : Le délai dans lequel le titulaire doit répondre au maître d'ouvrage à compter de la notification du décompte général s'applique aussi à l'envoi de la copie de cette réponse au maître d'œuvre. 11

Brèves décembre 2023 à février 2024 : 13

CE, 16 février 2024, n°488524, Département des Bouches-du-Rhône, classé B : Une condamnation pénale non définitive peut fonder le point de départ du délai de trois ans justifiant le motif d'exclusion de l'influence indue.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Un commentaire détaillé est désormais disponible dans la revue AJDA des éditions Dalloz :

► François Lichère, « Une condamnation pénale non définitive, point de départ du délai d'exclusion d'un candidat pour influence indue », note sous CE 16 février 2024, n° 488524, AJDA 2024, n° 20, p. 1114.

CE, 2 février 2024, n°489820, Société Suez France, classé A : Le motif d'influence indue suppose que l'opérateur a effectué des démarches qu'il savait déloyales en vue d'obtenir des informations dont il connaissait le caractère confidentiel.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Cette affaire, qui a fait l'objet de beaucoup d'attentions médiatiques compte tenu des enjeux financiers du contrat de 12 ans en cause estimé à 4,3 milliards d'euros par l'autorité contractante, le SEDIF, présente en outre plusieurs intérêts juridiques.

Le premier concerne la question de savoir si, dans les circonstances de l'espèce, Véolia aurait « entrepris (…) d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de [lui] donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession ». Les faits, d'après l'arrêt lui-même et les conclusions, étaient les suivants : Véolia, délégataire sortant, a reçu, à la suite d'un dysfonctionnement informatique, l'offre intermédiaire de son concurrent Suez après avoir lui-même rendu son offre intermédiaire, l'a téléchargée, l'a reproduite pour la diffuser à quelques collaborateurs puis a indiqué au SEDIF, au bout d'une semaine, mais avant l'entame des ultimes négociations, avoir reçu cette offre. Le SEDIF a alors décidé de choisir l'attributaire sur la base des offres intermédiaires, Véolia étant désigné ensuite attributaire. Dans ces conditions, peut-on estimer que Véolia a « entrepris » d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de l'avantager indument ?

Cette question pouvait poser d'ailleurs une première sous-question, relative au point de savoir si le pouvoir adjudicateur était tenu de rejeter la candidature au cas où le candidat avait effectivement entrepris d'influer. Comme nous l'avions indiqué dans le dossier « Motifs d'exclusions » de l'Encyclopédie du droit de la commande publique (Editions EFE), il ne faut pas se laisser influencer ni par la formule utilisée par les Directives marchés et concessions qui parlent de « motifs d'exclusions facultatifs » (considérant 101 de la Directive 2014/24) ni par l'expression « peut exclure » de l'article L. 3123-8 CCP dans la mesure où il peut y avoir des situations qui impliquent cette exclusion. Le rapporteur public indiquait d'ailleurs, dans ses remarquables conclusions, que « si l'exclusion est facultative, le respect des principes fondamentaux de la commande publique, lui, est obligatoire, de sorte qu'une exclusion, quoique dite facultative, peut à l'occasion se révéler indispensable à la régularité d'une procédure de passation ». La transposition française est d'ailleurs plus exacte puisqu'elle parle d'exclusions « à l'appréciation » de l'acheteur ou de l'autorité concédante, à condition de ne pas interpréter cette notion comme laissant un pouvoir entièrement discrétionnaire à l'autorité contractante. Le Conseil d'État utilise – malheureusement – dans l'arrêt commenté l'expression d'exclusion « facultative ». On ne peut toutefois juger qu'il a pris l'exact contrepied du rapporteur public : sans doute faut-il y voir une maladresse de rédaction d'autant qu'au final, il n'avait pas vraiment à trancher la question : jugeant en cassation la validité du raisonnement du juge de première instance qui s'est prononcé sur la légalité du motif de ne pas exclure, il pouvait se contenter de valider ce raisonnement, ce qu'il a fait. En outre, si le Conseil d'État avait véritablement voulu en faire un motif d'exclusion pleinement facultatif, il aurait pu juger qu'on ne pouvait jamais utilement se plaindre de ce qu'elle n'avait pas été prononcée par l'autorité concédante.

À propos de l'inexistence d'une influence indue, le Conseil d'État, comme le rapporteur public, adopte une démarche que l'on peut qualifier de « finaliste ». Il rejette implicitement l'argument de Véolia qui considérait que, parce qu'il a reçu par erreur l'offre finale de son concurrent, il n'aurait pas « entrepris » d'influer : dès lors que, selon le rapporteur public, il savait qu'il avait reçu l'offre finale de son concurrent avant même de l'ouvrir, mais qu'il l'a ouverte, on ne peut déduire de ce seul fait qu'il n'a pas entrepris d'influer. Mais le rapporteur public comme Conseil d'État et juge de première instance estiment qu'il n'a pas entrepris d'influer dans la mesure où, in fine, il a renoncé à « tirer parti » de la situation. On peut suivre sur ce point le Conseil d'État : même si la société Véolia aurait sans doute dû le signaler immédiatement sans ouvrir le document ni a fortiori le dupliquer afin de ne pas se voir reprocher d'avoir entrepris d'influer, ce qui compte au final est la manière dont elle a utilisé cette information. Or, le texte n'exige pas seulement d' « entreprendre » d'obtenir des informations confidentielles, encore faut-il qu'elles soient « susceptibles » d'avantager le candidat, ce qui n'a pas été le cas puisque le choix s'est fait sur les offres intermédiaires soit avant que Véolia n'ait reçu l'offre de Suez. En outre, il y a un caractère intentionnel marqué dans ce cas d'exclusion tel qu'interprété par le Conseil d'État, au point d'ailleurs que le rapporteur public faisait le lien avec les « « pratiques commerciales trompeuses » – définies comme des manœuvres ou des subterfuges sanctionnés par les articles L. 121-2 et suivants du code de la consommation – de « manœuvres frauduleuses » – sanctionnées par le code général des impôts – d'escroquerie – prévue à l'article 313-1 du Code pénal – ou encore avec la notion de dol, définie par l'article 1137 du Code civil comme « le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges » et qui peut être constitué par une « dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il saurait le caractère déterminant pour l'autre partie ».
Il aurait enfin été paradoxal de faire droit à la demande de Suez d'éliminer la candidature de Véolia et de continuer avec seulement elle puisque ce serait la conséquence de la révélation par Véolia du dysfonctionnement et ne serait pas vertueux pour l'avenir – qui aurait intérêt à s'auto-dénoncer ? En effet, de tels dysfonctionnements ne sont pas rares et le Conseil d'État avait déjà eu à valider le choix d'un pouvoir adjudicateur de s'en tenir à l'examen d'offres intermédiaires en cas de transmission d'une offre à un autre candidat par clé USB, au nom du respect du principe d'égalité des candidats (CE 8 novembre 2017, n°412859, Société Transdev, classé C). Dans cette dernière affaire, c'est une offre finale qui a été transmise par erreur, mais cela ne change guère la question juridique : le simple fait d'avoir eu communication d'une offre intermédiaire aurait pu également avantager un concurrent s'il n'avait pas fait part de cette réception ; du reste, le Conseil d'État n'y voit pas de différence puisqu'il valide dans les deux cas le choix de neutraliser la dernière phase pour s'en tenir aux offres intermédiaires.

À titre accessoire, le Conseil d'État tranche une intéressante question à la fois procédurale et de qualification. Le SEDIF agissait-il comme pouvoir adjudicateur ou comme entité adjudicatrice lorsqu'il a attribué le contrat ? On sait que non seulement les règles de fond applicables aux entités adjudicatrices sont, ici ou là, plus souples que celles applicables aux pouvoirs adjudicateurs mais aussi que les pouvoirs du juge du référé précontractuel sont moindres (pas de pouvoir d'annulation ou de suspension). Contrairement au juge du référé de première instance, il estime que le SEDIF n'agissait pas en tant qu'entité adjudicatrice. Le rapporteur public rappelle à cet égard le Code et la jurisprudence passée : les entités adjudicatrices sont, notamment, « les pouvoirs adjudicateurs qui exercent les activités d'opérateur de réseaux que sont « la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation 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. Ainsi, une collectivité est « entité adjudicatrice lorsqu'elle constitue un réseau (CE, 19 octobre 2001, Société Alstom Transport SA, n°233173, T. pp. 868-1038), et ce même lorsque l'exploitation de ce réseau a été déléguée (CE, 24

juin 2011, Communauté d'agglomération Rennes Métropole n° 346529, T. p. 1008). En revanche, lorsqu'elle passe un marché aux fins de confier l'exploitation du réseau à un tiers, vous jugez que cette même collectivité agit en tant que pouvoir adjudicateur (CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, no 297711, p. 298 ; CE, 14 décembre 2009, Département du Cher, n° 330052, T. p. 829 ; CE, 23 novembre 2011, Société GHP Lorraine transports, n° 349746, T. p. 1002). Telle est également la position de la CJUE (CJUE, 17 septembre 2002, Concordia bus, C-513/992 ; CJUE, 16 juin 2005, Stabag AG, C-462/03) ». Pour compléter les conclusions sur ce point, on doit souligner l'ambiguïté de la formulation « mise à disposition » de réseaux dans la définition de l'entité adjudicatrice puisqu'on aurait pu voir dans la concession d'un ouvrage (né ou à naître) une telle mise à disposition. Mais l'arrêt clarifie ce point : lorsqu'une autorité concède l'exploitation d'un réseau, elle n'agit pas comme entité adjudicatrice. Ce sera le cas échéant le concessionnaire qui agira comme telle, encore que soit exclue de cette catégorie ceux qui ont été choisis après une procédure transparente (L. 1212-1 CCP, dernier alinéa).
Mais cette erreur est jugée sans conséquence, autrement dit le moyen soulevé, quoique fondé, n'est pas opérant : le Conseil d'État juge, d'une part, que n'étaient invoqués devant le juge des référés que des moyens tirés de la méconnaissance par le SEDIF des dispositions de l'article L. 3123-8 du Code de la commande pour lesquels les règles applicables aux entités adjudicatrices et aux pouvoirs adjudicateurs sont identiques. D'autre part, si le juge du référé précontractuel des entités adjudicatrices dispose de pouvoirs moins étendus que lorsqu'il est saisi dans le cadre de passation par des pouvoirs adjudicateurs, le juge des référés a, en l'espèce, rejeté les conclusions dont il était saisi.

Au passage, les conclusions rappellent qu'il convenait de statuer vite, car si seule la signature rend sans objet le référé précontractuel et non la décision d'attribution (CE, Section, 3 novembre 1995, Société Stentofon Communications, n°152650, p. 393), il n'existe pas de délai de standstill par les concessions d'eau potable, l'article R. 3126-11 du code de la commande publique excluant l'application de « la section 1 du chapitre V du présent titre » pour tous les « contrats qui relèvent du chapitre VI, c'est-à-dire, en vertu de l'article R. 3126-1 ». L'occasion est d'ailleurs ici donnée de relever que la directive concession exclut de son champ d'application les concessions de distribution d'eau potable, de sorte qu'en surtranposant sur ce point, le législateur français était fondé à prévoir des dérogations aux directives, y compris à la directive recours.

CE, 16 février 2024, n° 467684, Société roannaise d'immobilier, classé C : La contestation de la propriété d'un bien objet d'un contrat de concession suffit à établir l'intérêt lésé du tiers prétendument propriétaire et demandant l'annulation dudit contrat.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Bien que classé « C », cet arrêt intéressera tant les spécialistes de contrats publics que de propriété publique, autant par la question tranchée que par la question sous-jacente, non encore tranchée par le Conseil d'Etat mais tranchée par deux arrêts de cours administratives d'appel.

Sur l'intérêt lésé, le Conseil d'État prend l'exact contrepied du TA et de la CAA. Il faut avant toute chose expliquer les faits et la procédure de l'affaire tels que décrits par le rapporteur public Nicolas Labrune.

Une commune a cédé en 1998 à la société PFRR Paire (devenue plus tard PFRM Paire) un terrain sur lequel celle-ci a fait bâtir une chambre funéraire, ses locaux commerciaux, ainsi que des locaux à usage d'habitation et la même année, la société a conclu avec la commune une convention portant, entre autres, sur la prise en charge gratuite des indigents domiciliés ou décédés sur le territoire de la commune, convention dont la durée était de 25 ans, avec renouvellement par tacite reconduction pour des périodes de 3 ans. En 1997, la société PFRM Paire a cédé son fonds de commerce à la société Pompes funèbres du sud-est, depuis absorbée par la société OGF, tout en conservant la propriété des locaux, qu'elle a donc donné à bail à la nouvelle société exploitant l'activité de pompes funèbres. À la suite d'un rapport de la chambre régionale des comptes (CRC) d'Auvergne-Rhône-Alpes, la commune a décidé de ne pas reconduire la convention qui la liait depuis 1988 à la société PFRM Paire et de seulement prolonger cette convention d'une année, le temps de procéder à une attribution de la délégation de service public puisque c'est ainsi qu'elle qualifiait désormais la relation contractuelle. La société PFRM Paire, aux droits de laquelle est venue la société roannaise d'immobilier, a contesté sans succès ces deux décisions devant le TA puis la CAA de Lyon, et le Conseil d'État a refusé d'admettre les pourvois en cassation qu'elle avait formés dans ces deux affaires. Saisi par la commune d'un référé « mesures utiles », le juge des référés du TA de Lyon a ensuite enjoint à la société PFRM Paire de mettre la chambre funéraire à disposition de la commune. Puis, la commune a conclu avec la société OGF un contrat de concession du service public funéraire, qui implique l'utilisation de cette chambre funéraire. La société PFRM Paire a alors formé un recours « Tarn-et-Garonne » (CE, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70) contre ce contrat. Le président de la 3ème chambre du TA de Lyon ayant rejeté ce recours comme manifestement irrecevable au motif que la société ne justifiait pas d'un intérêt suffisamment direct et certain, la CAA de Lyon ayant rejeté son appel contre cette ordonnance, la société roannaise d'immobilier a formé le pourvoi en cassation qui donne l'arrêt commenté.

L'arrêt du Conseil d'État est assez elliptique sur la question de l'intérêt lésé, se contentant de constater l'erreur de droit. Les conclusions nous éclairent sur plusieurs points de l'argumentation du requérant, même si le rapporteur public se place sur le terrain de l'erreur sur la qualification juridique.

Pour justifier de l'intérêt lésé au sens de la jurisprudence Tarn-et-Garonne, encore faut-il, indique-t-il, que « *l'usage du bien soit l'objet du contrat et non pas seulement une modalité de son exécution* », en s'appuyant *a contrario* sur deux arrêts dont il ressort que « *la question de la disponibilité d'un bien nécessaire à l'exécution d'un contrat était étrangère à sa validité (CE, 30 novembre 2018, Société CDA Publimédia, n° 414377, T. pp. 580-585-770 ; CE, 10 juillet 2020, Société de manutention et d'entreposage de grains, n° 427216, T. pp. 830) ».* Mais, dans la présente affaire, contrairement à ces précédents, est bien en cause la concession d'un service portant notamment sur l'exploitation du bien dont la propriété est revendiquée par le requérant. De même, pour le rapporteur public, il n'y aurait pas intérêt à agir d'un requérant qui revendiquerait une qualité manifestement non établie, ou une qualité qu'il n'étayerait pas suffisamment alors qu'elle serait sérieusement contestée en défense, faisant le parallèle avec le contentieux de l'excès de pouvoir en matière d'urbanisme (CE, 10 juin 2015, M. B... et Mme G..., n° 386121, p. 192). Et d'ajouter : « *Au cas d'espèce, la société requérante se prévalait de sa qualité de propriétaire du bien dont l'exploitation est l'objet de la concession, et sa revendication n'est pas dénuée de sérieux. Cette qualité est certes contestée par la commune, qui revendique elle aussi la propriété de la chambre funéraire, mais cette contestation n'a jamais été tranchée par une décision ayant l'autorité de la chose jugée, puisque l'ordonnance du juge du référé mesures utiles n'en est pas revêtue. Dans ces conditions, et sans que cela préjuge du point de savoir qui est le véritable propriétaire de la chambre, cette contestation ne nous paraît pas avoir été de nature à remettre en cause la recevabilité du recours de la société, dont l'intérêt à agir était, à nos yeux, constitué* ».

Ceci nous amène à la question sous-jacente non tranchée au cas d'espèce ni, semble-t-il, par la jurisprudence du Conseil d'État : une délégation de service public peut-elle être assise sur un bien qui appartient à une personne privée ? La question est d'importance, car il existe bon nombre de DSP de la sorte, en particulier dans le secteur des casinos.

Deux cours administratives d'appel ont admis un tel procédé : la Cour administrative d'appel de Bordeaux (CAA Bordeaux 28 février 2023, 21 BX 01167, AJDA 2023. 904, concl. Le Bris) a jugé, à propos d'une DSP de gestion d'un crematorium, qu'alors même que le bail était tripartite, la commune l'ayant signé, il n'imposait aucune obligation à la commune et ne faisait pas participer le propriétaire à la gestion du service public. Elle en a déduit que le crematorium restait propriété privée. La Cour administrative d'appel de Marseille (CAA de MARSEILL 17 avril 2023 Communauté de communes Vallée de l'Ubaye Serre-Ponçon, N° 23MA00452) a jugé que « *seuls, les biens appartenant à l'exploitant, et non les biens appartenant à des tiers, peuvent être réputés être transférés dans le patrimoine de la personne publique* ».

On peut aussi rappeler les conclusions Henrard sur l'affaire Vallée de l'Ubaye (CE, Section, 29 juin 2018, n°402251) : « *Le cas des activités culturelles ou récréatives - cinémas, théâtres, salles de concert, casinos - peut aussi d'être identifié dès à présent. À l'origine de telles entreprises on trouve souvent une initiative purement privée avant qu'une collectivité publique, dans un second temps, prenne le relais afin de sauvegarder l'existence d'une offre de service désormais jugée d'intérêt public. Lorsque les exploitants de telles activités ne sont pas propriétaires, mais simplement locataires, des bâtiments qui les abritent, ces édifices ne seront évidemment pas des biens de retour puisqu'ils appartiennent à des tiers au contrat. Si la collectivité publique souhaite disposer de leur propriété, elle devra les racheter amiablement ou par la voie de l'expropriation. Ces biens n'auront alors pas à être pris en compte dans l'équilibre de la concession* ».

Il reste que ces positions posent question au regard de la théorie des biens de retour qui peut être contournée aisément par la vente d'un terrain voire de l'ouvrage support du service public comme dans l'affaire commentée. C'est particulièrement problématique si cette vente intervient en cours de

contrat, plus discutable si le transfert s’est fait avant la création de la DSP. Dans ce dernier cas, on imagine quand même mal le Conseil d’État adopter une généralisation de la logique de la jurisprudence « Vallée de l’Ubaye », ce qui serait non seulement attentatoire au droit de propriété - même si la CEDH a récemment validé cette jurisprudence (CEDH 5 octobre 2023, SARL COUTTOLENC FRÈRES c. FRANCE, n° 24300/20) - mais aussi susceptible de coûter cher aux personnes publiques qui devraient alors indemniser.

CE, 2 février 2024, 471318, Société gestion cuisines centrales Réunion, classé C : Lorsque l'irrégularité du contrat consiste en des manquements aux règles de passation commis par le pouvoir adjudicateur, le lien de causalité entre cette irrégularité et le préjudice invoqué par l'attributaire résultant de la résiliation du contrat ne peut être regardé comme direct lorsque ces manquements ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du contrat.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

Voici encore un arrêt classé C par le Conseil d'État qui mérite néanmoins un détour, eu regard aux vices ayant pu conduire à la résiliation du contrat et aussi à l'application de règles d'indemnisation en cas de résiliation unilatérale pour illégalité par transposition de celles applicables à l'annulation juridictionnelle.

En matière d'indemnisation de la résiliation d'un contrat pour motif d'intérêt général lié à l »illégalité du contrat, la jurisprudence applique les mêmes règles d'indemnisation que celles relatives à l'annulation par le juge (CE 6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n° 395268, classée A), que la résiliation résulte d'une décision unilatérale de la personne publique (CE 10 juillet 2020, Société Comptoir Négoce Equipement, n° 430864, classé A) ou d'une décision juridictionnelle (CE 27 février 2019, Société Opilo, n° 410537, classé B) : le cocontractant a droit au remboursement de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité, et à la réparation des préjudices qu'il a subis du fait de la faute commise par la personne publique à avoir conclu un contrat irrégulier, sauf faute de sa part de nature à atténuer voire à exclure la responsabilité de la personne publique (CE 2008 Société Jean-Claude Decaux. Cela étant, s'agissant du manque à gagner, l'arrêt *Société Cegelec Perpignan* les exclut lorsque « *les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du marché au titulaire* ».

Cette jurisprudence est ici étendue au cas de la résiliation suite à une décision juridictionnelle, l'arrêt *Société Opilo* précité n'ayant pas eu l'occasion de préciser ce régime indemnitaire.

Cela paraît logique : en cas d'annulation (ou de résiliation) du contrat, ce n'est que si le titulaire détenait un droit à l'obtention du contrat (ou à sa poursuite si résiliation) que cette annulation affecterait ce droit et lui causerait un préjudice indépendamment des irrégularités commises par la personne publique.

C'est sur ce point que l'arrêt de la CAA attaqué est annulé en tant qu'elle avait appliqué le critère de la chance sérieuse d'obtenir le marché, critère que la jurisprudence retient dans le cadre de l'indemnisation du manque à gagner du concurrent évincé (CE 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP, n° 249630, classé B). En revanche, le rapporteur public estimait que le seul fait qu'un contrat ait été passé en respectant les règles de passation des DSP alors qu'il s'agissait d'un marché conduit à considérer le caractère déterminant évoqué plus haut. Il rappelait d'ailleurs que c'est ce qui a pu entrainer, pour les mêmes faits, l'indemnisation d'un concurrent évincé (CE 28 février 2020, *Société Régal des îles*, n° 426162, classé B). Le passage des conclusions sur la différence à faire entre les deux (chance sérieuse/incidence déterminante) mérite d'être cité : « *En effet, d'une part, en bonne logique, il ne peut de toute façon pas se déduire de ce qu'un autre concurrent n'était pas dépourvu de chance d'emporter le contrat que le cocontractant n'aurait pas disposé d'une chance sérieuse. En effet, et*

même si vous vous évitez autant que possible de quantifier ces notions, la notion de « non dépourvu de chance » signifie simplement que les chances en question n'étaient pas nulles, mais, dans votre esprit, elles restent par elles-mêmes inférieures à 50%... À l'inverse, une chance sérieuse au sens de votre jurisprudence signifie à tout le moins, comme vous venez très récemment de le juger dans votre décision CE 28 novembre 2023, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, n° 468867, à mentionner aux Tables, que l'offre en cause a une valeur supérieure à celle de tous les autres candidats ».

Pour le Conseil d'État, « *les manquements retenus par le jugement du tribunal administratif de La Réunion du 31 mars 2016 tiennent à ce que le contrat qui a été passé sous forme de délégation de service public devait être requalifié en marché public de services, à ce qu'il a été attribué à la société SOGECCIR sans publication d'un avis d'attribution de niveau européen et sans que le contenu et les conditions de mise en œuvre des critères de sélection des offres n'aient été définis et à ce qu'il a été conclu pour une durée excessivement longue de dix ans. Il résulte de l'instruction que ces manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence, eu égard à leur nature et à leur portée, ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du contrat à la SOGECCIR. Dans ces conditions, le lien entre la faute de la commune et le manque à gagner dont cette société entend obtenir réparation ne peut être regardé comme direct* ».

Il reste à déterminer la portée de la formule : est-ce le cumul de ces irrégularités qui conduit à l'absence de lien de causalité ou bien est-ce que pris individuellement, chacune pourrait caractériser cette absence et que le Conseil d'État s'est voulu pédagogue ? Une troisième approche serait de dire que c'est un certain cumul qui conduit à ne pas établir le lien de causalité. On peut pencher quand même pour la première solution eu égard à la gravité de chaque vice.

CE, 2 février 2024, n° 471122, Société Valenti, classé B : Le délai dans lequel le titulaire doit répondre au maître d'ouvrage à compter de la notification du décompte général s'applique aussi à l'envoi de la copie de cette réponse au maître d'œuvre.

► **Consulter le texte de la décision**

Commentaire de la décision :

La solution adoptée aura des conséquences pratiques non négligeables puisqu'elle vaut pour tous les CCAG travaux, quelle que soit la date concernée (1976, 2009, 2021). Elle en a eu pour le requérant ici puisqu'il se voit en effet opposer le caractère définitif du DGD. La question se posait de savoir si le CCAG travaux de 2009 impliquait que le titulaire du marché adressât son mémoire en réclamation dans le délai de 45 jours suite à la réception du décompte général non seulement au maître d'ouvrage, mais aussi au maître d'œuvre. La version de 1976 prévoyait expressément que le mémoire en réclamation devait « être remis au maître d'œuvre » dans le délai de 45 jours suivant la notification du décompte général, alors que sa version de 2009 énonce seulement que le titulaire « transmet son mémoire au représentant du pouvoir adjudicateur et en adresse copie au maître d'œuvre » et que « ce mémoire est transmis dans le délai de 45 jours » (article 50.1.1.). Cette différence de rédaction, a priori en faveur du requérant, allait toutefois à l'encontre d'un courant jurisprudentiel du Conseil d'État que l'on peut qualifier de formaliste.

Ainsi est recevable une réclamation transmise au seul maître d'ouvrage (CE 8 avril 2009, Sté DV Construction, n° 297756, classé B). De même, le délai ouvert par la notification d'un projet de décompte final par le titulaire ne commence à courir que si le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre se sont tous deux vus notifier le document, alors même que, en l'espèce, le maître d'œuvre avait reçu le du maître d'ouvrage (CE 25 juin 2018, Sté Merceron TP, n° 417738, classé B). Dans une solution implicite, il a été jugé que l'envoi d'une copie au maître d'œuvre était une condition nécessaire à la régularité de la transmission du mémoire en réclamation au maître d'ouvrage avant la saisine du juge (CE 29 décembre 2022, Grand Port maritime de Marseille, n° 458678).

Quant à la solution proposée, le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil avance deux arguments : le formalisme que sa réponse implique est nécessaire pour s'assurer que le maître d'œuvre puisse remplir son rôle de conseil du maître d'ouvrage et il ne s'agit pas d'une formalité très compliquée à mettre en œuvre.

Restait alors la question du point de départ et d'arrivée de ce délai de 45 jours, qualifié de non franc par le rapporteur public, sachant que dans la présente affaire, le maître d'œuvre avait reçu le mémoire en réclamation 46 jours après la notification du décompte général.

Le texte du CCAG Travaux 2009 fait courir le délai de 45 jours à compter de la date de « notification » du décompte général, sachant que l'article 2 précise qu'au sens de ce cahier, la « notification » signifie la « réception ». Le Conseil d'État applique donc cette définition générale de la réception. Quant à l'expiration du délai, fallait-il là aussi retenir la date de réception du mémoire de réclamation par le pouvoir adjudicateur ou le maître d'œuvre ou, au contraire, se fonder sur la date d'envoi de la réclamation ou de sa copie par le titulaire du marché ? Le rapporteur public convainc le Conseil d'État d'appliquer la première solution en rappelant que, s'agissant des courriers postaux, la jurisprudence réserve toujours le cas des difficultés anormales d'acheminement lorsque la date à retenir est celle de la réception d'un courrier (CE, Section 17 février 1978, Ministre de la Défense c/ Dame veuve

Castaing-Tailleur, n° 8188, classé A). Il ajoutait qu’à l’heure de l’électronique, la formalité peut être accomplie de manière plus rapide. Se pose alors la question de la preuve de la réception électronique.

On rappellera que le CCAG travaux 2021 prévoit, en son article 3.1.1, que « *La notification au titulaire des décisions ou informations du pouvoir adjudicateur qui font courir un délai est faite : soit directement au titulaire, ou à son représentant dûment qualifié, contre récépissé ; soit par échanges dématérialisés ou sur supports électroniques. Les conditions d'utilisation des moyens dématérialisés ou des supports électroniques sont déterminées dans les documents particuliers du marché ; soit par tout autre moyen permettant d'attester la date et l'heure de réception de la décision ou de l'information* ». On peut penser que cela vaut en sens inverse pour les notifications faites par le titulaire. La plateforme Choruspro doit pouvoir servir à cet égard (par analogie avec le Décret n° 2016-1478 du 2 novembre 2016 relatif au développement de la facturation électronique et la loi Pacte et son article 193 -V 2°), ou toute Gestion électronique des documents (GED). À cet égard, un tribunal administratif, dans un jugement classé C+, a estimé que le titulaire d’un marché public est dans l’obligation de déposer sur CHORUS PRO son projet de décompte final et que ce dépôt sur la plateforme électronique marque le point de départ de la procédure d’établissement du décompte général et définitif tacite (TA Montpellier, 15 juin 2023, n° 2105058).

Brèves décembre 2023 à février 2024 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 9 février 2024, n° 471852, Société Occelia et M. Fidèle, classé B

► Consulter la décision

Un concurrent évincé ne peut, dans le cadre d'un pourvoi en cassation contre une ordonnance rejetant son référé précontractuel, présenter de nouvelles conclusions tendant à l'annulation du marché conclu entre temps, par la voie du référé contractuel.

L'article L. 551-14 du code de justice administrative (CJA) doit être interprété, pour son application en Polynésie française, comme fermant la voie du référé contractuel lorsque le demandeur a formé un référé précontractuel en application de l'article L. 551-24 du même code et que la personne publique a respecté la suspension de la signature du contrat ordonnée par le président du tribunal administratif ou le magistrat délégué par lui et s'est conformée à la décision juridictionnelle rendue sur ce recours.

CE, 2 février 2024, n° 475639, SOCIÉTÉ EIFFAGE ÉNERGIE SYSTÈMES - IT RHONES-ALPES

► Consulter la décision

Le maître d'ouvrage peut s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché.

« Dans l'hypothèse d'une rémunération directe du sous-traitant par le maître d'ouvrage, ce dernier peut contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant. Au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage peut s'assurer que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu par le marché. 5. Dès lors, en jugeant que le maître d'ouvrage pouvait exercer un contrôle sur la qualité des travaux exécutés alors que ce dernier pouvait seulement s'assurer que leur consistance correspondait à ce qui était prévu par le marché, le juge des référés de la Cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, la société Eiffage Énergie Systèmes - IT Rhône-Alpes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ».

CE, 22 février 2024, n° 474365, SOCIÉTÉ LOMBARD ET GUERIN GESTION

► Consulter la décision

Une demande indemnitaire liée à une modification unilatérale d'une délégation de service public

portant sur l'organisation, la gestion et l'entretien de marchés aux puces en contrepartie de la perception de droits de place, relève du juge judiciaire.

« L'article 136 du décret du 17 mai 1809 relatif aux octrois municipaux et de bienfaisance, applicable aux droits de places perçus dans les halles et marchés, attribue spécialement compétence aux tribunaux judiciaires pour statuer sur toutes les contestations qui pourraient s'élever entre les communes et les fermiers de ces taxes indirectes, sauf renvoi préjudiciel à la juridiction administrative sur le sens et la légalité des clauses contestées des baux. Eu égard au contenu du contrat, rappelé au point 1, conclu entre la société Lombard et Guérin gestion et la Ville de Paris, par lequel la seconde confie à la première la perception des droits de place, les actions indemnitaires de la société, qui sont fondées sur les liens contractuels existant entre elle et la Ville de Paris, relèvent de la compétence de l'autorité judiciaire. Dès lors, la société requérante est fondée à soutenir qu'en rejetant comme non fondé l'appel qu'elle avait formé contre le jugement du 17 juin 2021 du tribunal administratif de Paris rejetant ses conclusions indemnitaires, sans relever d'office l'incompétence de la juridiction administrative pour connaître du litige dont elle était saisie, la Cour administrative d'appel de Paris a méconnu son office et, par suite, commis une erreur de droit. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, l'arrêt attaqué doit être annulé ».

CE, 29 décembre 2023, n° 472655, Mme B.

► **Consulter la décision**

Un usager autoroutier n'est pas fondé à conster l'augmentation des péages au motif d'une rupture d'égalité ou de l'absence de risque d'exploitation.

« 6. En deuxième lieu, Mme B... fait valoir, au soutien du moyen tiré de ce que les hausses tarifaires auraient été décidées en méconnaissance des dispositions de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, d'une part, que les tarifs de péages fixés pour le tronçon Chambéry-Grenoble et le tronçon Chambéry-Albertville, d'une longueur équivalente, sont différents, d'autre part, que le tarif des péages appliqué au tronçon Chambéry-Grenoble a augmenté entre 2022 et 2023. Toutefois, ces seules circonstances, non assorties de précisions, ne sont de nature à démontrer ni la méconnaissance du principe d'égalité ni l'illégalité de la stipulation de l'article 25 du cahier des charges annexé à la convention conclue avec la société AREA qui prévoit une majoration des tarifs de péages de 0,080 %. Enfin, il ressort de l'avenant et des écritures du ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires que les hausses tarifaires sont notamment justifiées par l'aménagement d'un pôle d'échange multimodal sur l'autoroute A48 en entrée de l'agglomération grenobloise et par la création de dix parkings de covoiturage et de deux voies réservées aux transports collectifs. Si Mme B... allègue que ce pôle d'échange multimodal ne profiterait qu'à une faible partie des usagers de l'autoroute, il n'est pas établi que la hausse tarifaire serait, pour ce seul motif, manifestement disproportionnée au regard des objectifs poursuivis par cette tarification (..) 8. En dernier lieu, si Mme B... fait valoir que la concession autoroutière confiée à la société AREA s'est avérée beaucoup plus rentable que ce qui avait été initialement anticipé, cette seule circonstance

n'est pas de nature à démontrer qu'aucun risque lié à l'exploitation de l'ouvrage n'a été transféré au concessionnaire, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique ».

CAA Marseille, 12 février 2024, n°22MA01509, Commune d'Ajaccio c/ Société Leyton – CTR, classé C+

► **Consulter la décision**

Un contrat faisant participer une société au contrôle des déclarations fiscales a un contenu illicite.

Le juge du contrat, saisi d'un litige d'exécution d'un contrat confiant à une société privée une mission la faisant participer au contrôle des déclarations fiscales, relève d'office le moyen tiré de l'illicéité d'un tel contrat, ce service ne pouvant, par sa nature, être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration. Une commune, chargée du contrôle des déclarations fiscales relatives à la taxe locale sur la publicité extérieure en vertu de l'article R. 2333-13 du code général des collectivités territoriales, ne saurait légalement confier cette mission à une société privée.

CAA Marseille, 7 février 2024, n°22MA00138, *Société Kiping Génie Climatique c/ centre hospitalier de Martigue*, classé C+

► **Consulter la décision**

La réception sous réserves n'empêche pas le prononcé de pénalités de retard.

Lorsque la réception a été prononcée sous réserve de la réalisation de prestations manquantes, les travaux ne peuvent être regardés comme ayant été exécutés au sens de l'article 20.1 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, et les pénalités de retard dans l'exécution des travaux prévues par ces dispositions continuent par conséquent à courir jusqu'à l'achèvement de ces prestations manquantes. La seule circonstance que l'article 41.6 prévoit, en cas d'inexécution des prestations manquantes dans le délai prescrit, la possibilité pour le maître d'ouvrage de les faire exécuter aux frais et risques du titulaire, qui a pour objet de prémunir le maître de l'ouvrage contre une défaillance du titulaire, n'est pas de nature à exonérer ce dernier des pénalités de retard qui courent jusqu'à l'exécution complète des travaux.

CAA Douai, 21 Décembre 2023, n°22DA01773

► **Consulter la décision**

La non-vérification de la régularité fiscale de la société mère en cas d'intégration fiscale ni celle de la situation des salariés étrangers n'empêchent la poursuite de l'exécution du marché qui doit être résilié.

« *En premier lieu, si l'OPH des communes de l'Oise soutient avoir vérifié, avant la conclusion du contrat le 2 décembre 2020, la régularité de la situation fiscale de la société Agenor CDG au vu du certificat délivré par l'administration fiscale le 13 août 2020, il résulte de l'instruction que cette société est une filiale de la société Holding BFC qui a opté pour le régime de l'intégration fiscale prévu à l'article 223 A du code général des impôts et la consolidation du paiement de la taxe sur la valeur ajoutée prévu à l'article 1693 ter du même code. L'impôt sur les sociétés et la taxe sur la valeur ajoutée, dus sur le résultat de l'ensemble du groupe et non sur celui de chacune des sociétés du groupe, sont donc versés par la société mère et, ainsi qu'il est d'ailleurs précisé dans le certificat du 13 août 2020, la société Agenor CDG devait certifier la régularité de sa situation fiscale en produisant une attestation justifiant du versement des impositions par la société Holding BFC. Aucune demande n'a été adressée par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG afin d'obtenir cette attestation, requise par l'article 7.2 du règlement de consultation, en méconnaissance des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique. La circonstance que la situation fiscale de la société Holding BFC était régulière à la date de signature du contrat, ainsi qu'il ressort de l'attestation du 7 janvier 2021, produite à la préfecture le 16 février suivant, et de l'attestation datée du 17 novembre 2020, jointe au courrier du 22 avril 2021, est sans conséquence sur la réalité du manquement reproché à l'Office dès lors qu'il ne résulte pas de l'instruction et qu'il n'est pas même allégué que ces deux documents lui auraient été communiqués avant la conclusion du contrat, lui permettant de vérifier la situation fiscale de la société Agenor CDG, pressentie comme attributaire. En deuxième lieu, relevant que la société Agenor CDG n'avait produit aucune liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail alors que cette société n'établissait pas l'absence de tels salariés dans ses effectifs avant la conclusion du contrat, le tribunal administratif a considéré que l'OPH des communes de l'Oise avait entaché la procédure de passation du contrat d'une irrégularité en s'abstenant de demander une liste des salariés étrangers répondant aux conditions fixées aux articles R. 2143-8 du code de la commande publique et D. 8254-2 du code du travail. L'OPH des communes de l'Oise se borne à soutenir en appel que seuls les salariés étrangers affectés à l'exécution du contrat devraient figurer sur la liste, et non tous ceux qui sont employés par la société. Toutefois, une telle circonstance est là encore sans influence sur la constatation du manquement imputable à l'Office, qui n'a entrepris aucune démarche vis-à-vis de l'attributaire pressenti afin d'obtenir une liste, quel que soit le contenu de celle-ci. En dernier lieu, il résulte des dispositions précitées de l'article R. 2144-7 du code de la commande publique qu'en l'absence de demande, adressée avant la signature du contrat par l'OPH des communes de l'Oise à la société Agenor CDG, en vue d'obtenir les éléments justifiant de la régularité de sa situation fiscale, ainsi que la liste de ses salariés étrangers, la candidature de cette société aurait dû être déclarée irrecevable et écartée, ce qui faisait obstacle à la conclusion du contrat. Les irrégularités commises dans le cadre de la procédure de passation de ce contrat ne peuvent donc donner lieu à une régularisation devant le juge. Par ailleurs, si la société Agenor CDG a produit à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur datée du 19 octobre 2020 où elle atteste avoir satisfait à ses obligations fiscales au 31 décembre 2018, ce document, eu égard à la date de la consultation, ne répond pas aux exigences des articles L. 2141-2 et R. 2143-3 du code de la commande publique. En outre, la société n'a pas remis la liste de ses salariés étrangers soumis à autorisation de travail avant la signature du contrat. Dans ces conditions, eu égard à la portée du manquement reproché à l'OPH des communes de l'Oise qui, en omettant de demander cette liste et une attestation justifiant du respect de ses obligations fiscales à la société attributaire, n'a pas vérifié que cette société ne faisait l'objet d'aucune exclusion à ce titre, le vice entachant la procédure de passation ne permet pas la poursuite du contrat et ce, quand bien même la société a justifié de la régularité de sa situation fiscale et produit la liste requise postérieurement à la signature du contrat.*

Par suite, l'OPH des communes de l'Oise n'est pas fondé à soutenir que le tribunal administratif ne pouvait prononcer la résiliation du contrat litigieux ».

CAA Nancy, 19 Décembre 2023 – n° 20NC02422

► **Consulter la décision**

Il n'y pas deux prestations distinctes imposant deux lots distincts pour la fourniture de deux environnements numériques de travail dans certaines circonstances.

« *4. D'une part, il résulte de l'instruction que la région Bourgogne-Franche-Comté a entendu, avec ses partenaires, recourir à une solution unifiée d'ENT pour tous les degrés d'enseignement, en remplacement des trois espaces préexistants, afin d'offrir une meilleure continuité possible entre le premier et le second degré. Le schéma directeur des espaces numérique de travail (SDET) définit l'ENT comme " un ensemble intégré de services numériques choisis et mis à disposition de tous les acteurs de la communauté éducative d'une ou plusieurs écoles ou d'un ou plusieurs établissements scolaires dans un cadre de confiance défini par un schéma directeur des ENT et par ses annexes. Il constitue un point d'entrée unifié permettant à l'utilisateur d'accéder, selon son profil et son niveau d'habilitation, à ses services et contenus numériques. Il offre un lieu d'échange et de collaboration entre ses usagers, et avec d'autres communautés en relation avec l'école ou l'établissement ". Le SDET précise que de nombreuses exigences sont communes entre le premier et le second degré. Ainsi, il résulte de l'instruction que sur les 493 exigences et recommandations de la solution logicielle énoncées dans le document annexe du SDET, seules 19 (soit 4%) sont spécifiques au premier degré, et certaines d'entre elles ont par ailleurs leur équivalence dans le second degré. Il en résulte que l'ENT du premier degré et celui du second degré, lesquels ont le même objet, ne constituent pas des prestations distinctes. À cet égard, ni la circonstance que la région a distingué dans le bordereau des prix unitaire (BPU) les versions de l'ENT destinées au premier et au second cycle, ni le fait que certaines régions ont opté pour un ENT propre à chaque degré ne suffisent à démontrer le caractère distinct de ces prestations.*

5. D'autre part, le marché s'étend sur une région entière et concerne près de 450 000 élèves, soit environ 240 000 dans le premier degré et 206 000 dans le second degré environ. Si la requérante fait également valoir qu'un allotissement géographique aurait dû être envisagé, spécialisé uniquement dans le premier de degré, elle n'est pas susceptible d'avoir été lésée par le défaut d'allotissement géographique pour une prestation comprenant tant le premier que le second degré ».

CAA Toulouse, 19 déc. 2023, n° 22TL00721, SARL Informatique et Réseaux

► **Consulter la décision**

Une personne publique peut résilier un marché conclu oralement et sans limitation de durée au motif de la nécessité d'une remise en concurrence.

« *Sur la résiliation du marché et le droit à indemnisation du titulaire :*

5. En premier lieu, ainsi que l'ont considéré à bon droit les premiers juges, la Fondation Calvet pouvait, au motif de la volonté de mettre en concurrence un marché que la société Informatique et Réseaux exécutait sans contrat écrit depuis 2002, ce qui constituait un motif d'intérêt général, prononcer la résiliation du marché. En second lieu, la Fondation Calvet, qui ne s'était pas engagée pour une durée déterminée vis-à-vis de la société Informatique et Réseaux, pouvait mettre fin au contrat sans que celle-ci puisse prétendre à indemnité du fait de cette résiliation. À cet égard, la circonstance selon laquelle la Fondation Calvet aurait commis une faute en ne concluant pas de contrat écrit est sans incidence sur la régularité de la résiliation du contrat dans l'intérêt général. Dans ces conditions, les conclusions présentées par la société Informatique et Réseaux tendant à la condamnation de la Fondation Calvet à lui verser la somme de 14 688 euros à titre d'indemnité de résiliation doivent être rejetées ».

L'essentiel du droit des contrats publics, avril 2024, n° 6

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

Conseil d'Etat, Sect., 22 mars 2024, n°455107, Caisse primaire d'assurance maladie du Puy-de-Dôme, classé A : Une transaction n'est pas invocable par un tiers même subrogé dans les droits de la victime. 2

Conseil d'Etat, Sect., 22 mars 2024, n°471048, Association Bon Sens, classé A : Les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour se prononcer sur une demande d'annulation d'une clause d'un bon de commande passé par un organisme français passé en application d'un contrat-cadre conclu par la Commission européenne. 6

Conseil d'Etat, 3 avril 2024, n° 472476, Société Victor Hugo 21, classé A : Un bail en l'état futur d'achèvement doit être requalifié en marché public lorsque la personne publique exerce une influence sur la structure architecturale de ce bâtiment et sur la spécificité ou l'ampleur des aménagements intérieurs. 7

Conseil d'Etat, 4 avril 2024, n° 491068, Métropole Toulon-Provence-Méditerranée, classé C : Une personne publique peut s'opposer à la résiliation d'un marché public d'assurance par un assureur malgré un préavis de plus de huit mois. 10

Cour administrative d'appel de Marseille, 12 février 2024, n° 22MA01509, Commune d'Ajaccio, classé C+ : Un contrat confiant à une société privée la mission du contrôle des déclarations fiscales relatives à la taxe locale sur la publicité extérieure a un contenu illicite. 12

Brèves pour la période de décembre 2023 à avril 2024 : 14

Conseil d'Etat, Sect., 22 mars 2024, n°455107, Caisse primaire d'assurance maladie du Puy-de-Dôme, classé A : Une transaction n'est pas invocable par un tiers même subrogé dans les droits de la victime.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Voici une nouvelle illustration de l'effet relatif des conventions, interprété plus strictement en droit administratif qu'en droit civil. En effet, si la Cour de cassation a admis en 2006 que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (Cass., Ass. plén., 6 oct. 2006, *Consorts L… et autre c/ Société Myr'Ho SARL* ; n° 05-13.255 ; Bull. civ. 2006, Ass. Plén., n° 9), le Conseil d'Etat a refusé de la suivre (CE, Sect., 1er juillet 2011, n° 339409, *Mme Gilles*, classé A, solution étendue au maitre de l'ouvrage, CE, 7 décembre 2015, n° 380419, *Commune de Bihorel*, classé A). On sait qu'il y a apporté une seule exception, s'agissant des participants à une opération de travaux publics (CE, 11 octobre 2021, n° 438872, *SMEC*).

L'affaire commentée illustre à nouveau une divergence entre les deux cours suprêmes à propos de l'effet relatif des conventions, cette fois s'agissant de l'invocabilité d'une transaction par un tiers, en l'occurrence une caisse de sécurité sociale subrogée dans les droits de la victime mineure d'un accident survenue dans un centre de loisir géré par une commune. Saisi par la mère de l'enfant mineur qui s'est ensuite désistée suite à une transaction signée avec la commune, le tribunal administratif a, d'une part, donné acte du désistement et, d'autre part, fait droit aux conclusions de la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM), intervenue à l'instance, tendant au remboursement des débours exposés par cet organisme en lien avec la prise en charge médicale de l'enfant. La CPAM du Puy-de-Dôme, qui entendait se prévaloir d'une reconnaissance de responsabilité de la commune résultant de la transaction, se pourvût en cassation contre l'arrêt par lequel la cour administrative d'appel avait, sur appel de la commune, annulé le jugement du tribunal administratif comme irrégulier puis, après avoir évoqué, rejeté ses conclusions. Si le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la CAA et renvoie à la CAA de Lyon (contrairement sur ce point à ce que lui proposait son rapporteur public), c'est pour un motif d'irrégularité, non sans avoir au préalable repris la solution de fond adoptée par la CAA de Lyon.

La Cour de cassation a pu juger, dans une situation similaire de subrogation relative à la célèbre affaire du Médiator et des laboratoires Servier (21 avril 2022, n° 20-17.185, publiée au bulletin), et contrairement à son avocat général, que la personne qui transige avec la victime d'un dommage corporel *« admet par là-même, en principe, un droit à indemnisation de [cette dernière], dont la caisse, subrogée dans ses droits, peut se prévaloir » et qu'il « incombe … aux juges du fond, saisis du recours subrogatoire de la caisse qui n'a pas été invitée à participer à la transaction, d'enjoindre aux parties de la produire pour s'assurer de son contenu et, le cas échéant, déterminer les sommes dues à la caisse (…) »*.

Le Conseil d'Etat juge en sens inverse ici que :

« S'il est loisible aux personnes publiques de conclure une transaction pour mettre un terme à une procédure mettant en cause leur responsabilité, les tiers à ce contrat ne peuvent se prévaloir d'un droit à indemnisation résultant de sa signature. Les dispositions précitées du code de la sécurité

sociale, qui régissent le recours subrogatoire des caisses de sécurité sociale, n'ont ni pour objet ni pour effet de déroger à cette règle et de permettre à ces caisses, dans l'exercice de ce recours à l'encontre d'une personne publique, d'invoquer un droit à indemnisation tiré des termes du règlement amiable conclu entre cette personne publique et un de leurs assurés ou ses ayants droit lorsqu'elles ne sont pas parties à ce règlement. La reconnaissance d'un tel droit, qui pourrait au demeurant contrevenir au principe suivant lequel les personnes morales de droit public ne peuvent être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas, ne résulte d'aucune autre disposition législative. Il appartient dès lors au juge, lorsqu'il est saisi d'un recours subrogatoire par une caisse de sécurité sociale, de se prononcer au vu de l'instruction, sur l'existence d'une faute de la collectivité publique ou de tout autre fait de nature à justifier la prise en charge du dommage ainsi que d'un lien de causalité direct et certain avec les débours exposés. »

Apparaît ainsi, dans le raisonnement du Conseil d'Etat qui ne procède pas si souvent à de telles explications de textes, deux raisons à cette non transposition de la solution de la Cour de cassation. En premier lieu, aucune disposition législative, qu'il s'agisse de celles relatives aux caisses de sécurité sociale ou de toute autre disposition législative, ne reconnaît un tel droit à invocabilité de la transaction. Cela n'allait pas de soi pour ce qui est du Code de la sécurité sociale puisque c'est précisément sur cette base que la Cour de cassation a justifié sa position. Son article L. 376-1 qualifie leur recours de « subrogatoire », ce qui va dans le sens de l'invocabilité selon elle ; son article L. 376-3 prévoit que le règlement amiable intervenu entre un tiers et leur assuré ne peut leur être opposé qu'autant qu'ils ont été invités à y participer ; son article L. 376-4 énonce que s'ils n'ont pas reçu d'information sur un tel règlement, une fois celui-ci intervenu, la prescription ne peut leur être opposée et une pénalité leur est due. En conséquence, il en résulterait que le droit à indemnité reconnu à la victime doit l'être également à la caisse.

La Cour de cassation s'est aussi fondée sur sa propre jurisprudence en vertu de laquelle le tiers à un contrat peut invoquer à son profit, comme constituant un fait juridique, la situation créée par une transaction. De ce fait, cette solution est, selon le rapporteur public Florian Roussel dans l'affaire commentée ici, transposable aux recours des autres tiers payeurs, mentionnés à l'article 29 de la loi « Badinter », tels que les mutuelles et tout organisme, public ou privé, y compris des assureurs, ayant pris en charge des frais de traitement médical et de rééducation, le régime de leur recours subrogatoire, défini par cette loi, étant analogue à celui des caisses.

Mais aucun des arguments textuels ne trouvent grâce aux yeux de Florian Roussel, qui s'appuie notamment sur les travaux préparatoires de la loi à l'origine de ces textes :

« En particulier, l'article L. 376-1 n'envisage rien de tel, puisqu'il impose uniquement d'appeler les caisses en déclaration de jugement commun, en cas d'instance contentieuse. De même, si l'article L. 376-3 prévoit l'inopposabilité à la caisse du règlement amiable entre le tiers et l'assuré, il ne peut en être déduit, réciproquement, que cet organisme pourrait se prévaloir d'un tel accord. Quant à l'article L. 376-4, ses dispositions n'imposent l'information des caisses que sur l'accord « conclu ». Leur objet est donc non pas qu'elles soient associées à l'élaboration de la transaction mais qu'elles disposent de suffisamment d'éléments pour engager leur propre recours, lorsque celui-ci ne peut se greffer à celui de la victime ».

Quant à la portée de la subrogation, la jurisprudence administrative va plutôt dans le sens de la non invocabilité d'une transaction puisqu'il a été jugé que les tiers payeurs exercent un droit qui leur est

propre, ce qui signifie, comme le dit le rapporteur public, que « le sort de leurs demandes et le sort de celles de la victime ne soient pas liés en toutes circonstances, comme c'est le cas d'ordinaire entre le subrogeant et le subrogé ». Pour lui, *« en qualifiant expressément de subrogatoire l'action des tiers payeurs, au détour d'un amendement parlementaire voté en 2006, le législateur a uniquement entendu remettre en cause le caractère prioritaire jusqu'alors reconnu à leurs droits sur ceux de la victime »*.

On doit ajouter que la jurisprudence a aussi refusé qu'un tiers se voit opposer une transaction (CE, 24 avril 2012, *CHI de Sèvres*, n° 329737, classé B).

En deuxième lieu, une telle reconnaissance pourrait aller à l'encontre du « principe suivant lequel les personnes morales de droit public ne peuvent être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas » affirme le Conseil d'Etat. Pris au sens strict, tel que le visait l'arrêt à l'origine du principe (CE Sect. 19 mars 1971, Mergui, n°79962, au rec.), ce principe est totalement justifié. Mais il est parfois entendu de manière très large voire discutable, en particulier s'agissant des montants d'indemnisation auxquels a droit un cocontractant en application d'une clause de résiliation pour motif d'intérêt général (CE, 16 décembre 2022, n°455186, *Société Grasse vacances*). Dans ses conclusions sur cet arrêt, sans remettre en cause la nécessaire marge de manœuvre des parties qui envisagent une transaction, le rapporteur public a tout de même indiqué que :

« pour déterminer si une transaction constitue une libéralité consentie de façon illicite par une collectivité publique, les concessions réciproques consenties par les parties dans le cadre de cette transaction doivent être appréciées de manière globale, et non en recherchant si, pour chaque chef de préjudice pris isolément, les indemnités négociées ne sont pas manifestement disproportionnées. Vous pourrez continuer de le juger en précisant, désormais, qu'il n'y a pas lieu de rechercher si, pour chaque chef de préjudice pris isolément, **les indemnités négociées ne sont pas excessives** » (c'est nous qui soulignons).

En l'espèce, il n'est pas question de portée des concessions réciproques mais de reconnaissance d'un droit à indemnité. A cette aune, il est vrai que si un tiers pouvait se prévaloir d'une transaction concernant une reconnaissance de responsabilité, cela pourrait aboutir à ce qu'une personne publique soit condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas si le juge aurait pu considérer, dans un cadre contentieux classique, qu'il n'y a pas d'engagement de la responsabilité de la personne publique.

Le rapporteur public ajoutait d'autres raisons. Ainsi, le Conseil d'Etat se départit de la Cour de cassation qui a *« une conception plus objective du contrat, traité comme un fait juridique invocable par les tiers »* comme l'illustre l'arrêt de 2006 précité mais aussi le nouvel article 1200 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (*« Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat./ Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait »*). Enfin, il évoquait tous les arguments d'opportunité pour et contre l'invocabilité, ces derniers l'emportant largement : en particulier, il *« demeurera des hypothèses dans lesquelles le juge devra se prononcer sur la responsabilité de l'administration à l'occasion d'un recours formé par le seul tiers payeur. On pense notamment aux hypothèses de désistement de la victime ou de rejet pour irrecevabilité de son action, et surtout à celle dans laquelle la caisse a bien été associée à la transaction, sans qu'un accord ait pu être trouvé sur le montant des débours, notamment compte tenu des difficultés de mise en œuvre de la solution inverse »*.

Il est à noter que le Conseil d’Etat n’a admis la non invocabilité de la transaction des caisses de sécurité sociale que lorsqu’elles ne sont pas « parties à ce règlement amiable ». On peut penser qu’a contrario, elles pourraient l’invoquer puisqu’elles ne sont alors pas de vrais tiers. Encore faut-il savoir ce que l’on entend par « parties à ce règlement amiable », ce qui ne ressort pas des conclusions du rapporteur public. De toute évidence, la notion semble plus large que celle de « partie à cette transaction » - au demeurant, on a du mal à imaginer qu’une CPAM puisse être partie à une telle transaction, même si la Cour de cassation, dans son arrêt précité, évoque l’hypothèse d’une caisse « invitée à participer à la transaction ». On peut faire un parallèle avec ce qui existe en matière hospitalière, et notamment l’obligation, prévue à l’article L. 376-1, 8eme alinéa du Code de la sécurité sociale :

« L'intéressé ou ses ayants droit doivent indiquer, en tout état de la procédure, la qualité d'assuré social de la victime de l'accident ainsi que les caisses de sécurité sociale auxquelles celle-ci est ou était affiliée pour les divers risques. **Ils doivent appeler ces caisses en déclaration de jugement commun ou réciproquement**. A défaut du respect de l'une de ces obligations, la nullité du jugement sur le fond pourra être demandée pendant deux ans, à compter de la date à partir de laquelle ledit jugement est devenu définitif, soit à la requête du ministère public, soit à la demande des caisses de sécurité sociale intéressées ou du tiers responsable, lorsque ces derniers y auront intérêt. Dans le cadre d'une procédure pénale, la déclaration en jugement commun ou l'intervention des caisses de sécurité sociale peut intervenir après les réquisitions du ministère public, dès lors que l'assuré s'est constitué partie civile et qu'il n'a pas été statué sur le fond de ses demandes ».

Il reste à savoir si, dans l’hypothèse où la transaction interviendrait à la suite de cet appel en déclaration de jugement commun, les CPAM pourraient être considérées comme « parties à ce règlement amiable » du fait de cette déclaration.

Conseil d'Etat, Sect., 22 mars 2024, n°471048, Association Bon Sens, classé A : Les juridictions françaises ne sont pas compétentes pour se prononcer sur une demande d'annulation d'une clause d'un bon de commande passé par un organisme français passé en application d'un contrat-cadre conclu par la Commission européenne.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Un commentaire détaillé est désormais disponible dans la revue JCP G des éditions Lexis Nexis :

► **François Lichère, « Incompétence des juridictions françaises pour se prononcer sur une demande d'annulation de la clause d'irresponsabilité du vaccin contre la Covid-19 », note sous CE, Sect., 22 mars 2024, n°471048, *JCP G*, n° 17, 29 avril 2024, 534.**

Conseil d'Etat, 3 avril 2024, n° 472476, Société Victor Hugo 21, classé A : Un bail en l'état futur d'achèvement doit être requalifié en marché public lorsque la personne publique exerce une influence sur la structure architecturale de ce bâtiment et sur la spécificité ou l'ampleur des aménagements intérieurs.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Voici de nouveau sur la table contentieuse la question des liens entre contrats immobiliers et marchés publics. Par principe, un achat immobilier ou une location immobilière est exclu du champ des directives marchés publics et concession compte tenu du caractère non substituable de l'immeuble. Mais il peut arriver que l'autorité contractante exerce une « influence déterminante » sur la conception de l'ouvrage de sorte qu'il répond alors à ses besoins (CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13), ce qui entraine la requalification en marché public. A cet égard, le fait que l'ouvrage soit à construire et non construit n'est pas le critère que retient la jurisprudence européenne. En revanche, elle distingue la conception extérieure des aménagements intérieurs : l'influence est déterminante lorsqu'elle porte sur *« la structure architecturale [du] bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs »* mais *« les demandes concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur »* (CJUE, 22 avril 2021, *Commission c/ République d'Autriche*, C-537-19, §53).

L'intérêt de l'arrêt commenté est, de ce point de vue, double. D'une part, le Conseil d'Etat reprend in extenso la formule de la Cour de justice issue de ce dernier arrêt. La filiation est d'ailleurs beaucoup plus marquée qu'avec l'arrêt de Section du 8 février 1991, Région Midi-Pyrénées, n° 57679, rendu à propos de la VEFA, alors même que le fichage de l'arrêt y fait référence. On se souvient que dans ce dernier arrêt, la Conseil d'Etat avait requalifié une VEFA en marché dès lors que *« l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres »*. Or le critère de la propriété n'est plus du tout à l'ordre du jour et le fait que l'ouvrage soit conçu en fonction de ses besoins propres implique la caractérisation d'une influence déterminante dans les conditions précitées.

D'autre part, le Conseil d'Etat illustre positivement la nouvelle formulation dans un contexte où, précisément, étaient en cause à la fois des aménagements intérieurs d'un bâtiment existant et une influence déterminante sur la conception d'un immeuble à construire et destinées à accueillir des services médicaux :

« [...] tant l'aménagement du bâtiment existant A que la construction et l'aménagement du nouveau bâtiment C répondent aux besoins exprimés par le centre hospitalier, visant à regrouper ses activités ambulatoires de psychiatrie infanto-juvénile ainsi que le centre d'accueil thérapeutique à temps partiel et les hôpitaux de jours consacrés à l'accueil d'enfants de moins de 12 ans, et aux exigences spécifiques qu'il a fixées relatives, d'une part, à l'implantation du nouveau bâtiment C dans la

continuité du bâtiment A, d'autre part, aux nombreux aménagements intérieurs des bâtiments A et C nécessaires aux activités thérapeutiques spécifiques devant s'y dérouler. »

L'autre intérêt de l'arrêt, qui justifie également le fichage et le classement en « A », est de conclure à l'existence d'un contenu illicite du contrat, dont on sait qu'il permet, aux côtés d'un vice d'une particulière gravité, à une partie de demander l'annulation pure et simple du contrat en application de la jurisprudence Béziers I.

L'arrêt illustre bien à cet égard le fait que la notion de contenu illicite est plus large que celle d'objet illicite puisqu'était en cause ici la question de l'illicéité du prix et plus précisément le fait que le prix soit, en raison de la forme qu'il prenait, c'est-à-dire un loyer, contraire à l'interdiction du paiement différé.

Qu'un loyer versé en échange de la construction et de la mise à disposition (par vente ou location) d'un ouvrage soit contraire à l'interdiction du paiement différé, il y a bien longtemps que le Conseil d'Etat la dit (CE, 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de la Ciotat*, n°150931), condamnant alors la pratique du marché d'entreprise de travaux publics avant que le législateur ne l'autorise ensuite sous différentes formes (AOT-LOA, BEH, Contrats de partenariat puis marchés de partenariat). Mais doit-on alors considérer qu'un contrat qui contient une telle clause illégale a un « contenu illicite » ? La réponse positive paraît justifiée, alors même qu'il ne s'agit pas d'une règle d'ordre public que le juge administratif peut soulever d'office, dans la mesure où la décision Béziers I vise indifféremment « une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui » : puisque le prix est assurément un élément essentiel d'un contrat, en droit public comme en droit privé, il n'y a dès lors pas lieu de s'arrêter à la définition un peu trop restrictive qu'avait donné l'arrêt Cerba du contenu illicite :

« Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement » (CE, 9 novembre 2018, *Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, n° 420654 et 420663, p. 407).

Quant au fait de savoir si la clause était indivisible, cela allait de soi s'agissant d'une clause financière.

Enfin, le Conseil d'Etat juge surabondant le fait que la Cour administrative d'appel de Marseille se soit aussi appuyé sur une clause d'option d'achat, puisque la question de la propriété future est indifférente à la requalification en marché public, que le montage contractuel retenu avait pour but d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence, puisque cela n'entraine pas automatiquement annulation du contrat dans le cadre d'un recours Béziers I (CE, 12 janvier 2011, *Manoukian*, n°338551) et sur l'interdiction pour les établissements publics de santé de recourir à la procédure du marché de partenariat puisqu'il serait difficile alors de parler de contenu illicite.

Il convient également d'être vigilant, pour le BEVA comme pour la VEFA, au respect de la loi dite « MOP » du 12 juillet 1985, désormais codifiée au Code de la commande publique et qui interdit par principe, pour la plupart des personnes publiques et la plupart des ouvrages publics, un transfert de maîtrise d'ouvrage publique : le champ d'application de cette loi n'est pas exactement le même que

celui de marché de travaux et surtout de celui de l’interdiction du paiement différé (laquelle ne s’appliquera que pour le BEFA et ne concerne pour certains acheteurs). Il pourrait donc y avoir des situations où un tel montage ne peut être déclaré illégal sur la base l’interdiction du paiement différé car ne s’appliquant pas mais seraient contraire à l’interdiction de transférer la maîtrise d’ouvrage publique.

Enfin, on rappellera que le Code de la commande publique, comme la directive 2014/24, a prévu la possibilité de passer des marchés sans publicité ni mise en concurrence qui ne peuvent être attribués qu’à un seul opérateur « pour des raisons techniques ». La transposition française a apporté cette précision à l’article R. 2122-3 CCP :

« Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire. »

Il convient là encore d’être vigilant dans la mesure où une telle dérogation n’est pas prévue par les directives. La seule possibilité pour qu’une telle dérogation soit possible est en réalité de la faire rentrer dans les hypothèses de « contrats mixtes ».

Conseil d'Etat, 4 avril 2024, n° 491068, Métropole Toulon-Provence-Méditerranée, classé C : Une personne publique peut s'opposer à la résiliation d'un marché public d'assurance par un assureur malgré un préavis de plus de huit mois.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Bien que classée C et en « jugeant seule », c'est-à-dire chambre unique, cet affaire peut retenir l'attention au regard de la compréhension dont fait preuve le juge administratif à l'égard d'une personne publique décidant de s'opposer à la résiliation prononcée par un assureur. Le Code des assurances prévoit une telle possibilité de manière générale, avec un préavis de deux mois sauf stipulations prévoyant un préavis plus long, et ces dispositions valent par principe aussi pour les marchés publics d'assurance. Néanmoins, le Conseil d'Etat y a apporté une dérogation en 2023 :

« Il résulte toutefois des principes généraux applicables aux contrats administratifs que lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat » (CE, 12 juillet 2023, Grand port maritime de Marseille, n°469319).

En l'espèce, il ne fait guère de doute qu'il existait un motif d'intérêt général compte tenu de l'objet de la police d'assurance *« de garantir l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers appartenant à la métropole Toulon Provence Méditerranée ou dont cette dernière a la garde en vue de l'exécution des missions de service public dont elle est chargée contre divers risques, tels ceux d'incendie, d'explosion, de dégâts des eaux, de catastrophes naturelles, d'actes de vandalisme ou de terrorisme »*. Il en irait probablement autrement pour des assurances non obligatoires et qui couvrent des biens très particuliers et pas essentiels au fonctionnement du service public.

La question que pose cette affaire concerne le délai du préavis puisque l'assureur avait notifié, le 7 avril, la résiliation du contrat au 31 décembre de la même année, ce qui laissait tout de même plus de neuf mois pour relancer une procédure de passation. Le Conseil d'Etat juge implicitement que ce délai n'était pas suffisant, sans donc en justifier et les conclusions n'apportent pas plus d'éléments probants à cet égard. Plus encore, ce n'est que le 23 décembre que la métropole s'est opposée à la résiliation et, devant le refus de l'assureur, a saisi le TA d'un référé mesure utile, rejeté le 5 janvier. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat s'appuie sur le contrat, qui prévoyait un préavis de six mois, et non sur la date effective d'envoi de la notification du préavis, pour juger le délai insuffisant. Autant d'éléments qui auraient pu, selon nous, faire pencher la balance dans le sens de rejet de la demande d'opposition à résiliation.

Au contraire, le Conseil d'Etat ordonne *« à la société Groupama Méditerranée de reprendre*

intégralement l'exécution des prestations auxquelles cette société est obligée par le contrat en litige, pendant la durée strictement nécessaire au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché d'assurance par la métropole Toulon Provence Méditerranée, sauf à ce que cette dernière y renonce, et au plus tard, dans les circonstances de l'espèce, jusqu'au 30 décembre 2024 ». On aboutit finalement à laisser à la collectivité un délai équivalent à celui qui lui avait été laissé par l'assurer initialement…

Il est à noter que la question des marchés d'assurances a fait l'objet d'un récent rapport sénatorial qui ne résout pas, ni sur les questions juridiques ni sur le manque de concurrence voire l'absence d'opérateurs. Il semblerait en outre que la tendance soit, pour les assureurs concernés – deux opérateurs interviennent surtout dans le secteur – de ne pas répondre aux appels d'offres et de permettre ainsi de passer ensuite un marché de gré à gré, ce qui n'est pas très sein.

On doit aussi noter que le guide pratique de la DAJ sur le sujet, datant de 2008, estime qu'il n'y a pas lieu à ouvrir une procédure négociée. Il serait bon qu'il soit actualisé dans la mesure où les conditions de recours à cette dernière ont été assouplies avec la transposition des directives de 2014 et que l'on peut penser que le recours à la procédure négociée permettrait peut-être d'accroitre la concurrence.

Cour administrative d'appel de Marseille, 12 février 2024, n° 22MA01509, Commune d'Ajaccio, classé C+ : Un contrat confiant à une société privée la mission du contrôle des déclarations fiscales relatives à la taxe locale sur la publicité extérieure a un contenu illicite.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cet arrêt de cour, classé C+ (à publier aux tables du recueil Lebon), illustre à nouveau la notion de contenu illicite d'un contrat dans le cadre d'un recours Béziers I. La commune d'Ajaccio avait signé avec une société *« une convention d'audit et de conseil en ingénierie fiscale en vue d'identifier, au profit de la commune, les possibilités d'optimisation de la taxe locale sur la publicité extérieure au titre de l'année 2017 »*. Estimant que la commune avait mis fin de manière unilatérale aux relations contractuelles, la société a émis une facture d'un montant de 30 000 euros toutes charges comprises dont le paiement a été refusé par un courrier du maire d'Ajaccio. Après réclamation préalable rejetée par le maire, la société a alors saisi le tribunal administratif de Bastia d'une demande tendant à la condamnation de la commune d'Ajaccio à lui verser la somme de 30 000 euros au titre d'une facture impayée. Par le jugement du 29 mars 2022, le tribunal administratif a fait droit à cette demande. La commune d'Ajaccio a relevé appel de ce jugement et la Cour administrative d'appel lui donne raison.

Après avoir analysé dans le détail le contrat, la Cour estime que :

« [...] la mission dévolue contractuellement à la société CTR ne se limitait pas au recensement des enseignes, préenseignes et dispositifs publicitaires et à la fourniture de conseils d'ordre général, mais impliquait l'accès à des données fiscales personnelles (…). En outre, l'article 5.1 de la convention confiait à la société le soin d'" effectuer la gestion des contestations " des contribuables. Enfin, l'article 5.2 de cette convention prévoyait l'obligation pour la commune d'assurer la " transmission à CTR de tous les éléments et documents justifiant de la perception de la Taxe ". Dans cette mesure, la convention a fait participer la société à l'exécution même du service du contrôle fiscal. La circonstance que la société CTR n'émettait pas elle-même les titres de recettes, mais se bornait à " accompagner " la commune, " qui à aucun moment n'abandonnait son pouvoir à la société ", n'est pas de nature à modifier cette analyse, dès lors qu'ainsi qu'elle le reconnaît, la société participait à l'examen des situations fiscales individuelles conduisant à l'établissement des rôles. »

Le fichage de l'arrêt fait la comparaison avec la police administrative et la vénérable jurisprudence Ville de Castelnaudary (CE, 17 juin 1932, *Ville de Castelnaudary*, n° 12045, p. 595) On peut aussi citer l'arrêt Sogeparc sanctionnant une délégation de prérogatives de police de stationnement sur la voie publique et mettant à la charge du concessionnaire des dépenses étrangères à l'exploitation des ouvrages, en l'occurrence, la rémunération d 'agents municipaux (CE, 19 décembre 2007, n° 260327). Il est vrai que rares sont les hypothèses de transfert de gestion d'une taxe, a fortiori sanctionné par un juge et c'est aussi en cela que l'arrêt est intéressant.

La Cour prend soin de s'appuyer, pour conclure à l'illicéité de l'objet du contrat, sur le CGCT : *« Le service de contrôle de l'assiette des impositions de toute nature ne peut être confié qu'à des agents placés sous l'autorité directe de l'administration, qui, dans le cas de la taxe locale sur la publicité extérieure, sont, en vertu des dispositions précitées de l'article R. 2333-13 du code général des collectivités territoriales, les agents de la commune percevant la taxe, lesquels sont d'ailleurs*

astreints, en vertu de l'article L. 103 du livres des procédures fiscales, au secret professionnel ». Cette référence textuelle est intéressante tant il est permis de penser que la Cour aurait pu s’en passer.

Sans surprise, elle estime que les clauses illicites en question sont indivisibles du reste du contrat et en déduit l’annulation de celui-ci.

Les conclusions du rapporteur public sont également notables en ce que, avant de proposer d’annuler le contrat, il entendait répondre aux arguments des parties quant au droit à rémunération ou non du cocontractant. En vertu de la convention, il s’agissait d’honoraires, établis sur la base des résultats obtenus. La commune d’Ajaccio soutenait que la somme réclamée par la société CTR n’était pas due, dès lors que la rémunération du prestataire est conditionnée à l’augmentation du produit de la taxe. Interprétant le contrat qui n’était pas très clair sur ce point, le rapporteur public donnait raison à la commune et ajoutait que le rapport remis à la collectivité par la société CTR ne permettait pas d’établir que les prestations de la société auraient apporté des recettes supplémentaires de TLPE à la commune. En somme, le prestataire n’apportait pas la preuve de l’optimisation fiscale et n’aurait pas eu droit, en tout état de cause, à une rémunération à ce titre.

En revanche, l’annulation du contrat pose la question de son droit à indemnité, qui n’était pas ici en cause puisque la demande indemnitaire était de nature contractuelle. Mais il est probable que, compte tenu du contenu illicite, il ne pourra réclamer quoique ce soit puisqu’il manquera alors le lien de causalité entre la faute éventuelle de la personne publique et son préjudice, comme la précédente newsletter l’a illustré (CE, 2 février 2024, 471318, *Société gestion cuisines centrales Réunion*).

Brèves pour la période de décembre 2023 à avril 2024 :

Textes législatifs et réglementaires

Décret n° 2023-1292 du 27 décembre 2023 fixant le seuil d'application des offres variables dans les procédures de marchés passés par les entités adjudicatrices a été publié au Journal officiel du 29 décembre 2023

► **Consulter le décret.**

Ce décret a été pris en application de l'article 28 de la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte, qui a introduit une dérogation au principe d'interdiction des offres variables en modifiant respectivement les articles L. 2151-1 et L. 2152-7 du code de la commande publique. Le seuil en question a été fixé à 10 millions d'euros HT.

Arrêtés du 18 mars 2024 modifiant les arrêtés du 22 décembre 2022 relatifs aux données essentielles des contrats de la commande publique

► **Consulter les arrêtés.**

Ils étendent le régime de déclaration des données essentielles fixé par les arrêtés du 22 décembre 2022 aux actes d'exécution, pris après le 1er janvier 2024, mais relatifs aux marchés publics notifiés et aux contrats de concession conclus avant le 1er janvier 2024, sachant que ces dispositions entreront en vigueur au 1er mai 2024. Sont concernés les actes spéciaux de sous-traitance, les actes de sous-traitance modificatifs et aux modifications (pour les marchés publics), et les modifications et les données d'exécution (pour les contrats de concession). Auparavant, ces actes d'exécution restaient soumis au régime fixé par le précédent arrêté du 22 mars 2019 relatif aux données essentielles dans la commande publique, posant des difficultés pratiques et techniques.

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

TC, 4 décembre 2023, n° C4294

► **Consulter la décision.**

Le juge administratif est compétent sur le recours d'un tiers contre le refus de résilier une convention portant sur le domaine privé :

« Si la contestation par une personne privée de l'acte par lequel une personne morale de droit public, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne privée, conduit ou termine une relation contractuelle, quelle qu'en soit la forme, dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance relève de la compétence du juge judiciaire, la juridiction administrative est compétente pour connaître de la demande formée par un tiers tendant à l'annulation de l'acte autorisant la conclusion d'une convention ayant cet objet,

comme de l'acte refusant de mettre fin à une telle convention. La juridiction administrative est, de même, compétente pour connaître de la contestation par l'intéressé de l'acte par lequel une personne morale de droit public refuse d'engager avec lui une relation contractuelle ayant un tel objet. »

CAA Douai, 23 Janvier 2024, n° 22DA01088, *SA Etandex*

► **Consulter la décision.**

Un acheteur ne justifiait d'aucun motif pour arrêter la procédure et doit indemniser le manque à gagner du candidat ayant subi une perte sérieuse d'emporter le marché :

« [...] la collectivité fait valoir, dans ses écritures devant le tribunal et la cour, qu'elle a refusé de conclure le contrat au motif d'une concurrence insuffisante entre entreprises. Or, si les dispositions précitées de l'article 47 du décret du 25 mars 2016 précisent que le nombre minimum de candidats retenus pour assurer une concurrence effective dans la procédure concurrentielle avec négociation est de trois, le pouvoir adjudicateur a néanmoins la possibilité de poursuivre la procédure alors même que le nombre de candidats est inférieur. Ainsi, s'il résulte de l'instruction qu'à la suite de la reprise de la procédure après l'intervention du juge du référé précontractuel, seules deux sociétés ont confirmé leur candidature, dont la SA Etandex, la communauté de communes du pays du Clermontois pouvait régulièrement poursuivre la procédure. Par suite, et alors que la société Etandex avait proposé l'offre la moins-disante et avait été classée en première position par la commission d'appel d'offres, le motif tiré d'une concurrence insuffisante, opposé a posteriori, est erroné et ne pouvait justifier que la collectivité renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général. 8. En dernier lieu, la collectivité fait valoir, dans ses écritures devant le tribunal et la cour, qu'elle a refusé de conclure le contrat au motif de l'abandon du projet de réhabilitation des ouvrages existants de la station d'épuration de Breuil-le-Vert. Il résulte de l'instruction que la communauté de communes du Clermontois a décidé de conserver les ouvrages existants, sans les réhabiliter compte tenu du risque d'inondation d'un ruisseau. Toutefois, cette argumentation ne justifie pas la modification du projet initial de réhabilitation des ouvrages de la station d'épuration afin de réparer les désordres structurels les affectant. En outre, le lot n° 3 du marché aurait pu faire l'objet d'avenants, ainsi qu'il a été fait pour les autres lots attribués à des entreprises, afin d'adapter les travaux aux recommandations du maître d'œuvre. Par suite, ce motif, opposé a posteriori pour les besoins de la cause, ne permet pas de justifier que la collectivité renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général. »

CAA Douai, 9 janv. 2024, n° 22DA02510, *SARL Sonorisation et Lumières*

► **Consulter la décision.**

Un acheteur ne peut rejeter une offre qui propose des solutions équivalentes aux caractéristiques techniques mentionnées :

« Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'analyse des offres, que la simulation acoustique de la salle Ravel fournie par la société " Sonorisation et Lumières pour le Spectacle " à l'appui de son offre indique des pressions acoustiques atteintes par le système qu'elle propose comprises entre 104 dB (A) et un maximum de 110 dB (A), ce qui ne satisfait pas au minimum de 110 dB SPL (A) +/- 3 dB imposé par le point 2.2.6.2.1 du cahier des clauses techniques particulières. Il s'ensuit, ainsi que le font valoir la commune du Touquet-Paris-Plage et la société " VS Scènes et Audiovisuel " en défense, que l'offre de la société " Sonorisation et Lumières pour le Spectacle ", quand bien même elle a été

classée et examinée suivant les critères prévus par le règlement de la consultation, aurait dû être écartée comme irrégulière et que, compte tenu des principes rappelés au point 4, elle ne peut dès lors pas utilement invoquer l'irrégularité de l'offre de la société attributaire. »

CAA Lyon, 18 janv. 2024, n° 22LY01507, *OPH Domanys*

► **Consulter la décision.**

Une transaction sur les pénalités de retard n'empêche pas, dans certaines conditions, le pouvoir adjudicateur de résilier le marché pour faute :

« Il est constant qu'en dépit de la mise en demeure qui lui a été adressée le 10 février 2017, la société Dekra Industrial SAS n'a pas procédé à ce versement. Si, pour justifier cette inexécution, elle soutient que l'équilibre des concessions réciproques consenties dans ce protocole a été rompu par l'intervention de la résiliation du marché décidée le 25 octobre 2016, ce protocole ne comportait aucun engagement de l'OPH Domanys à poursuivre les relations contractuelles. En outre, il résulte de l'instruction que, par courrier du 11 juillet 2016, elle avait été mise en demeure de produire certains diagnostics attendus, sous peine de résiliation du marché. Ainsi, au jour de la signature de ce protocole, elle ne pouvait ignorer le risque d'intervention d'une telle résiliation. Ainsi, ce protocole, constitué de concessions réciproques et librement consenti, liait les parties, et notamment la société Dekra Industrial SAS. »

TA Versailles, 22 Janvier 2024, n° 2310722

► **Consulter la décision.**

Le juge du référé précontractuel peut annuler le rejet d'une offre notée à tort 0/10 au nom du principe d'égalité :

« Il résulte en effet de l'instruction que, dans son mémoire technique, la société requérante a exposé avec de très nombreux détails la méthode et l'organisation envisagées pour la prestation de nettoyage des locaux communaux. A cet égard, le processus suivi est exposé en page 14 de son mémoire technique, le code couleur des microfibres est précisé ensuite, ainsi que les différentes techniques de nettoyage et la planification des prestations, par jour et par lieux, avec des tableaux précis. Il suit de là qu'en lui attribuant la note 0 sur 10, le pouvoir adjudicateur a non seulement dénaturé le contenu de son offre en en altérant manifestement les termes, mais également ne s'est pas mis en situation, en ne prenant pas en compte une partie majeure du mémoire technique, d'apprécier la qualité globale de l'offre de la société requérante. Il en résulte qu'un tel manquement, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel il se rapporte, est susceptible d'avoir lésé la société requérante. »

CAA Paris, 26 Janvier 2024, n° 21PA06168, *Société Colas Rail*

► **Consulter la décision.**

Des modifications apportées de manière unilatérale au calendrier contractuel d'exécution des travaux font obstacle à l'application des pénalités de retard :

« Il résulte de l'instruction que l'ordre de service n° 6 n'a fait que modifier rétroactivement la date de démarrage de tous les délais partiels " géographiques " au 4 octobre 2017 sans modifier les délais particuliers et sans prendre en compte l'ensemble des circonstances mentionnées ci-dessus, en particulier les délais nécessaires à la réalisation des travaux supplémentaires dont certains sont pourtant mentionnés sur le nouveau planning. Dans ces conditions, le planning initial annexé au cahier des prescriptions spécial ayant été largement modifié sans accord de l'entreprise sur un nouveau calendrier détaillé, la société Colas Rail est fondée à soutenir que ni le délai global, appliqué sans prise en compte du décalage du début du chantier et des travaux supplémentaires hors marché intervenus en fin d'exécution, ni les délais partiels calculés sur la base tant du calendrier initial, que du nouveau calendrier annexé à l'ordre de service n° 6, ne pouvaient servir à déterminer les pénalités de retard. En l'absence d'avenant au marché intervenu pour fixer de nouveaux délais tenant compte de la modification des contraintes d'exécution, la société Colas Rail est fondée à demander la décharge des pénalités de retard dans l'exécution du marché. »

CAA Nantes, 19 janv. 2024, n° 22NT02651, *SELARL Athéna*

► **Consulter la décision.**

Une détérioration des relations contractuelles peut justifier une résiliation pour motif d'intérêt général avec indemnisation du préjudice qui n'est pas établi s'agissant des biens prétendument non amortis :

« Il résulte de l'instruction que la société ID Organisation a notamment entrepris des travaux non autorisés par la convention, remettait ses rapports d'activité tardivement et de manière incomplète, n'a pas remis, malgré les demandes de Montfort communauté, un projet global de gestion des loisirs sur le site de Tremelin, que les principaux investissements ont été réalisés et financés par Montfort Communauté, cette dernière reconnaissant que le contrat aurait dû être plus précis sur ce point, que plusieurs activités de loisirs ont été exploitées sans accord, que la prise en charge des frais de surveillance de la baignade dans le lac de Tremelin a donné lieu à des discussions dont le résultat semble n'avoir satisfait aucune des parties, que des retards de paiement des redevances dues par la société ID Organisation ont été constatés, que cette dernière a manifesté le souhait de ne plus s'investir dans les activités de loisirs affermées et a décidé unilatéralement, à compter du 27 mars 2019, de ne plus payer la redevance due au titre du contrat d'affermage. L'ensemble de ces éléments témoignent d'une profonde détérioration des relations contractuelles, née d'une perte de confiance entre les parties faisant obstacle à la poursuite du contrat, et ont justifié par suite la résiliation unilatérale, pour ce motif qui revêt à lui seul un caractère d'intérêt général, de la convention en cause. Par voie de conséquence, les moyens tirés de l'absence de motif d'intérêt général justifiant la résiliation et du détournement de procédure doivent être écartés. »

TA Dijon, 8 janv. 2024, n° 2303624

► **Consulter la décision.**

Il n'y pas atteinte aux principes d'impartialité, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure dans le cas d'un attributaire ayant réalisé l'étude préalable qui a été reprise dans le dossier de consultation sans désavantager les concurrents :

« Il ressort de ce qui précède que la société attributaire a effectué l'étude de faisabilité pour l'opération de réhabilitation et extension en cause. Le programme de l'opération résulte de cette étude. Elle comportait plusieurs scénarios que la commune a écartés pour n'en retenir qu'un, qui a été transcrit dans le programme de l'opération. Elle prévoyait l'organisation de deux réunions avec le maître d'ouvrage portant respectivement sur le lancement de l'étude sur la restitution des scénarios. Il n'est pas établi que la connaissance des scénarios non retenus et celle du montant estimé de l'opération aurait désavantagé la société requérante dans la présentation de son offre qui, au demeurant, a reçu une note très proche de celle de la société retenue. L'étude de faisabilité a été très largement reprise dans le programme de l'opération inclus dans le dossier de consultation. Tous les candidats ont donc eu accès aux mêmes informations. Il n'est pas démontré que la société attributaire aurait disposé d'informations susceptibles de lui conférer un avantage par rapport aux autres soumissionnaires. »

TA Dijon, 25 Janvier 2024, n° 2102179, *Association du parc des expositions et des congrès de Dijon - Dijon Congrexpo*

► **Consulter la décision.**

Il n'y pas atteinte aux principes d'impartialité, d'égalité de traitement des candidats et de transparence de la procédure dans le cas d'un attributaire ayant réalisé l'étude préalable qui a été reprise dans le dossier de consultation sans désavantager les concurrents :

« En dernier lieu, il résulte de l'instruction et n'est pas contesté, sur le principe, par la commune de Dijon qu'entre les exercices comptables des années 2019 et 2020, l'association requérante a subi une nette dégradation de ses résultats financiers compte tenu de l'arrêt quasiment intégral de ses activités du fait des mesures sanitaires adoptées par les autorités publiques afin d'endiguer la pandémie. Ainsi, alors qu'elle avait enregistré un bénéfice de 865 695 euros HT entre le 4 février 2019 et le 31 décembre 2019, elle a subi un déficit global d'exploitation de 1 682 328 euros HT à la même période sur l'année 2020 et un déficit de 1 642 493 euros HT entre le 17 mars 2020 et le 31 décembre 2020. Or, le compte d'exploitation prévisionnel, annexé au contrat de délégation de service public, augurait pour l'année 2020 un déficit prévisionnel de seulement 480 068 euros. Dans ces conditions, la crise sanitaire ayant fait subir à la cocontractante de la commune de Dijon un déficit global d'exploitation plus de trois fois supérieur à ce qui était envisagé pour l'année 2020, elle doit être regardée comme ayant entraîné, dans les circonstances de l'espèce, le bouleversement de l'économie générale du contrat de délégation de service public.L'allégation de la commune de Dijon selon laquelle l'association requérante aurait globalement réalisé un bénéfice sur l'ensemble de la durée d'exécution du contrat, outre qu'elle n'est pas établie et au contraire démentie par les pièces du dossier, demeure en tout état de cause sans incidence sur le droit pour la requérante d'obtenir une indemnité d'imprévision au titre du bouleversement temporaire de l'économie général de son contrat durant l'année 2020. La commune de Dijon ne peut pas davantage utilement soulever les dispositions de la circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022 et une réponse gouvernementale à une question parlementaire, lesquelles sont dépourvues de tout caractère normatif. »

L'essentiel du droit des contrats publics, mai 2024, n° 7

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, Avis 11 avril 2024, n° 489440, *Région Nouvelle-Aquitaine*, classé B : Les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs faute d'influence publique. 2

CE, 24 avril 2024, n° 472038, *Commune de la Chapelle d'abondance*, classé A : Le concurrent irrégulièrement évincé peut être indemnisé, sous conditions, du manque à gagner en cas de résiliation unilatérale du contrat dont il a été privé..... 5

CE, 10 avril 2024, n° 482722, *Commune de Gignac*, classé C : Il n'y a pas de faute d'une personne publique à avoir choisi une entreprise qui a pu causer un retard de chantier préjudiciable à une autre entreprise. 7

TUE, 20 mars 2024, T-640/22, Westpole Belgium : Il n'y pas d'offre anormalement basse dès lors que l'offre en cause respecte la législation sur les salaires minimums et l'on n'a pas à exclure une entreprise ayant pris part à une entente qui a pris des mesures correctrices insuffisantes dans certaines circonstances. 9

CE 5 avril 2024, n° 489280, *Société VOLKL GMBH & CO KG*, classé C : L'introduction d'un second référé contractuel ayant le même objet qu'un premier référé contractuel prive d'objet le pourvoi en cassation contre l'ordonnance portant sur le premier référé contractuel. 12

Brèves pour la période de février à mai 2024 :..... 14

CE, Avis 11 avril 2024, n° 489440, *Région Nouvelle-Aquitaine*, classé B : Les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs faute d'influence publique.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Avant d'en venir au raisonnement – novateur – s'agissant de l'existence ou non d'un contrôle de gestion de nature à caractériser une influence publique permettant de qualifier un organisme de pouvoir adjudicateur, il est intéressant de se pencher sur les faits ayant conduit le requérant à saisir le juge de première instance et la procédure d'avis contentieux.

C'est un refus de subvention européenne, opposé par la Région Nouvelle-Aquitaine, qui a amené un établissement médico-social à saisir la juridiction administrative car il contestait le motif du refus, basé sur l'article 125 du règlement financier (UE) 1303/2013 du 17 décembre 2013 imposant que les produits et services co-financés soient acquis dans le respect des règles de la commande publique. Le tribunal administratif lui donna raison et sur appel, la Cour administrative d'appel a saisi le Conseil d'Etat d'une demande d'avis. C'est là que l'aspect procédural présente un intérêt puisque la demande d'avis n'est recevable que si que la question de droit qu'elle soulève se caractérise par sa nouveauté, par sa difficulté sérieuse et par le nombre des litiges qu'elle est susceptible d'induire (art. 113-1 du CJA). Or, comme le souligne le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions, si les deux premières conditions sont ici présentes, la troisième pouvait poser problème, en dépit de l'existence de plus de 40 000 établissements de ce type en France : en effet, compte tenu de leur nature privée, les litiges susceptibles de se nouer en cas de qualification de ces organismes en pouvoir adjudicateur relèverait…des juridictions judiciaires. Mais le rapporteur public proposa de ne pas interpréter cette condition comme visant uniquement les juridictions administratives, et le fait que le Conseil d'Etat ait répondu sur le fond, même négativement, semble aller dans le sens de la confirmation de cette proposition, en l'absence d'un « en tout état de cause ». On peut ajouter que la perspective de la création d'un bloc de compétence au profit des juridictions administratives par le projet de loi dit de simplification déposé au Sénat le 14 avril 2024 renforce l'argument.

Sur le fond, le Conseil d'Etat pose, par une **formulation générale inspirée de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 février 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio*** (C 155/19 et C-156/19) qu'il prend soin de citer :

« que la gestion d'une personne morale de droit privé est regardée comme soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur lorsqu'une autorité publique exerce un contrôle actif de sa gestion qui, dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés », ce contrôle devant « être de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique (…). En revanche, en principe, un contrôle, a posteriori, de la régularité de l'activité de la personne morale de droit privé par l'autorité publique de tutelle ne s'apparente pas à un contrôle de sa gestion ».

Ces précisions de principe sont importantes car, jusqu'alors, les illustrations jurisprudentielles relevaient de l'évidence, soit qu'il y avait manifestement contrôle de gestion, soit qu'il était manifestement absent. Par exemple, il a été jugé « qu'il apparaît exclu de considérer que le critère du

contrôle de la gestion est satisfait dans l'hypothèse d'un simple contrôle a puisque, par définition, un tel contrôle ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné en matière de marchés publics » (CJCE 27 février 2003, C-373/00, *Adolf Truley Gmbh*). On remarquera que **le Conseil d'Etat semble moins catégorique puisqu'il ajoute un « en principe »**, laissant supposer qu'il pourrait y avoir des situations où un contrôle a posteriori et de régularité peut conduire à un contrôle de gestion.

À l'inverse, il a été jugé que les sociétés de logements sociaux françaises sont soumises à un tel contrôle de gestion pour différents motifs (CJCE 1er février 2001, *Commission c/France*, C-237/99) :

- les caractéristiques techniques ainsi que les prix de revient sont déterminés par décision administrative ;
- les statuts des sociétés de logements sociaux doivent contenir des clauses conformes aux clauses types ;
- elles sont soumises au contrôle de l'administration sans précisions des limites à un tel contrôle est exercé ni si celui-ci se borne à une simple vérification de comptabilité ;
- il existe un pouvoir du ministre chargé de la construction et de l'habitation de prononcer la dissolution d'une sociétés de logements sociaux et de nommer un liquidateur, de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, pour des cas d'irrégularités graves, de faute grave dans la gestion ou de carence du conseil d'administration ou du directoire et du conseil de surveillance ;
- le ministre chargé de la construction et de l'habitation peut imposer aux sociétés de logements sociaux un profil de gestion déterminé soit en les contraignant à un minimum de dynamisme, soit en limitant leur activité considérée comme excessive ;
- une mission interministérielle d'inspection du logement social peut être chargée, outre des contrôles sur pièces et sur place des opérations des organismes d'habitations à loyer modéré, d'études, d'audits ou d'évaluations dans le domaine du logement social et peut formuler des propositions sur les suites à donner à ses rapports.

Dans l'affaire commentée, de tels pouvoirs n'étaient pas présents. Le Conseil d'Etat souligne que les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux :

« ne sont soumises qu'à un contrôle de régularité, y compris lorsqu'est en cause, s'agissant des établissements à but non lucratif, des dysfonctionnements dans leur gestion financière. Si certains de ces contrôles, en matière de garantie d'emprunt et de programmes d'investissements, sont exercés a priori, ils sont destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont, pas davantage que les autres contrôles, pour objet ou pour effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées ».

On voit donc, à la lumière de cet arrêt et de celui de la Cour de justice Commission c/ France, que le caractère a priori ou a posteriori des contrôles n'est pas totalement déterminant : un contrôle a priori ne permet pas de conclure à un contrôle de gestion et certains contrôles a posteriori peuvent y contribuer. C'est plus la nature du contrôle qui doit être pris en compte : un contrôle de régularité (réglementaire, comptable) n'équivaut pas à un contrôle de gestion. Cela résulte clairement des

conclusions Marc Pichon de Vendeuil, pour qui « Au fond, en matière de dépendance vis-à-vis d'une personne publique, c'est la frontière entre contrôle de la régularité et contrôle de l'opportunité qui nous paraît le mieux définir la ligne de fuite – qui est parfois une ligne de crête – de la jurisprudence ».

Il indiquait les éléments allant quand même dans le sens d'un contrôle assez poussé : désignation d'un administrateur provisoire en cas de déséquilibre financier significatif et prolongé ou de dysfonctionnements dans la gestion financière, autorité de tarification pouvant demander la récupération de certains montants dès lors qu'elle constate des dépenses sans rapport ou manifestement hors de proportion avec le service rendu. Mais il ajoutait, « si de telles mesures impliquent, au moins temporairement, une immixtion plus grande dans le fonctionnement de l'organisme, il reste que leurs conditions sont strictement encadrées et qu'elles répondent à des finalités purement régulatrices et non à une quelconque logique économique ». Tel doit donc être le critère de répartition entre les différents types de contrôles afin de déterminer l'existence d'un contrôle de gestion.

Mais il se pencha plus longuement sur deux autres pouvoirs : la conclusion d'un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens et l'accord de l'administration auxquels sont soumis les emprunts de plus d'un an et les programmes d'investissement avant de conclure qu'« Il s'agit donc plus d'un contrôle de la qualité de la dépense que d'un contrôle de la gestion ».

Une question n'est pas encore tranchée en jurisprudence à notre connaissance : peut-on parler de contrôle de gestion pour un actionnaire minoritaire qui dispose d'une minorité dote de blocage au sens du droit des sociétés ?

CE, 24 avril 2024, n° 472038, *Commune de la Chapelle d'abondance*, classé A : Le concurrent irrégulièrement évincé peut être indemnisé, sous conditions, du manque à gagner en cas de résiliation unilatérale du contrat dont il a été privé.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

C'est une question inédite à laquelle le Conseil d'Etat a répondu dans cet arrêt. On sait que le candidat qui a été irrégulièrement évincé d'une procédure de passation a droit à être indemnisé soit du manque à gagner s'il disposait d'une « chance sérieuse » de remporter le marché ou la concession soit seulement des frais de candidature s'il n'était pas « dépourvu de toute chance » d'emporter le marché ou la concession (CE Sect. 13 mai 1970, *Monti c. Commune de Rispach*, n° 74601, p. 322 ; CE 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP*, n° 249630, T. pp. 865-909).

Encore faut-il, bien sûr, qu'il y ait un lien de causalité entre l'irrégularité avérée et le préjudice, ce qui n'est pas le cas en l'absence – illégale - d'encadrement des modalités de présentation des variantes dans les documents de la consultation lorsqu'aucun candidat n'a présenté de variante (CE 10 février 2017, *Société Bancel*, n° 393720, T. pp. 686-802). Encore faut-il également que le préjudice soit certain. C'est ici que l'apport de l'arrêt commenté est le plus notable dans la mesure où il vient fixer un canevas permettant d'envisager les hypothèses de caractère certain du préjudice lorsque le contrat dont il a été privé vient à être résilier. Pour le Conseil d'Etat :

« dans le cas où le contrat a été résilié par la personne publique, il y a lieu, pour apprécier l'existence d'un préjudice directement causé par l'irrégularité et en évaluer le montant, de tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, afin de déterminer quels auraient été les droits à indemnisation du concurrent évincé si le contrat avait été conclu avec lui et si sa résiliation avait été prononcée pour les mêmes motifs que celle du contrat irrégulièrement conclu ».

Ce considérant de principe ne peut être compris sans l'évocation des conclusions très complètes du rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil. Pour lui, *« dès lors que la finalité de toute action en responsabilité est de rétablir la situation dans laquelle le candidat aurait dû se trouver si l'irrégularité n'avait pas été commise, le principe cardinal qui doit vous guider doit être d'appliquer au concurrent irrégulièrement évincé le même sort que celui qu'il aurait connu s'il avait été le titulaire du contrat »*.

En conséquence, il distingue deux grands cas de figures : celui où l'indemnisation sera limitée voire nulle, celui où elle sera entière.

La première hypothèse renvoie, d'une part, au caractère illicite du contenu du contrat ou à l'existence d'un vice d'une particulière gravité puisque le concurrent évincé n'aurait de toute façon pas pu l'exécuter lui-même, et, d'autre part, au cas d'une résiliation à raison du caractère gravement irrégulier du contrat au sens de la jurisprudence *Société Comptoir Négoce Equipement* (CE 10 juillet 2020, n° 430864, p. 281). On peut s'interroger sur la formule retenue par le rapporteur public quant à l'indemnisation « moindre » voire « nulle » : elle sera nulle s'agissant du manque à gagner, par contre on peut imaginer qu'il pourrait avoir droit à l'indemnisation des frais de candidature.

La deuxième hypothèse, celle de l'indemnisation intégrale, vise en premier lieu la résiliation pour un motif propre à l'attributaire du contrat (faute grave ou résiliation conventionnelle dit le rapporteur public, auquel on peut ajouter la résiliation pour cause de mise en liquidation judiciaire) : par hypothèse, on ne saurait postuler que le concurrent évincé aurait commis une faute grave, aurait choisi la résiliation conventionnelle ou aurait mis en liquidation judiciaire. L'indemnisation intégrale interviendra aussi, du moins si le Conseil d'Etat a entendu adouber les hypothèses de son rapporteur public, lorsque le contrat est résilié pour un motif d'intérêt général *« tenant à l'appréciation de l'administration »*. Cette expression, utilisée par le rapporteur public, vise ici à distinguer cette résiliation de la résiliation pour motif d'illégalité au sens de la jurisprudence Société comptoir négoce que le Conseil d'Etat a aussi qualifié, malheureusement et contrairement aux conclusions de Gilles Pellissier, de résiliation pour motif d'intérêt général.

Ces deux séries de cas de figures, liées aux motifs de la résiliation, paraissent totalement justifiées. En revanche, on ne voit pas bien ce que le Conseil d'Etat et son rapporteur public ont voulu viser quand ils ont parlé aussi de la nécessité de prendre en compte les « effets » de la résiliation.

Enfin, l'apport de l'arrêt ne se limite pas à la réponse à la question inédite du caractère certain du préjudice du concurrent irrégulièrement évincé en cas de résiliation du contrat. Le Conseil d'Etat vient préciser que le caractère certain du préjudice lié au manque à gagner doit être apprécié différemment en matière de marché ou de concession : *« Il lui incombe aussi d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain, en tenant compte notamment, s'agissant des contrats dans lesquels le titulaire supporte les risques de l'exploitation, de l'aléa qui affecte les résultats de cette exploitation et de la durée de celle-ci »*, formule inédite. Le rapporteur public allait plus loin, estimant que *« nous ne verrions pas d'obstacle en soi à ce que, comme certains de nos prédécesseurs l'ont déjà recommandé à ce pupitre et comme vous avez pu le faire plus ou moins explicitement (cf. CE 10 février 2016, Commune de Bandol, n° 387769, ccl. O. Henrard ; voir également les conclusions sous l'affaire Société du Docteur Jacques Franc ou Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine précitées), il soit également tenu compte, tout en maintenant le principe de réparation intégrale du préjudice, de la durée du contrat et de l'aléa que sa longueur peut faire peser sur le caractère certain du préjudice, ou en tout cas sur son appréciation »*. Cette formulation incluait bien sûr, comme le rappelait le rapporteur public, le cas du risque d'exploitation des concessions mais pouvait potentiellement dépasser cet exemple.

Quoiqu'il en soit, si cette précision est intervenue à propos de l'indemnisation du concurrent évincé, elle a vocation à s'appliquer à l'indemnisation du manque à gagner du titulaire du contrat résilié pour motif d'intérêt général tenant à l'administration. Son importance n'est pas à négliger pour les concessions tant les clauses indemnitaires pourraient être considérées par le juge comme trop « généreuses » à cette aune. Il reste à savoir si la jurisprudence *« Grasse vacances »*, qui resserrent le contrôle du juge administratif sur ces clauses mais qui a été adopté pour les chambres 3 et 8 puisqu'il s'agissait d'une convention d'occupation du domaine public, sera reprise par les chambres 2 et 7 en charge des marchés publics et des concessions.

CE, 10 avril 2024, n° 482722, *Commune de Gignac*, classé C : Il n'y a pas de faute d'une personne publique à avoir choisi une entreprise qui a pu causer un retard de chantier préjudiciable à une autre entreprise.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :
Cet arrêt classé C présente l'intérêt d'illustrer la difficulté à mettre en œuvre positivement la jurisprudence *Région Haute-Normandie* et *Société Tonin* (CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n°352917, T. p. 695 ; CE 12 novembre 2015, *Société Tonin*, n°384716, T. p. 749). Dans ce dernier arrêt, il est précisé que *« les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en oeuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics »*.

L'arrêt commenté illustre d'une part, la question de savoir si le choix d'une entreprise qui s'avère défaillante peut caractériser une faute de la personne publique et, d'autre part, la difficulté à mettre en jeu la responsabilité de la personne publique de manière plus générale.

La CAA avait en effet identifié deux fautes de la personne publique : outre celle du choix d'une entreprise pour le gros œuvre qui serait à l'origine des retards préjudiciables au requérant, sur lequel nous allons revenir, le rapporteur public nous apprend qu'elle avait aussi identifiée une seconde faute de la commune : l'offre de la société choisie être retenue l'avait été illégalement parce que la commune avait finalement passé le marché de manière négociée, après avoir irrégulièrement estimé les autres 5 offres classées avant elle inacceptables.

Mais le Conseil d'Etat, pratiquant l'économie de moyen, n'a pas eu à se prononcer sur cette deuxième faute puisqu'il a sanctionné le raisonnement de la CAA sur le premier et ce pour deux motifs :

« En premier lieu, il ressort des termes mêmes de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Toulouse a jugé que la commune de Gignac avait commis une faute en raison du choix de l'attributaire du lot de gros œuvre au motif qu'elle avait commis une erreur d'appréciation des capacités de l'attributaire à conduire les travaux alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si la commune avait commis une erreur manifeste d'appréciation à cet égard. Dès lors, la cour a commis une erreur de droit. En second lieu, en ne recherchant pas s'il existait un lien direct de causalité entre les fautes qu'elle a imputées à la commune de Gignac et les préjudices invoqués par la société Spie Batignolles Malet, résultant des frais supplémentaires liés à l'allongement du chantier, la cour a commis une erreur de droit ».

Pour le rapporteur public Nicolas Labrune, *« le contrôle des juges du fond sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur quant aux garanties, capacités et références professionnelles des candidats est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation (voyez notamment sur ce point votre décision Société Tonin précitée)* ». La décision *Tonin* avait en effet jugé que *« la cour administrative d'appel a, par une appréciation souveraine exempte de toute dénaturation, écarté le moyen tiré de ce que le maître de l'ouvrage avait commis une erreur manifeste d'appréciation des capacités de*

l'attributaire du lot de gros oeuvre à conduire les travaux ; que, par suite, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits en jugeant que la commune n'avait pas commis de faute en raison du choix de l'attributaire de ce marché ». Ceci confirme que le contrôle doit être un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation selon le Conseil d'Etat mais on remarquera qu'il ne s'était pas ouvertement prononcé sur le fait de savoir si le choix d'un contractant pouvait être constitutif d'une faute puisqu'en l'occurrence il n'y avait pas de faute à l'avoir choisi. L'arrêt commenté et les conclusions démontrent clairement qu'il peut y avoir une telle faute.

Quant au fait de ne sanctionner que l'erreur manifeste d'appréciation, c'est plus discutable. Le Conseil d'Etat a déjà pu engager la responsabilité d'une personne publique dans le cadre d'une action indemnitaire d'un concurrent évincé au motif que l'offre proposée n'était pas la meilleure offre, sans alors procéder à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation.

Surtout, un tel contrôle restreint rend peu probable l'établissement d'une faute, ainsi qu'il ressort des conclusions :

« Ajoutons qu'il est possible que cette erreur quant à la nature de son contrôle ait eu des conséquences sur l'appréciation faite par la cour quant à l'existence d'une faute de la commune. Il nous semble en effet que les éléments retenus par l'arrêt attaqué pour caractériser l'erreur de la commune sont, somme toute, assez légers. Il appartiendra donc à la cour, lorsque vous lui aurez renvoyé l'affaire, de réexaminer les éléments du dossier à l'aune de son contrôle restreint et, si elle entend retenir une erreur manifeste d'appréciation commise par la commune, de faire état dans sa motivation des éléments de nature à l'établir ».

A cela s'ajoute la deuxième erreur de droit à ne pas avoir établi le lien de causalité entre la prétendue faute et le préjudice. Certes, ce lien est nécessaire en matière de responsabilité. Mais ce lien sera très difficile voire impossible à établir car, en dehors de la faillite qui serait la cause du retard, on ne voit pas bien comment on peut rapporter la preuve qu'un retard de chantier est lié à l'incapacité technique d'une entreprise.

Cet arrêt démontre une fois de plus la difficulté à mettre en œuvre cette jurisprudence Haute-Normandie. Certes, il arrive que des personnes publique reconnaissant leur responsabilité et indemnisent le cocontractant victime des retards. Et, lorsqu'elles ne le veulent pas, il existe des moyens d'établir les causes du retard, notamment grâce aux comptes-rendus de réunion de chantier et ou aux éventuels avenants qui décalent le calendrier du chantier, à condition qu'il s'agisse d'avenants auxquels la victime n'est pas partie. Il reste souvent difficile d'obtenir gain de cause au contentieux, s'agissant du moins de la responsabilité de la personne publique.

Ceci nous amène à une réflexion plus générale quant à l'idée d'une preuve presque impossible à rapporter de la faute du maître de l'ouvrage et même parfois de la faute de l'autre intervenant. Un système de faute présumée de la personne publique aurait l'avantage de renverser la charge de la preuve et surtout de permettre à l'entreprise victime des difficultés de chantier de bénéficier des preuves apportées par le maître de l'ouvrage de la faute des autres intervenants. Mais il est peu probable qu'une telle évolution s'opère, que ce soit via la jurisprudence ou le législateur, au vu des contraintes budgétaires publiques tendues.

TUE, 20 mars 2024, T-640/22, Westpole Belgium : Il n'y pas d'offre anormalement basse dès lors que l'offre en cause respecte la législation sur les salaires minimums et l'on n'a pas à exclure une entreprise ayant pris part à une entente qui a pris des mesures correctrices insuffisantes dans certaines circonstances.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cette affaire concerne l'application du règlement financier 2018/1046, applicable au Parlement européen pour ses propres marchés, dans la passation d'un marché de prestation de service mais, en l'espèce, les règles sont identiques à celles des directives européennes marchés publics.

Le requérant contestait notamment la décision de ne pas écarter une offre au motif que celle-ci aurait été anormalement basse. Il estimait en particulier, selon le tribunal, que :

« Le prix de l'offre du consortium classée au premier rang serait d'autant plus anormal que les marges se seraient érodées au fil du temps du fait des reports de la période de validité des offres. La requérante soutient également qu'il ressort de son estimation des différentes composantes de l'offre du consortium classée au premier rang que certains résultats sont « aberrants ». Pour arriver au prix proposé, il faudrait ainsi avoir un coût de 30 euros par heure pour un « chef de projet senior sur site » ou de 80 euros par heure pour un « architecte de solution senior sur site » dans la zone Bruxelles/Luxembourg/Strasbourg. La requérante allègue aussi que l'entité concernée a été écartée, vraisemblablement pour offre anormalement basse, de deux autres lots du marché public en cause. De la même manière, l'entité concernée aurait aussi dû être écartée pour l'attribution du lot litigieux ».

Pour le tribunal :

« Il ressort de la lettre adressée à la requérante le 12 octobre 2022 ainsi que des informations transmises à cet égard par le Parlement dans ses écritures que, tout comme pour le consortium dont la requérante fait partie, le consortium dont l'offre était classée au premier rang a apporté des précisions quant à son infrastructure, son expertise et les outils dont il dispose déjà à la suite de l'exécution d'autres contrats du même type, la détermination de la marge, le respect des salaires minimaux, la méthodologie du calcul et les détails chiffrés relatifs aux coûts directs et indirects, la stratégie de soumission, le partage des risques, l'organisation des services off-site ».

La suite est encore plus intéressante pour justifier qu'un taux horaire, apparemment bas au regard des expertises demandées, peut résulter de la nature du marché – service – et des effets de la mise en concurrence dans les marchés publics :

« il y a lieu, à cet égard, de rappeler que la jurisprudence reconnaît que les coûts des différents opérateurs économiques peuvent fortement varier, pour un même service ou pour un même travail, en fonction de circonstances qui leur sont propres (voir arrêt du 13 juin 2019, *Strabag Belgium/Parlement*, T-299/18, non publié, EU:T:2019:411, point 90 et jurisprudence citée). Ainsi, contrairement aux travaux ou aux biens, les soumissionnaires ont plus d'influence sur les éléments constituant le prix de services. Partant, des écarts constatés dans une procédure de mise en

concurrence entre ces prix ne seront pas nécessairement de nature à soulever des doutes quant à la fiabilité des offres ni à démontrer le caractère anormalement bas d'une des offres (voir, en ce sens, arrêt du 13 juin 2019, Strabag Belgium/Parlement, T-299/18, non publié, EU:T:2019:411, point 92). En effet, l'un des objectifs du système de passation de marchés publics est d'obtenir les meilleures conditions aux meilleurs prix possibles. Il est donc inhérent au système de passation de marchés sur la base de l'offre économiquement la plus avantageuse que les soumissionnaires s'efforcent de proposer les prix les plus compétitifs possibles (arrêt du 15 septembre 2016, European Dynamics Luxembourg et Evropaïki Dynamiki/Commission, T-698/14, non publié, EU:T:2016:476, point 66) ».

En somme, il suffit de respecter la législation sur le salaire minimum pour que l'offre ne soit pas considérée comme anormale.

Un autre aspect intéressant de l'affaire concerne la décision de ne pas exclure le candidat qui a été classé premier alors même qu'il avait participé à une entente. Pour le tribunal, il ressort de la lettre de notification de la décision à l'entité concernée ainsi que de la décision en tant que telle transmise par le Parlement en réponse à une mesure d'organisation de la procédure que le Parlement a décidé de ne pas exclure l'entité concernée après avoir estimé que les mesures correctrices n'étaient pas suffisantes. Les éléments pris en considération pour arriver à une telle conclusion étaient les suivants :

– les mesures correctrices précitées ;

– l'absence de préjudice financier réel pour l'Union ;

– la responsabilité relativement limitée de l'entité concernée dans la structure de l'entente, comme cela a été reconnu dans la décision de la CNMC ;

– la divulgation de la situation potentielle d'exclusion au pouvoir adjudicateur par le biais de la déclaration sur l'honneur ;

– la coopération subséquente avec le pouvoir adjudicateur ;

– les promptes réponses à toutes les demandes d'information.

Le tribunal conclut *« Il y a également lieu de relever que la requérante n'établit pas en quoi l'analyse effectuée par le Parlement ne respecte pas le principe de proportionnalité, alors que cette analyse évoque précisément différents éléments pour permettre de comprendre pour quelles raisons, le Parlement considère approprié de ne pas exclure l'entité concernée en raison de la décision de la CNMC »*.

En somme, c'est **l'application du principe de proportionnalité** qui a pu fonder la décision de non exclusion.

Pour rappel, opéré d'ailleurs par le tribunal, *« cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le principe de proportionnalité, qui fait partie des principes généraux du droit de l'Union, exige que les actes des institutions de l'Union soient de nature à réaliser les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation en cause et ne dépassent pas les limites de ce qui est*

nécessaire à la réalisation de ces objectifs, étant entendu que, lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés (voir arrêt du 4 mai 2016, Philip Morris Brands e.a., C-547/14, EU:C:2016:325, point 165 et jurisprudence citée). ».

Il conviendra donc à l'avenir de prendre cela en considération lorsqu'il s'agira d'appliquer le motif d'exclusion lié aux ententes visé à l'article L. 2141-9 du CCP *(« L'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes à l'égard desquelles il dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence »*), s'agissant des mesures correctrices et de leur éventuelles insuffisances.

CE 5 avril 2024, n° 489280, *Société VOLKL GMBH & CO KG*, classé C : L'introduction d'un second référé contractuel ayant le même objet qu'un premier référé contractuel prive d'objet le pourvoi en cassation contre l'ordonnance portant sur le premier référé contractuel.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Bien que classé C, cet arrêt répond à une question inédite. Dans le cas d'espèce, le requérant avait déposé un référé précontractuel mais s'était vu opposer la signature du marché passé par l'UGAP. Ayant déposé, par un mémoire en réplique, un référé contractuel en se prévalant des jurisprudences *France Agrimer* (CE, 10 novembre 2010, *Etablissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer)*, n° 340944, T. p. 858) et *Ville de Paris* (CE, 24 mai 2017, *Ville de Paris*, n°407047, T. p. 685) qui ouvrent la voie du référé contractuel au candidat évincé qui a été privé de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel lorsque l'acheteur public a signé le contrat sans respecter le délai dit de « standstill ». Mais cette demande a été rejetée au motif que le délai de standstill avait été respecté. Elle a donc introduit un nouveau référé contractuel fondé sur d'autres motifs, référé contractuel qui a été jugé fondé et a conduit le juge à prononcer une pénalité financière (et sur laquelle le Conseil d'Etat se prononcera d'ici quelques semaines). Mais comme elle avait aussi déposé un pourvoi en cassation contre la première ordonnance de référé contractuel, le Conseil d'Etat devait se prononcer sur le fait de savoir si ce pourvoi était recevable ou non.

Sur proposition de son rapporteur public Nicolas Labrune, il décide de transposer la solution adoptée en matière de référé suspension dans l'arrêt de Section *Hedrich* (CE 22 septembre 2023, n° 472210, classé A) : dans le cas où le demandeur, après le rejet d'une demande de suspension présentée sur le fondement de l'article L. 521-1 du CJA, saisit à nouveau le juge des référés de conclusions ayant le même objet et se pourvoit également en cassation contre la première ordonnance ayant rejeté sa demande, l'intervention, postérieurement à l'introduction de ce pourvoi, d'une nouvelle ordonnance rejetant la nouvelle demande rend, eu égard à la nature de la procédure de référé, sans objet les conclusions dirigées contre la première ordonnance, alors même que la seconde n'est pas devenue définitive.

La transposition n'allait pas de soi, comme l'a exposé le rapporteur public, puisqu'il existe des différences tenant notamment à la palette de pouvoirs existants en matière de référé contractuel alors que le juge du référé suspension ne peut que…suspendre ou ne pas suspendre. D'ailleurs, en l'espèce, le juge, dans la seconde ordonnance, n'a pas annulé le contrat mais seulement prononcé une amende. Et le référé contractuel n'est pas l'accessoire d'un recours au fond.

Mais il a convaincu le Conseil d'Etat au nom du risque d'une « concurrence entre exercice du recours en cassation et nouvelle saisine du juge des référés puisqu'un requérant qui s'est heurté au rejet de sa demande de suspension peut toujours ressaisir le juge du référé-suspension d'une nouvelle demande ayant le même objet, sans avoir à justifier d'un élément nouveau mais en ayant la possibilité de soulever un tel élément, alors même qu'il aurait pu le faire avant » (CE, 15 février 2001, *Association Hautes-Alpes Demain et autres*, n° 230312, T. p. 1111 ; CE JRCE, 13 octobre 2004, *Hoffer*, n° 273046, T. p. 707 ; CE 29 juin 2020, *SCI Eaux Douces*, n° 435502, T. pp.897-898-1052).

Il a même été admis qu’un requérant dépose 3 référés précontractuels (CE, 8 décembre 2020, *Société Pompes funèbres funérarium Lemarchand*, n°440704, T. p. 843). Or, le juge du référé « statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire » (L. 511-1 du CJA) et ses ordonnances n’ont pas d’autorité de la chose jugée.

On relèvera enfin que la première ordonnance est ici cassée au motif que le juge a estimé que la requête était devenue sans objet alors que, introduite après la signature du marché, elle était irrecevable ab initio.

Brèves pour la période de février à mai 2024 :

Textes législatifs et réglementaires

Arrêté du 18 mars 2024, modifiant l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics (JO 22 mars 2024, texte n°9) et arrêté du 18 mars 2024, modifiant l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des contrats de concession (JO 22 mars 2024, texte n° 8)

► **Consulter l'arrêté du 18 mars 2024, modifiant l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics**
► **Consulter l'arrêté du 18 mars 2024, modifiant l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des contrats de concession**

Des précisions apportées par arrêtés s'agissant du contenu des données essentielles relatives à l'exécution des marchés publics et des concessions.

Les acheteurs et les autorités concédantes doivent rendre accessibles, sous un format ouvert et librement réutilisable, les données essentielles de leurs contrats de la commande publique supérieurs à 40 000 euros HT, hormis celles qui seraient contraires à l'ordre public ou qui seraient confidentielles (CCP, art. L. 2196-2 et L. 3131-1) : procédure de passation, contenu du contrat, son exécution et, le cas échéant, sa modification (CCP, art. R. 2196-1 et R. 3131-1), contenu précisé par l'arrêté du 22 décembre 2022 relatif aux données essentielles des marchés publics et l'arrêté du même jour relatif aux données essentielles des contrats de concession. Les deux arrêtés du 18 mars 2024 précisent que les données essentielles relatives, pour les marchés publics, aux actes spéciaux de sous-traitance, aux actes de sous-traitance modificatifs et, pour les contrats de concession, aux modifications et aux données d'exécution (doivent être transmises et publiées dans les conditions fixées par les arrêtés du 22 décembre 2022, avec une entrée en vigueur au 1er mai 2024.

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CAA Lyon, 1er févr. 2024, n° 22LY01219, Sté Sarl Moresk

► **Consulter la décision**

Il n'y a pas d'équivalence de certification entre les certifications Qualibat 2194 et Qualibat 2183 et un candidat peut être écarté au motif qu'il ne dispose pas de la première.

Un pouvoir adjudicateur exigeait la certification Qualibat 2194 « Restauration pierre de taille et maçonnerie des monuments historiques » au titre du niveau minimal de capacité technique et professionnelle qui doit certes être lié et proportionné à l'objet du marché (CCP, art. R. 2142-2) mais peut s'appuyer sur les certifications professionnelles établies par des organismes indépendants (CCP, ann. 9. - A. 22 mars 2019, art. 3, I, 12°). Le sujet portait sur la notion de « ou équivalent » et la Cour estime que la certification Qualibat 2183 « Restauration pierre de taille et maçonnerie du patrimoine ancien », qui habilite l'entreprise « à intervenir sur des bâtiments anciens ou traditionnels, ne saurait équivaloir à la certification Qualibat 2194 exigée dans le règlement de la mise en concurrence qui se

rapporte à des travaux différents ».

CAA Nancy, 13 févr. 2024, n° 21NC01158, *Syndicat intercommunal des eaux de Piennes*

► **Consulter la décision**

Une faute du maître de l'ouvrage dans la rédaction du CCTP peut exonérer partiellement le constructeur de la garantie décennal.

« Il résulte de l'instruction que le SIEP, qui avait la qualité de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre, au stade de la rédaction du CCTP, aurait dû exiger, au regard de la littérature technique existante à la date de la passation du marché, une seconde couche de géotextile afin de protéger la géomembrane des risques de poinçonnements par les drageons de roseaux. Par ailleurs, le SIEP devait, à tout le moins, s'assurer de l'effectivité du dispositif d'étanchéité proposé par la société Saur notamment au regard du procédé " Rhizostep ". Il ne résulte en revanche pas de l'instruction que le SIEP aurait manqué à ses missions de direction et de surveillance du chantier dans la mesure où les travaux réalisés par la société Saur ont été conformes aux spécifications contractuelles. Par suite, le SIEP n'est pas fondé à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont retenu, en sa double qualité de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre, une faute de nature à exonérer la société Saur de sa responsabilité décennale à hauteur de 15 %, pourcentage au demeurant non sérieusement contesté ».

CAA Versailles, 22 Février 2024, n°20VE02068

► **Consulter la décision**

La demande de travaux supplémentaires n'est pas constitutive d'une faute contractuelle et l'entreprise commet une faute à s'empresser d'exécuter des travaux sans attendre des études de synthèse.

« 9. En second lieu, la requérante soutient qu'elle a droit au paiement des travaux supplémentaires de renforcement du plancher de la zone NSB4. Il est constant que ces travaux résultent d'un changement de destination de la zone décidé par le maître d'ouvrage, qui a, dans ces conditions, accepté de régler la somme supplémentaire de 49 181 euros HT à la société requérante. Si cette dernière soutient qu'elle doit également être indemnisée de la somme complémentaire de 51 614,69 euros HT correspondant à une nouvelle commande du caillebottis déjà posé, ce dernier ne pouvant plus faire l'objet d'une reprise sur site, il résulte de l'instruction que ce surcoût n'est dû qu'à l'empressement de la société requérante à poser le caillebottis sans attendre les études de synthèse faisant apparaître les réservations à percer. Or, il résulte de ce qui a été exposé au point 7, que l'article 7.1.3.1 du CCTP impose à la société titulaire du lot n°1 le percement des réservations en fonction des besoins du bâtiment, notamment " les surcharges induites ". Dans ces conditions, cette demande doit être rejetée.
En ce qui concerne les difficultés rencontrées dans l'exécution du marché :
10. Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser

l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics.
S'agissant de l'estimation de ses besoins par le maître d'ouvrage :
11. En premier lieu, la société requérante soutient que le maître d'ouvrage a insuffisamment défini ses besoins conduisant ainsi à des demandes supplémentaires de création de trémies et de renforcement du plancher de la zone NSB4. Toutefois, il résulte de ce qui précède, notamment du point 7, que la création des trémies et réservations était prévue par les stipulations contractuelles et que la requérante aurait dû, au vu des plans fournis, intégrer leur création dans son offre. En outre, s'agissant du renforcement du plancher de la zone NSB4, la seule circonstance que le maître d'ouvrage puisse demander, par ordre de service, la réalisation de travaux supplémentaires n'est pas constitutive d'une faute contractuelle, ces travaux ayant au demeurant été payés à hauteur de ce qui était prévu par le marché ».

CAA Marseille, 9 févr. 2024, n° 22MA02407, M. E.

► Consulter la décision

Il y a défaut d'information des élus autorisant une vente du domaine privé à ne pas mentionner l'existence d'une subvention à rembourser en cas de vente.

« 14. En l'espèce, la note de synthèse établie mentionnait le prix de cession fixé à 2 025 000 euros, et l'absence d'observations à cet égard de la direction générale des finances publiques. Y étaient joints les projets de contrat. Ces documents faisaient notamment référence à l'engagement pris, aux termes d'une convention du 21 juillet 1980, de ne pas revendre le bien sans l'accord exprès de l'établissement public régional dont la participation financière avait permis l'acquisition. Cependant, nulle part était évoqué le fait, dont les pièces produites au dossier établissent que l'exécutif municipal avait parfaite connaissance, que ladite convention subordonnait toute vente au reversement de la subvention de 330 000 francs octroyée, augmentée en fonction de la plus-value effectuée, de sorte que la commune se retrouvait, du fait de la vente litigieuse, débitrice d'une somme de 445 000 euros auprès de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, représentant 22 % du montant de la vente. Si la somme a finalement été ramenée à 222 500 euros après remise gracieuse accordée par la collectivité régionale, cette charge imputant le prix de vente demeure non négligeable. Dans ces circonstances, et alors que les conseillers municipaux n'avaient pas de raison, à la lecture des documents transmis, de demander la communication de ladite convention ou d'interroger le maire, particulièrement sur un éventuel reversement à effectuer auprès de la collectivité régionale quarante ans après la perception de cette subvention, les élus n'ont pas été mis en mesure d'appréhender le contexte et de mesurer l'implication globale de leurs décisions sur les finances communales. Il ne ressort d'aucune pièce du dossier que ces derniers auraient reçu préalablement des informations à cet égard. Ils ont dès lors été privés d'une garantie, susceptible en outre d'avoir exercé une influence sur le sens de la délibération. Ce vice est par suite de nature à entacher d'illégalité la délibération attaquée ».

CAA Paris, 9 févr. 2024, n° 22PA04076, Cne Crisenoy

►Consulter la décision

Une commune membre d'un EPCI peut, sous conditions, se prévaloir d'un intérêt lésé et attaquer un avenant signé par l'EPCI.

« Il résulte de l'instruction qu'alors même que des mesures de réduction et de compensation des différentes incidences détaillées au point 6 du projet d'implantation de la ZAC des Bordes sur l'environnement et le cadre de vie des habitants de Crisenoy sont prévues, ce projet est néanmoins susceptible d'entraîner tant des nuisances environnementales qu'une atteinte à ce cadre de vie, notamment celui des habitants du hameau des Bordes, au regard du caractère éminemment rural du territoire de cette commune et de sa dimension paysagère. Dans ces conditions, compte tenu notamment des objectifs contenus dans le PADD de la commune, mentionnés au point 5, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les conséquences de la prolongation du contrat de concession sur la situation financière de la commune, cette dernière doit être regardée comme se prévalant d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine par le projet litigieux ».

TA Nancy, 1er Février 2024, n°2102295

►Consulter la décision

Il n'y a pas de situation de conflits d'intérêt et donc pas d'atteinte à l'impartialité dans le cas d'une personne ne participant pas à la procédure d'attribution.

« S'il est constant qu'avant d'intégrer la direction routière de la région Grand Est à compter du 1er septembre 2020, Mme A était directrice de Keolis Metz 3-frontières, il résulte de l'instruction qu'au sein des services de la région, elle exerce la fonction de cheffe de projet contrôle de gestion-qualité et que ses missions ne concernent pas la participation aux procédures de mise en concurrence des opérateurs de transport. La région a d'ailleurs mis en œuvre les procédures prévues pour écarter ce risque, notamment en précisant à cet agent les obligations de déport s'imposant à elle et en lui interdisant d'intervenir, de participer à l'instruction ou à toute autre phase de traitement du sujet ou du dossier concernant ou susceptible de concerner, directement ou indirectement, Keolis Trois Frontières, Transdev et Veolia. La circonstance que le nom de Mme A apparaisse sur un fichier informatique, ainsi que cela ressort d'une capture d'écran produit par la société requérante, comme étant soit l'auteur de ce fichier, soit la dernière personne à avoir modifié le document, n'est pas par elle-même de nature à établir qu'elle aurait participé à la procédure d'attribution du contrat, la région Grand Est précisant, sans être contredite sur ce point, qu'elle s'est bornée, sans participer à la procédure d'attribution du contrat, à apporter des adaptations techniques mineures pour faciliter l'usage technique des documents à destination des candidats. En tout état de cause, à supposer même qu'en procédant à ces adaptations techniques, Mme A puisse être regardée comme ayant participé à la procédure d'attribution du contrat, elle n'a pu, compte tenu de ses fonctions au sein des

services de la région Grand-Est et des précautions précitées, exercé aucune influence sur la procédure d'attribution ".

TA Cergy-Pontoise, 1er Février 2024, n°1507933, voir aussi CAA Versailles, 16 déc. 2021, n° 18VE03215, Sté Axxès

►Consulter la décision

Nouvelle condamnation de l'Etat à indemniser des tiers victimes de la résiliation pour motif d'intérêt général du contrat « Ecomouv ».

L'essentiel du droit des contrats publics, juin 2024, n° 8

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 7 juin 2024, n°489404, Communauté d'agglomération Quimper Bretagne occidentale, et n°489425, Société RATP Développement, classé B : Une méthode d'évaluation attribuant la note correspondant au rang de classement est illégale. 2

TC, 17 juin 2024, n° C 4302, M. et Mme B. c/ Commune de Changé, classé A, et n° C 4306, Mme R... et M. G... c/ communauté urbaine Le Havre Seine Métropole : Un litige entre l'acquéreur d'un lot vendu par une commune à propos de travaux publics à réaliser par cette commune à l'occasion de cette vente relève du juge judiciaire. 5

CE 12 juin 2024, n°475214, Société Actor France, classé B : Une offre ne peut être regardée comme inacceptable, dans le cadre d'un accord-cadre, que si les crédits budgétaires alloués ont été portés à la connaissance des candidats. 7

CE, 17 mai 2024, n° 466568, Société SMA Energie, classé A : Le juge saisi d'un recours contestant la validité du contrat peut prononcer la résiliation ou l'annulation des seules clauses irrégulières divisibles ou les écarter s'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat ; la prescription de l'action en restitution ne commence à courir qu'à compter du jour où le juge prononce l'annulation de ce contrat ou d'une clause divisible de ce contrat. 10

CE, 7 juin 2024, n° 490468, Société Entreprise Construction Bâtiment, et n°490385, Société Atelier Bois, B : La procédure de réclamation préalable prévue à l'article 50 du CCAG ne saurait être applicable au titulaire se prévalant d'un DGD tacite 12

Brèves pour la période de mars à juin 2024 : 15

CE, 7 juin 2024, n°489404, Communauté d'agglomération Quimper Bretagne occidentale, et n°489425, Société RATP Développement, classé B : Une méthode d'évaluation attribuant la note correspondant au rang de classement est illégale.

► Consulter le texte de la décision

Commentaire de la décision :

La particularité de cette affaire tient à ce qu'elle a pris place dans le cadre d'une procédure d'attribution d'une concession, en l'occurrence de transport urbain, qui est normalement plus flexible qu'une procédure de passation d'un marché public puisqu'il n'y a, notamment, aucune obligation de pondération des critères. Mais comme le rappelle indirectement le Conseil d'Etat et plus directement son rapporteur public, dès lors que l'autorité concédante s'est volontairement soumise à une procédure plus contraignante, elle est tenue de la respecter et le juge est alors tenu d'en apprécier la légalité. Il faut toutefois préciser que cette application de l'adage « tu paterem legem quam ipse fescisti » n'a traditionnellement de portée juridique que si cette procédure « spontanée » est annoncée aux candidats, en application de l'idée de la confiance légitime, même si le Conseil d'Etat refuse de se référer à ce principe en dehors du champ du droit de l'Union européenne (CE, Ass. 24 mars 2006, Société KPMG). Ainsi en est-il décidé depuis longtemps lorsqu'une personne publique fait le choix de suivre une procédure de mise en concurrence alors qu'elle n'y était pas obligée. En l'espèce, la méthode d'évaluation était intégrée au règlement de consultation. Mais il est vrai que, même si elle n'avait pas été annoncée, le juge aurait quand même procédé à son analyse juridique dès lors qu'elle peut avoir une incidence sur le choix de l'attributaire, comme il le fait en droit des marchés publics. Quant à la pondération, elle avait aussi été mise en place alors que le Code de la commande publique rend obligatoire la hiérarchisation. Mais il n'y a pas d'illégalité à un tel choix dès lors que l'obligation de hiérarchisation doit être opposée ici à une absence de hiérarchisation et que la pondération est une forme de hiérarchisation. Au passage, il est parfois indiqué que cela a déjà été jugé par un arrêt du Conseil d'Etat mais celui-ci se borne à rejeter la prétendue obligation d'indiquer la pondération des sous-critères (CE9 juin 2020, Métropole Nice Côte d'Azur, n°436922, 436925, 436926, T. pp. 826-843).

L'intérêt de l'arrêt transpire également de la nouvelle illustration du contrôle que le juge administratif exerce sur les méthodes d'évaluation (ou de notation) mises en place pour les autorités contractantes, méthodes qui ne sont d'ailleurs pas prévues par les textes et que le juge administratif ne soumet pas au principe de transparence (CE 31 mars 2010, Collectivité territoriale de Corse, n° 334279, classé B). En revanche, les requérants peuvent lui demander de vérifier qu'elles ne sont pas illégales, ce qui peut d'ailleurs pousser à déclencher un référé précontractuel pour ce seul motif. Dans ce cadre, même s'il n'utilise pas l'expression, l'intensité du contrôle juridictionnel s'apparente à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation puisque le principe reste celui de la liberté de choix de la méthode d'évaluation, comme cela existe en droit des marchés publics et comme cela est ici appliqué en droit des concessions : « *L'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison* ». Ainsi, il n'est pas exigé l'application d'une méthode conduisant à une parfaite proportionnalité puisqu'il est admis une méthode conduisant à l'attribution automatique, pour un critère, de la note maximale au candidat ayant présenté la meilleure offre sur ce critère (CE 15 février 2013, Société SFR, n° 363854, classé B).

Mais à ce principe, le Conseil d'Etat apporte trois exceptions, rappelée ici : « *Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie* ». Il faut avouer qu'il y a quelque chose de contre intuitif dans la formule finale, l'offre présentant le meilleur avantage n'étant pas connue tant qu'on n'a pas appliqué la méthode d'évaluation, à moins de considérer que la meilleure offre est celle qui résulterait d'une absence d'application d'une quelconque méthode d'évaluation. Quoiqu'il en soit, on comprend la logique du triple contrôle auquel procède le juge : vérifier le lien de la méthode avec les critères, s'assurer qu'elle ne prive pas de leur portée ces critères ou qu'elle ne conduit pas à neutraliser leur hiérarchisation (ou leur pondération peut-on ajouter, même si la pondération peut être perçue comme une hiérarchisation chiffrée). La jurisprudence a déjà illustré le deuxième et le troisième élément du contrôle : ainsi, la méthode est irrégulière lorsqu'elle prévoit non seulement l'attribution de la note maximale à la meilleure offre mais aussi celle de la note minimale à la moins bonne, de sorte que cette offre se retrouve automatiquement éliminée quelle que soit ses notes sur les autres critères, si un critère reçoit une pondération importante (CE 24 mai 2017, Ministre de la Défense c/ Société Techno Logistique, n°405787, classé B), ou si elle ne permet pas de tenir compte de la grande disparité des valeurs des différents lots (CE 1er juillet 2015, Société nouvelle d'entreprise générale du Sud-Ouest, n° 381095, classé B), ou si elle laisse aux candidats le soin de fixer, pour l'un des critères ou sous-critères, la note qu'ils estiment devoir leur être attribuée (CE 22 novembre 2019, n° 418460 et 418461, Société Autocars Faure et Société Cars Annequin). De même, est illégale une méthode prévoyant que chaque offre « *serait notée en fonction de son prix (P) et du prix de l'offre la plus basse (P0) selon la formule : 10/3 x (7 - P/P0) car elle avait pour effet de neutraliser les écarts entre les prix de sorte que les offres ne pouvaient être différenciées qu'au regard des autres critères de sélection* » (CE 3 nov. 2014, n° 373362, Commune de Belleville-sur-Loire), la méthode qui, pour noter le critère du prix, « *avait pour effet d'attribuer la note la plus faible au candidat ayant présenté le prix le plus éloigné de l'estimation du coût de la prestation opérée par le maître d'œuvre, que ce prix soit inférieur ou supérieur à l'estimation, et, ainsi, avait eu pour conséquence d'attribuer la note maximale à la société déclarée attributaire du marché, alors même que sa proposition de prix était supérieure à celle de la requérante* » (CE 29 oct. 2013, n° 370789, OPH Val d'Oise Habitat), une méthode conduisant à attribuer des notes négatives puisque remettant en cause la pondération (CE 18 décembre 2012, n°362532, Département de Guadeloupe) ou une méthode de notation consistant à additionner l'ensemble des prix unitaires sans leur appliquer une pondération tenant compte de leur valeur respective, même approximative (CE 13 novembre 2020, n° 439525, Commune de Perpignan, à propos d'un accord cadre de prestations juridiques pour lesquelles chaque offre pour chaque type de prestation était notée sans tenir compter de la proportion approximative des types de prestation à venir – questions simples, questions complexes, réunions, médiations).

Aussi, on comprend qu'en l'espèce la méthode choisie, consistant à attribuer autant de points que les offres sont classées et à désigner attributaire celui qui a le moins de points, ne soit pas considérée, en quelque sorte, comme suffisamment proportionnelle. Pour le Conseil d'Etat, « *le classement ne reflète que très imparfaitement les écarts de valeur entre les offres* ». Comme l'indiquait le rapporteur public Nicolas Labrune dans ses conclusions, un tel classement sommaire peut conduire à ce que des

offres très proches peuvent conduire à des notes très éloignées ou, à l'inverse, à ce que des offres très éloignées n'auront en réalité qu'un point d'écart.

L'autre question qu'avait à trancher le juge du référé précontractuel concernait la question de la lésion de cette illégalité sur le requérant. C'est d'ailleurs pour ne pas avoir fait ce travail de manière suffisamment approfondie que l'ordonnance du tribunal administratif a été annulée : « *En se fondant, pour accueillir le recours des sociétés Keolis et Transdev, sur ce que ces sociétés avaient nécessairement été lésées par un tel manquement, sans rechercher si, eu égard aux appréciations portées par cette autorité sur leurs offres, ces sociétés n'étaient pas, en toute hypothèse, insusceptibles de se voir attribuer le contrat litigieux, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office* ». Evoquant donc l'affaire, il juge logiquement que, pour les deux requérants, « *dès lors que les offres de ces deux sociétés étaient mieux classées, sur l'un au moins des critères d'appréciation, que celle de la société RATP Développement retenue par l'autorité concédante, l'utilisation de cette méthode d'évaluation est susceptible de les avoir lésées* ».

Il restait enfin à déterminer les conséquences de cette illégalité, c'est-à-dire à préciser à quel stade la procédure de passation pouvait être reprise. Cette fois, le fait que la méthode d'évaluation a été annoncée aux candidats dans le règlement de consultation joue un rôle. Pour le rapporteur public, suivi par le Conseil d'Etat, il faut annuler la procédure dans son ensemble : « *… nous sommes d'avis que la méthode d'évaluation que la communauté d'agglomération avait fait figurer dans le règlement de la consultation est bien susceptible d'avoir influé sur le contenu des offres. En premier lieu, il nous paraît difficile d'affirmer le contraire alors que, comme nous vous l'avons dit, cette méthode est susceptible, au moins en partie, de priver de portée les critères de sélection ou de neutraliser leur hiérarchisation et que les offres des candidats, bien sûr, sont construites en fonction de ces critères et de leur importance respective. En second lieu, il nous semble que cette méthode, de par sa construction, peut avoir une influence sur la stratégie adoptée par les candidats pour élaborer leurs offres. En effet, dès lors que cette méthode ne reflète aucunement les écarts de valeur intrinsèque entre les offres, un candidat n'a aucun intérêt, sur un critère, à tenter de « creuser l'écart » avec ses concurrents, surtout s'il pense être bien classé sur ce critère. En d'autres termes, cette méthode dissuade un candidat d'essayer de compenser les points faibles de son offre en l'améliorant encore sur les points où il pense qu'elle est déjà bonne ; elle condamne par avance toute stratégie consistant à « jouer sur ses points forts* ».

On peut toutefois se demander si tel devait être le cas car les méthodes d'évaluation n'ont généralement d'utilité que pour apprécier les offres les unes par rapport aux autres. Or, par principe, les candidats ne sont pas censés connaître les offres des autres candidats et ne peuvent donc adapter leur offre à cette aune. On ne voit pas pourquoi le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas reprendre la procédure au stade de l'examen des offres après avoir choisi une nouvelle méthode d'évaluation, qu'elle soit communiquée ou non. Le fait même qu'elle n'ait pas à être communiquée prouve d'ailleurs qu'elle ne saurait avoir d'incidence sur la manière donc elles sont bâties.

TC, 17 juin 2024, n° C 4302, M. et Mme B. c/ Commune de Changé, classé A, et n° C 4306, Mme R... et M. G... c/ communauté urbaine Le Havre Seine Métropole : Un litige entre l'acquéreur d'un lot vendu par une commune à propos de travaux publics à réaliser par cette commune à l'occasion de cette vente relève du juge judiciaire.

► Consulter le texte de la décision n° C 4302
► Consulter le texte de la décision n° C 4306

Commentaire de la décision:

Ce litige illustre parfaitement la tension qu'il peut y avoir entre deux « effets attractifs » contraires : celui de la présence de travaux publics d'une part, celui de la nature privée d'un contrat d'autre part. Encore faut-il rappeler que c'est cette dernière qui l'emporte très souvent, puisqu'il est par exemple jugé depuis longtemps que les relations entre un entrepreneur de travaux publics et ses cocontractants privés relèvent du juge judiciaire alors même que le contrat a pour objet l'exécution de ces travaux publics (TC, 19 janvier 1972, SNCF c/Entreprise Solon et Barrault, p. 944). Aussi, lorsque ces deux effets attractifs sont en concurrence, la question porte alors sur le point de savoir si le litige se rattache aux relations contractuelles ou non, ce qui n'est pas toujours évident. Relèvent ainsi du juge judiciaire une action en responsabilité intentée par un locataire contre un office public de HLM fondée sur l'entretien défectueux d'une dépendance des locaux dont la jouissance résulte du contrat (TC, 24 mai 2004, Consorts Garcia c/ OPHLM de l'Aude, n° 3399, aux Tables), ou encore une action en responsabilité intentée contre les constructeurs d'un programme immobilier par les copropriétaires de cet ensemble immobilier, les titulaires d'un droit de mouillage dans le port et une société civile immobilière, à la suite de désordres survenus dans un port et affectant sa digue (TC, 24 mai 2004, SCI du Port des engraviers c/ Sté Setimeg, n° 3331) ou les préjudices liées à des fautes que le Conseil d'Etat rattache à la qualité et aux obligations de lotisseur de la commune (mauvaise conception du système d'évacuation des eaux pluviales dans le lotissement, ayant entraîné l'inondation d'un lot par suite de fortes pluies - CE, 12 janvier 1983, Commune de Laronxe c/MAIF et autre), ou encore exécution tardive ou inadaptée des travaux nécessaires à la viabilité du lotissement, qui avaient été imposés à la commune en tant que lotisseur par arrêté préfectoral (CE, 29 février 1980, Mme Rivière, n° 12828, p. 122)

En sens inverse, relève du juge administratif l'action en dommages et intérêts, liée aux dommages causés par l'effondrement de la voie d'accès à un chantier ayant le caractère de travaux publics, intentée par une société de livraison dont un camion avait basculé dans un marais en raison de l'effondrement de la voie d'accès, bien que cette société était en train de livrer des matériaux à la société exécutant des travaux publics (TC 10 mars 1975, Sté havraise de matériaux c/ Sté électro-entreprise, n° 01997, p. 793) ou lorsqu'est en cause la réalisation, sous la maîtrise d'ouvrage de la commune, des voiries du lotissement destinées à être ouvertes à la circulation publique et à intégrer le domaine public communal dès leur achèvement (CE, Section, 9 mars 1965, Huber, n° 55229, p. 156), ou des travaux détachables des obligations de la commune « lotisseur » tel que la protection contre des avalanches (CE, 27 juillet 1979, Carot et autres, n°96245 et 96246, p. 342).

Dans l'affaire tranchée ici par le Tribunal des conflits était justement en cause une opération de travaux publics qui devait être réalisée, sous maîtrise d'ouvrage de la commune, à l'occasion de la vente d'un lot d'un terrain appartenant à ladite commune. Les acquéreurs du lot se plaignaient plus précisément du préjudice qu'ils avaient subi, à la suite d'importantes pluies, qu'ils attribuaient à

diverses fautes de la commune « lotisseur » : inachèvement ou de la mauvaise exécution, à la date de la vente, des travaux de voirie et absence d'un point de collecte d'eau des eaux pluviales au niveau de la rue surplombant leur parcelle. Contrairement à l'affaire Carot précitée, ces travaux sont ici considérés comme impliqués par la vente du lot et donc comme non détachables du contrat de vente, contrat de droit privé en l'absence de clause impliquant un régime exorbitant du droit commun ou de participation à un service public. Le simple fait que l'action soit intentée en raison de fautes est présenté par la rapporteure publique comme renforçant ce lien, contrairement à une action en responsabilité sans faute pour dommage de travaux publics. Cet argument est à relativiser, l'action pour responsabilité pouvant aussi être fondée sur une faute, en l'absence de dommage « permanents » : il peut s'agir d'un défaut de travaux publics ou d'un défaut d'entretien d'un ouvrage public qui n'implique pas un régime de responsabilité sans faute mais un régime de responsabilité pour faute présumée.

On notera également que le Tribunal des conflits semble avoir une conception particulièrement large de la non détachabilité puisque ces obligations ne résultent pas explicitement du contrat de vente lui-même, à la lecture des conclusions de sa rapporteure publique : « *Les faits et la chronologie du litige et des agissements invoqués comme fautifs, quelques jours seulement séparant l'état des lieux ayant précédé la vente du lot et le sinistre, nous semblent conforter ce rattachement du litige à l'univers du contrat et à la responsabilité de la commune prise en tant que lotisseur, et l'indétachabilité de la faute invoquée des obligations contractuelles lui incombant à l'égard des acheteurs* ».

Il est quelque peu surprenant que, pour une demande indemnitaire présentée initialement comme à une action en responsabilité quasi-délictuelle, la compétence judiciaire puisse alors être fondée sur la relation contractuelle liée à un contrat de vente qui ne mentionne aucunement ces travaux, et qu'il puisse être affirmé que le dommage est « *consécutif à l'inexécution d'une obligation résultant d'un contrat de droit privé* ». Il eut été plus simple et plus logique de s'en tenir à la jurisprudence civile, qui ne reconnaissait le juge judiciaire compétent en pareil cas qu'en l'absence de travaux publics (Cass. 1re Civ., 1 décembre 1970, pourvoi n° 67-11.525, Bull. Ch. Civ. 1 N 321, p. 265), à moins que les conditions imposées par le règlement d'un lotissement et par le cahier des charges auxquelles une vente a été soumise se trouvent incorporées au contrat de vente (Cass. 1re Civ., 9 octobre 1991, pourvoi n° 90-12.818, Bull. 1991 I N° 261 : « *Mais attendu qu'ayant retenu que la vente notariée du 31 juillet 1982 avait été soumise aux conditions imposées tant par le règlement du lotissement que par le cahier des charges, de telle sorte que ces deux documents avaient été incorporés au contrat dont ils faisaient partie intégrante, c'est à bon droit que la cour d'appel a estimé que le manquement à l'une de ces conditions constituait un manquement aux obligations contractuelles de la ville* »). Et on ne pouvait fonder la compétence judiciaire sur l'absence de travaux publics, puisque les ouvrages à réaliser étaient destinés à entrer dans le domaine public. Le requérant va devoir donc poursuivre devant le juge judiciaire la personne publique et devant le juge administratif…la personne privée qui a réalisé les travaux défectueux puisqu'il s'agira d'une action en responsabilité quasi délictuelle en lien avec des travaux publics.

Tout autre était la situation dans la deuxième espèce commentée ici : les travaux à réaliser, dont il était prétendu qu'ils avaient été mal réalisés pour partie et non réalisés pour une autre partie, étaient bel et bien prévus par l'acte de vente. En présence d'un contrat de vente qui ne faisait pas participer l'acquéreur à une mission de service public et qui ne comportait pas de clause impliquant un régime exorbitant du droit commun, le Tribunal des conflits a logiquement conclu à la présence d'une action en responsabilité contractuelle relevant du juge judiciaire compte tenu de la nature privée du contrat.

CE 12 juin 2024, n°475214, Société Actor France, classé B : Une offre ne peut être regardée comme inacceptable, dans le cadre d'un accord-cadre, que si les crédits budgétaires alloués ont été portés à la connaissance des candidats.

► Consulter le texte de la décision

Commentaire de la décision:

Cet arrêt, et plus encore les conclusions Marc Pichon de Vendeuil, apportent des éclairages intéressants sur la notion d'offre inacceptable de manière générale, et sur l'obligation ou non d'informer les candidats sur les crédits budgétaires alloués à un futur marché en particulier.

On sait de l'offre inacceptable qu'elle est définie comme celle « dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure » (Art. L. 2152-1 CCP).

Il n'en a pas toujours été ainsi : l'ancien Code des marchés publics prévoyait une définition alternative : « *si les conditions prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer* » (art. 35.1.1° du Code des marchés publics 2006). La première partie de la définition a, logiquement, été versée dans la définition, devenue alternative, de l'offre irrégulière avec la transposition des directives 2014/24 et 2014/25 (actuellement article L. 2152-2 CCP).

Pour autant, la question de savoir ce que signifie les « crédits budgétaires alloués » n'a jamais reçu de définition jurisprudentielle. Il existait bien une réponse ministérielle à une question écrite n° 05463 de M. Jean-Claude Carle (Haute-Savoie - UMP) publiée dans le JO Sénat du 21/03/2013 - page 916, déclarant : « *Dès lors que les crédits budgétaires alloués par le pouvoir adjudicateur lui donnent la possibilité de financer l'offre, celle-ci ne peut pas être rejetée comme inacceptable, quand bien même son prix se situerait largement au-dessus du montant estimé du marché (CE, 24 juin 2011, office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines, req. n° 346665) : une offre supérieure de 25 % à l'estimation des services de l'acheteur n'emporte pas systématiquement, par exemple, la qualification d'offre inacceptable* ».

C'est cet arrêt que reprend le rapporteur public, en citant les conclusions du Président Boulouis sur cette affaire de 2011, pour qui cette règle « *vise à consacrer la jurisprudence antérieure, rare mais claire, selon laquelle une offre ne pouvait être déclarée inacceptable comme trop chère si l'estimation servant de base à son jugement était irréaliste (29 décembre 1997, n° 160686, Préfet Seine-et-Marne c/ OPAC Meaux, p. 510)* ». On peut ne pas être convaincu par ce raisonnement qui cherchait à faire rejoindre la jurisprudence antérieure relative à l'offre « non conforme » dans son volet financier (c'est-à-dire supérieure à l'estimation réaliste de la valeur estimée du marché) avec la notion nouvelle, issue des directives, de supérieure aux crédits alloués. Du reste, l'arrêt de 2011 avait sanctionné un pouvoir adjudicateur pour avoir rejeté une offre au motif qu'elle était supérieure de 25 % à l'estimation des services.

Aussi on suivra plutôt Marc Pichon de Vendeuil lorsqu'il estime, après avoir cité la Directive 2024/24, qu' « *on notera simplement une différence sémantique, la notion française de « crédits budgétaires » semblant renvoyer à une logique de comptabilité publique (…). Nous ne sommes pas pour autant*

certain qu'il faille en tirer de réelles conséquences pratiques – ce que votre jurisprudence n'a du reste jamais fait jusqu'à présent – car, d'une part, le code de la commande publique ne s'applique pas qu'à des entités soumises aux règles de la comptabilité publique et, d'autre part, une telle approche pourrait s'avérer particulièrement rigide, ne serait-ce qu'en introduisant une distinction assez formelle avec les notions d'autorisations d'engagement ou d'autorisations d'emploi qui nous paraissent pouvoir suffire, dans certains cas, à caractériser les « crédits budgétaires alloués » au sens du droit de la commande publique ». D'autre part et surtout, il explique que « *les crédits alloués ne sont pas les crédits allouables, ce qui, pour les grands acheteurs publics, n'aurait d'ailleurs guère de sens ! A notre sens, les crédits budgétaires alloués au marché correspondent donc à la somme spécifique que, pour une opération donnée, l'acheteur public entend engager, et non à ses capacités générales de financement* (…). *L'idée sous-jacente est qu'un*

acheteur public n'a pas à se trouver engagé vis-à-vis d'une offre qui, bien qu'elle soit finançable dans l'absolu, affecterait de manière indue ses équilibres budgétaires. Il faut enfin ajouter que, comme le prévoient les textes, ce plafond budgétaire doit lui-même avoir été arrêté en amont de la procédure d'appel d'offres (…) qui peut se manifester sous diverses formes (dans un document budgétaire, dans une

délibération de la collectivité ou même dans des documents internes à l'entité concernée), pour autant que le caractère impératif de ce choix budgétaire apparaisse de manière suffisamment manifeste ». Au-delà de la forme, c'est probablement là que pourrait s'exercer un contrôle du juge quant au caractère réaliste ou non des crédits alloués.

Sur tout cela, le Conseil d'Etat ne prend pas parti, se contentant d'exiger, pour un accord-cadre, la chose suivante : « *Si les crédits budgétaires alloués à un marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre peuvent être inférieurs au montant maximum que prévoit le pouvoir adjudicateur, celui-ci ne peut toutefois écarter comme inacceptable une offre au motif qu'elle excède le montant de ces crédits budgétaires qu'à la condition que ce dernier montant ait été porté à la connaissance des candidats à son attribution* ».

C'est là qu'apparait le deuxième apport de cette affaire, résultant de l'arrêt lui-même cette fois : l'autorité contractante a l'obligation d'indiquer, pour un accord-cadre, le montant des crédits budgétaires alloués à cet accord-cadre. Il ne faut pas en effet ce méprendre sur la formulation, un peu confuse, du « *marché destiné à être passé sous la forme d'un accord-cadre* » : le Conseil d'Etat reprend la définition du Code de la commande publique qui fait des accords-cadres des marchés à part entière. Il ne vise donc pas le marché subséquent qui peut être passé en application de l'accord-cadre, faute de quoi serait inutile la précision selon laquelle les crédits budgétaires alloués « peuvent être inférieurs au montant maximum que prévoit le pouvoir adjudicateur » : par hypothèse, un accord-cadre peut générer plusieurs marchés subséquents et chaque marché subséquent sera nécessairement inférieur au montant maximum de l'accord-cadre.

Le rapporteur public envisageait de généraliser l'obligation d'indiquer ce montant, au nom du principe de transparence, à tous les marchés publics. On ne le suivra pas sur ce point. L'indication d'une telle information doit rester une possibilité pour l'acheteur : elle peut permettre, parfois, aux candidats de mieux cerner l'ampleur d'une prestation attendue, en particulier s'agissant des services intellectuels. Mais elle peut aussi présenter le risque de ne pas conduire à obtenir l'offre économiquement la plus avantageuse, en incitant les candidats à s'approcher de ce montant. Le Conseil d'Etat s'en tient d'ailleurs à une formule ne laissant aucune place à un *obiter dictum* : cette obligation ne s'impose que pour les accords-cadres et se justifie par application de la jurisprudence Simonsen de la Cour de justice, qui a imposé d'indiquer un maximum à un accord-cadre afin de

permettre aux candidats potentiels d'apprécier leur capacité à exécuter les obligations qui pourraient résulter des marchés subséquents (17 juin 2021, Simonsen & Weel A/S, aff. C-23/20). Le rapporteur public explique en effet que « *de fait, au vu d'un avis de marché ne comportant que cette seule indication, les concurrents potentiels peuvent légitimement penser que la collectivité aura les moyens budgétaires de faire face à cette dépense si ce seuil devait être atteint. Raisonner autrement reviendrait du reste à priver de tout effet utile l'obligation d'indiquer un maximum dans l'accord-cadre, qui sera dépourvue d'intérêt pratique si, dans les faits, l'écart entre ce plafond et les crédits alloués s'avère substantiel* ». En l'espèce, tel était bien le cas car, d'après l'arrêt lui-même, la commune ayant prévu 2,5 millions d'euros de crédits budgétaires à mettre en face des 3,5 millions de montant maximum de cet accord-cadre à bons de commande d'une durée ferme de 48 mois en vue de la fourniture et de la maintenance de corbeilles de rue compactantes à énergie solaire. Aussi, l'offre de la société requérante, de plus de 2,7 millions, ne pouvait être rejetée comme inacceptable, faute d'information en amont. L'arrêt de la CAA de Paris est annulé et il lui est renvoyé l'affaire, qu'elle devra trancher sur le point de savoir si cette illégalité doit conduire, dans le cadre du recours Tarn-et-Garonne intenté, à une annulation du marché ou, plus probablement, à sa seule résiliation.

N'est pas indiqué, par hypothèse, les conséquences de cet arrêt en cas d'accord-cadre avec marchés subséquents. Mais si la logique, que nous prônons, de liberté pour les marchés publics devait être confirmée, cela devrait conduire le juge à ne pas exiger des acheteurs publics qu'ils indiquent à l'avance les crédits alloués pour chaque marché subséquent, d'autant plus que le risque de dissociation entre le montant maximum de l'accord-cadre et un des marchés subséquents mis en place n'aura pas lieu d'être.

CE, 17 mai 2024, n° 466568, Société SMA Energie, classé A : Le juge saisi d'un recours contestant la validité du contrat peut prononcer la résiliation ou l'annulation des seules clauses irrégulières divisibles ou les écarter s'il est saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat ; la prescription de l'action en restitution ne commence à courir qu'à compter du jour où le juge prononce l'annulation de ce contrat ou d'une clause divisible de ce contrat.

► Consulter le texte de la décision

Commentaire de la décision:

Cet arrêt vient préciser deux jurisprudences plus ou moins connues.

La première est la célèbre jurisprudence Béziers I (CE, Assemblée, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, n° 304802, p. 509) qui comporte deux volets : le recours en contestation de validité du contrat déclenché par une partie à ce contrat, et l'exception d'illégalité du contrat soulevée par une partie à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution. Le Conseil d'Etat avait pu préciser dans un arrêt Communauté de communes du Queyras (CE 4 mai 2011, n° 340089, p. 200) que, s'agissant des clauses divisibles, elles pouvaient être écartées lorsqu'est en cause une exception d'illégalité à l'occasion d'un litige portant sur l'exécution. Autrement dit, le juge n'est pas alors obligé d'écarter tout le contrat et il peut donc continuer à régler le litige sur le terrain contractuel pour le surplus. L'arrêt commenté va plus loin en ce qu'il autorise le juge à résilier voire à annuler les clauses divisibles : « *Dans le cas où l'irrégularité constatée n'affecte que des clauses divisibles du contrat, le juge, saisi d'un recours contestant la validité du contrat, peut prononcer, s'il y a lieu, la résiliation ou l'annulation de ces seules clauses* ». Rien n'est dit de ce qui pourraient justifier l'annulation plutôt que la résiliation des clauses divisibles. On peut en avoir une idée à travers l'exemple de la clause en question qui a pu être annulée par la CAA : « *Ainsi qu'il a été dit au point 4, les parties à un contrat d'achat d'électricité comme celui en cause dans le présent litige ne peuvent contractuellement déroger aux tarifs d'achat fixés par l'arrêté interministériel, pris sur le fondement du décret du 10 mai 2001, correspondant à la filière de production électrique concernée. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour a jugé que les stipulations de l'article 5 du contrat conclu entre les sociétés SMA Energie et EDF revêtaient ainsi un caractère illicite en tant qu'elles prévoient le versement de la prime à la méthanisation, qui ne pouvait être légalement versée en l'espèce en application de l'arrêté du 10 juillet 2006. Par des motifs non contestés en cassation, la cour a retenu que cette clause était divisible des autres stipulations du contrat et a entendu prononcer son annulation. En statuant ainsi, la cour, qui a nécessairement jugé qu'il ne pouvait être fait application de cette clause contractuelle, n'a pas commis d'erreur de droit ni insuffisamment motivé son arrêt* ». Il s'agissait d'une violation manifeste du tarif réglementé d'achat d'électricité.

L'autre apport de l'arrêt concerne le point de départ d'une action en restitution, qui peut accompagner une demande d'annulation. Cette action en restitution, qui accompagne la demande d'annulation du contrat, a été admise lorsque la personne publique est victime d'une entente illicite, y compris à l'égard des contrats entièrement exécuté (CE 10 juillet 2020, Société Lacroix signalisation, n°420045).

Pour le Conseil d'Etat, « aux termes de l'article 2224 du code civil : « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». En jugeant que l'action en restitution intentée par la société EDF n'était pas prescrite, au motif que celle-ci devait être regardée comme ignorant*

légitimement l'existence de sa créance jusqu'au jour où le juge du contrat prononce, dans l'exercice de son office rappelé aux points 6 et 7, l'annulation de la clause litigieuse, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ».

On voit qu'il considère comme quasi acquis l'application du Code civil sur les règles de prescription, la réforme de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 2008 ayant, par erreur, ôté la référence aux personnes publiques qui existait dans le Code civil avant 2008. Mais il arrive au Conseil d'Etat ne pas suivre ces règles, à l'image de la prescription de la demande d'annulation d'un contrat administratif qui court au moins pendant toute la durée du contrat (CE Sect. 1er juillet 2019, Musée de Saint-Pierre et Miquelon, n°412243). Il semble donc qu'il faille combiner cet arrêt avec celui commenté, dont la précision relative à la prescription ne concerne que l'action en restitution et non l'action en annulation.

Cet arrêt est à mettre en relief avec la possibilité qui est reconnue aux personnes publiques de résilier leur contrat pour illégalité (CE 10 juillet 2020, Société Comptoir Négoce équipement, n° 430864), d'écarter une clause illégale et divisible (CE 13 juin 2022, Centre hospitalier d'Ajaccio, n°453769) ou de la modifier (CE 8 mars 2023, SIPPEREC, n°464619). Il reste que, pour la personne publique, il peut être plus intéressant d'aller devant le juge car il n'a jamais été admis, contrairement au droit polonais, qu'un contrat puisse être annulé par la personne publique elle-même et pas seulement résilié.

CE, 7 juin 2024, n° 490468, Société Entreprise Construction Bâtiment, et n°490385, Société Atelier Bois, B : La procédure de réclamation préalable prévue à l'article 50 du CCAG ne saurait être applicable au titulaire se prévalant d'un DGD tacite.

► Consulter le texte de la décision n° 490468
► Consulter le texte de la décision n° 490385

Commentaire de la décision:

L'arrêt *société Entreprise Construction Bâtiment* (et la deuxième espèce *Société Atelier Bois*) apporte plusieurs enseignements, dont le principal réside dans l'absence d'obligation de produire un mémoire en réclamation préalable avant de saisir le juge dans le cadre d'un décompte général et définitif tacite.

Pour bien comprendre l'apport principal, encore faut-il rappeler les termes du CCAG 2009, dans sa version de 2014 qui a introduit la possibilité d'un DGD tacite afin de lutter contre l'inertie de certains pouvoirs adjudicateurs. L'article 13.4.4 du CCAG prévoit notamment que si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire le décompte général dans les délais stipulés à l'article 13.4.2, le titulaire notifie au représentant du pouvoir adjudicateur, avec copie au maître d'œuvre, un projet de décompte général signé puis, dans un délai de dix jours à compter de la réception de ces documents, le représentant du pouvoir adjudicateur notifie le décompte général au titulaire. Mais si, dans ce délai de dix jours, le représentant du pouvoir adjudicateur n'a pas notifié au titulaire le décompte général, le projet de décompte général transmis par le titulaire devient le décompte général et définitif.

Dans l'affaire en question, la société a saisi le juge suite au refus de la commune de considérer qu'un DGD tacite était né. Or, la Cour administrative d'appel de Paris, contrairement au tribunal administratif de Melun, a refusé de faire droit aux prétentions financières de la société au motif qu'elle n'avait pas déposer un mémoire en réclamation tel que prévu à l'article 50 du CCAG travaux version 2014.

Celui-ci dispose, en son article 50.1.1., 1er alinéa que, « *si un différend survient entre le titulaire et le maître d'œuvre, sous la forme de réserves faites à un ordre de service ou sous toute autre forme, ou entre le titulaire et le représentant du pouvoir adjudicateur, le titulaire rédige un mémoire en réclamation* ».

La commune prétendait que cette obligation est générale et devait donc s'appliquer en cas de DGD tacite, en faisant en particulier référence à l'expression « ou sous toute autre forme ». Il est vrai aussi que le Conseil d'Etat a appliqué cette exigence à propos d'une résiliation alors même que l'article 46.2.1 qui régit ce cas de figure ne renvoyait pas expressément à elle (CE 29 décembre 2022, Grand Port maritime de Marseille, n° 458678, B).

Tel n'est pourtant pas l'avis du Conseil d'Etat, et les conclusions du rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil nous permettent d'en comprendre les raisons. L'argument textuel est plutôt en sens contraire de ce qu'envisageait la commune : l'article 50 se réfère uniquement à la notion de « décompte général » et non à celle de DGD ; l'article 13.4.3 stipule que le désaccord relatif au décompte général établi et transmis par le maître d'ouvrage « est réglé dans les conditions mentionnées à l'article 50 » alors que l'article 13.4.4, relatif au DGD tacite, n'y fait pas référence. En

outre, le rapporteur public rappelle que la jurisprudence antérieure au DGD tacite a admis que « *la mise en demeure adressée par le titulaire au maître d'ouvrage d'établir le décompte général se substitue à la procédure de réclamation de l'article 50 (CE 20 décembre 1989, Gabrion et autres, n° 77564, T. p. 784 ; CE 8 août 2008, Société Bleu Azur, n° 290051, T. p. 813, sous l'empire du CCAG 1976 ; CE 10 juin 2020, Société Bonaud, n°s 425993, 428251, T. pp. 836-896, sous l'empire du CCAG 2009 initial)* ».

Enfin, il avançait un certain nombre d'arguments qualifiés de logiques, et que l'on ne peut qu'approuver :

« *Dans le schéma qui conduit au DGD tacite, il n'y a, de fait, pas de refus opposé à une proposition ou à une prétention, comme il pourrait y en avoir lors de l'établissement du décompte – ce qui conduirait alors à régler ce « différend » par le biais de la procédure de l'article 50 –, mais seulement une absence de réaction. De même, une fois que le décompte est général et définitif, il est réputé lier définitivement les parties : juridiquement, il n'y a donc plus, pour ce qui le concerne, de « différend »* », avant d'ajouter que une fois que le DGD tacite est acquis, il n'y aurait aucune plus-value d'un mémoire en réclamation rédigé par le titulaire, qui se bornerait forcément à reproduire une nouvelle fois les éléments qu'il aurait présentés antérieurement.

Le Conseil d'Etat pose donc dans deux considérants de principe la non applicabilité de l'article 50 au DGD tacite : « *en l'absence de contestation possible du montant inscrit au solde du projet de décompte général après que celui-ci est devenu le décompte général et définitif tacite dans les conditions fixées à l'article 13.4.4 du CCAG, la procédure de réclamation prévue à l'article 50 du même cahier ne saurait être applicable au titulaire se prévalant devant le juge d'un décompte général et définitif tacite (…) il résulte des stipulations des articles 13.4.2 et 13.4.4 du CCAG Travaux citées au point 3 que seule la notification au titulaire du marché d'un décompte général, même irrégulier, à laquelle le simple rejet des projets de décompte établis par le titulaire ne saurait être assimilé, fait obstacle à l'établissement d'un décompte général et définitif tacite à l'initiative du titulaire dans les conditions prévues par l'article 13.4.4 du CCAG* ».

Ce dernier considérant nous apprend ou nous rappelle deux choses supplémentaires. Le simple rejet des projets de décompte ne saurait valoir notification d'un décompte général : il y a là une évidence mais il s'agissait ici de répondre à un argument avancé par la commune alors même que le texte est clair et d'ailleurs justifié par le rapporteur public : « *Ceci procède d'une logique vertueuse dont l'objectif est que chaque partie mette sur la table ses arguments et contre-arguments, sans pouvoir se réfugier dans la simple dénégation* ». En revanche, le Conseil d'Etat rappelle (CE 9 novembre 2023, Société Transport tertiaire industrie, n° 469673, B) que ce projet de décompte général que l'autorité contractante ou son maître d'œuvre doit produire peut très bien être « irrégulier », ce qui offre quand même beaucoup de flexibilité – trop ? – à ceux-ci pour faire obstacle à la naissance d'un DGD tacite.

Enfin, l'arrêt apporte quelques précisions supplémentaires : la notification par la société de ses projets de décompte final et général n'avait pas à être faite au maire directement, comme le prétendait la commune (sic), mais seulement à la commune, ce qui a été le cas. Par ailleurs, le Conseil d'Etat avait préalablement cassé la cour administrative d'appel pour dénaturation pour s'être montrée trop formaliste en ne considérant pas que la société avait adressé un mémoire en réclamation alors que par un courrier, « *cette société avait exposé les raisons pour lesquelles elle estimait pouvoir se prévaloir d'un décompte général et définitif tacite et sollicité le règlement du solde correspondant* ». Les conclusions nous apprennent d'ailleurs que la société n'avait pas soulevé l'inapplicabilité de l'article 50 du CCAG de sorte qu'en tant que juge de cassation, le Conseil d'Etat ne

pouvait soulever d’office ce moyen faute pour les CCAG d’avoir une nature réglementaire, et en dépit du fait que leur interprétation par les juges du fond fait l’objet, en cassation, d’un contrôle de l’erreur de droit et non d’un simple contrôle de dénaturation (CE Section, 27 mars 1998, Société d’assurance La Nantaise et l’Angevine réunies, n° 144240, p. 109). Mais la société a pu invoquer cet argument nouveau de l’inapplicabilité devant le Conseil d’Etat devenu alors juge d’appel après cassation.

Brèves pour la période de mars à juin 2024 :

Textes législatifs et réglementaires

Loi n° 2024-450 du 21 mai 2024 relative à l'organisation de la gouvernance de la sûreté nucléaire et de la radioprotection pour répondre au défi de la relance de la filière nucléaire

► Consulter la loi

Le secteur nucléaire bénéficie d'une adaptation du droit de la commande publique.

L'article 22 permet de déroger à l'obligation d'allotissement pour six types de travaux liés au nucléaire ; l'article 23 offre la possibilité d'accords-cadres d'une durée supérieure à celle prévue par le Code de la commande publique « qui peut aller jusqu'à celle du ou des projets concernés ». il est même ajouté que « cette durée est fixée en tenant compte des aléas inhérents à la réalisation du ou des projets concernés » ; l'article 24 ajoute comme critère d'attribution celui de la crédibilité du projet ; l'article 25 ajoute précise l'exception des marchés « devenus nécessaires » qui autorisent une modification substantielle des marchés : elle « peut notamment s'apprécier en fonction de l'évolution de la conception du projet » ; enfin, l'article 26 fait entrer dans la catégorie des « autres marchés » différents marchés liés au nucléaire (*« 1° La conception, la qualification, la fabrication, la modification, la maintenance ou le retrait des structures, des équipements, des systèmes, des matériels, des composants ou des logiciels contribuant directement ou indirectement à la protection contre les actes de malveillance, mentionnée au premier alinéa de l'article L. 1333-3 du code de la défense, ou à la sûreté nucléaire, au sens de l'article L. 591-1 du code de l'environnement 2° La conception, la construction, le fonctionnement ou le démantèlement des bâtiments destinés à recevoir des matières nucléaires ou des matériels de sauvegarde ou à héberger des éléments mentionnés au 1° du présent I, y compris leurs fondations et leurs structures* »).

Décret n° 2024-134 du 21 février 2024 avec entrée en vigueur au 1er juillet 2024

► Consulter le décret

Les obligations d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées et à l'interdiction d'acquisition par l'Etat de produits en plastique à usage unique sont précisées.

Pour accroître la part des acquisitions de biens issus de l'économie circulaire par les acheteurs publics de l'Etat et des collectivités territoriales prévue par l'article 58 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, le décret abroge le décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 et modifie la liste des produits visés ainsi que, pour chacun d'eux, la part minimale des acquisitions qui doit être issue des filières du réemploi, de la réutilisation ou du recyclage. Le décret fixe également une progression pluriannuelle de ces pourcentages jusqu'en 2030. Ces acquisitions peuvent être réalisées via un achat public à titre principal ou accessoire. Le décret donne par ailleurs la possibilité de comptabiliser les dons. Enfin, il rajoute les sacs poubelles

en plastique à usage unique aux produits pouvant faire l'objet d'une exemption à l'interdiction d'acquisition par l'Etat de produits en plastique à usage unique.

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 7 juin 2024, n° 472662, Communauté de communes des Pays du Sel et du Vermois, classé B

► Consulter la décision

Une exception est posée à l'impossibilité de se prévaloir de l'effet interruptif d'une demande en justice définitivement rejetée.

« *Il résulte de la combinaison des articles 2241, 2242 et 2243 du code civil que devant le juge administratif, un requérant ne peut plus se prévaloir de l'effet interruptif de prescription attaché à sa demande lorsque celle-ci est définitivement rejetée, quel que soit le motif de ce rejet, sauf si celui-ci résulte de l'incompétence de la juridiction saisie* ».

CE, 24 mai 2024, n° 474763, Commune de Saint-Tropez

► Consulter la décision

Il y a erreur de droit à ne pas rechercher si l'offre du requérant aurait mieux classée que les autres si l'irrégularité n'avais pas eu lieu.

« *Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour juger que la SAGEM avait perdu du fait des irrégularités commises lors de l'attribution de la convention une chance sérieuse de l'obtenir, la cour administrative d'appel de Marseille s'est bornée à relever que, sur plusieurs critères, son offre avait été sous-évaluée ou mal évaluée, sans rechercher si, sans ces irrégularités, cette offre aurait été mieux classée que celles des autres candidats et si la SAGEM avait ainsi des chances sérieuses d'emporter le contrat au contraire de tous les autres candidats. Par suite, la commune de Saint-Tropez est fondée à soutenir que la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit* ».

CAA Paris, 5 mars 2024, n° 21PA06640, Sté Nouvelle Laiterie de la Montagne

► Consulter la décision

Une cour illustre la règle selon laquelle les marchés dont la durée d'exécution est supérieure à 3 mois et qui nécessitent l'emploi d'une quantité importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les cours mondiaux doivent comporter une clause de révision de prix (CCP, art. R. 2112-14).

Est irrégulière l'absence d'une telle clause dans un marché de fourniture de thon entier naturel, dont le prix dépend des cours mondiaux. Pour autant, cette irrégularité, qui « ne rend pas illicite le contenu du contrat et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité » ne justifie pas que les clauses du contrat soient écartées du règlement du litige et ne fait donc pas obstacle à ce que l'acheteur applique les pénalités prévues à la suite du refus du titulaire d'exécuter la prestation au prix convenu.

CAA Nancy, 12 Mars 2024, n° 21NC00479

► Consulter la décision

Une cour illustre négativement la notion de société cessionnaire d'un marché public.

« La société C... recherche la responsabilité de la SARL Kentsel, en se prévalant de la qualité de titulaire du lot n° 2 " gros œuvre " de l'opération de construction du centre de secours. Toutefois, il résulte de l'instruction que ce marché a été conclu avec la société Pitor Maçonnerie. Si la société C... fait valoir qu'elle a racheté la société Pitor Maçonnerie en septembre 2017, il ressort des documents qu'elle produit que la société C... a uniquement fait l'acquisition des parts sociales de la société Pitor Maçonnerie, par acte du 29 septembre 2017, et que la société C... a pris en location-gérance le fonds de commerce exploité par la société Pitor Maçonnerie par un contrat conclu le 8 février 2018, avec effet rétroactif au 1er octobre 2017. Il ne résulte toutefois pas de l'instruction et notamment de ces pièces versées à l'instance que la personne morale société Pitor Maçonnerie, personne morale distincte de la société C..., aurait disparu, par fusion avec la société C... ou selon d'autres modalités. Le changement de propriété des parts sociales de la société Pitor Maçonnerie au bénéfice de la société C... n'a en particulier pas eu un tel effet. Par ailleurs, si le contrat de location-gérance stipule que " le locataire-gérant honorera les contrats et commandes en cours " et que le " loueur confie et concède (...) à la société C... (...) le bénéfice de tous marchés, traités et conventions afférents à l'exploitation du fonds de commerce (...) " c'est sous réserve de l'acceptation du cocontractant. Or, il ne ressort pas des éléments soumis à l'instruction que la communauté de communes de la grande vallée de la Marne, maître d'ouvrage, aurait accepté expressément par avenant ou tacitement par son comportement, ou au regard de documents qu'elle a signés, une cession du marché au profit de la société C.... ».

CAA Bordeaux, 12 mars 2024, n° 22BX00327, Stés LCO Ingénierie

► Consulter la décision

Une situation de blocage d'un chantier peut justifier une résiliation pour motif d'intérêt général du marché de maître d'œuvre.

La situation de blocage du chantier découlait de désaccords récurrents opposant les constructeurs et la maîtrise d'œuvre et conduisant les agents du maître d'ouvrage public à s'impliquer dans le suivi des opérations de construction. Ainsi, « La nécessité de mettre fin aux désaccords menaçant l'avancée des travaux » et « la disparition du besoin d'une assistance à la maîtrise d'ouvrage » justifiait la résiliation dans la mesure où l'implication des propres services du maître d'ouvrage public est « en contrariété avec l'objectif qui était poursuivi par la signature d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage ».

CAA Marseille, 18 Mars 2024, n° 22MA00453

► Consulter la décision

Est irrecevabilité la demande d'homologation d'une transaction conclue après l'échec de la médiation .

« *Le contrat de transaction, par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître, a entre ces parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Il est exécutoire de plein droit, sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique. Par suite, en dehors des cas où la contestation à laquelle il est mis fin a été précédemment portée devant le juge administratif, des conclusions tendant à ce que celui-ci homologue une transaction sont en principe dépourvues d'objet et par suite irrecevables. La recevabilité d'une telle demande d'homologation doit toutefois être admise, dans l'intérêt général, lorsque la conclusion d'une transaction vise à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou la constatation d'une illégalité qui ne peuvent donner lieu à régularisation, ou lorsque son exécution se heurte à des difficultés particulières. Tel peut notamment être le cas en matière de marchés publics et de délégations de service public. (…) 8. En l'absence d'élément établissant l'existence d'une difficulté particulière relative à l'exécution de la transaction, la métropole et la société VENAP ne sont donc pas fondées à soutenir que c'est à tort que le tribunal a rejeté leur demande en homologation de la transaction du 13 novembre 2019, qui était irrecevable* ».

CAA Toulouse, 19 mars 2024, n° 22TL21163, SASU Eiffage génie civil

► Consulter la décision

Est irrecevable la contestation du titulaire à la suite d'un avenant stipulant une clause de non-recours.

« *Aux termes de l'article 3 de l'avenant n° 3 du 30 décembre 2019, les parties ont convenu que la rémunération des prestations supplémentaires non prévue initialement était fixée à la somme de 20 810 232,43 euros toutes taxes comprises, portant ainsi le montant du marché à la somme de 205 569*

601 ,32 euros toutes taxes comprises. Compte tenu des stipulations de cet article 3 et de celles de ce même avenant, précitées au point 3, la demande de modification de l'indice TP-01 présentée par le groupement, postérieurement à la notification le 2 mai 2019 du décompte général du marché, devait être regardée comme ayant été prise en compte au titre de la rémunération des prestations supplémentaires non prévue initialement et comme ayant été traitée et réglée de manière définitive. Dès lors, sauf à méconnaître la clause de non-recours prévue à l'article 7 de cet avenant, le groupement, qui avait renoncé, à la date de signature de celui-ci, à présenter une réclamation pour tous les événements de la vie du marché, ne pouvait présenter, le 15 janvier 2020, une demande de rectification du calcul de la révision du prix par application de l'index TP-01 à la date de signature du contrat ».

L'essentiel du droit des contrats publics, septembre 2024, n° 9

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 24 juillet 2024, n°491268, *Commune de Sevran*, classé B : Il n'y a pas d'atteinte à l'impartialité pour un président de commission DSP ayant notamment déclaré que le contrat en cours était « mal géré ». 2

CE, 30 juillet 2024, n°470756, *Communauté d'agglomération Valence Romans agglomération*, classé B : L'exigence d'un avis d'un jury de concours n'a pas d'incidence sur l'étendue du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur. 3

CE, 24 juillet 2024, n°490458, *Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ)*, classé B : Des architectes non-inscrits au tableau du conseil régional de Polynésie peuvent y exercer ponctuellement et sous réserve d'en informer préalablement le conseil régional. 5

CE, 30 juillet 2024, n°485583, *Collectivité territoriale de Martinique*, classé B : Le contrôle du juge administratif sur les sentences arbitrales internes est identique à celui des sentences arbitrales internationales. 6

CE, 30 juillet 2024, n°491172, *Société Tarkett France*, et n°491177, *Société Gerflor*, classés B : La décision par laquelle un magistrat administratif enjoint à une partie de remettre à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission présente un caractère juridictionnel. 9

Brèves pour la période de mars à juin 2024 : 11

CE, 24 juillet 2024, n°491268, *Commune de Sevran*, classé B : Il n'y a pas d'atteinte à l'impartialité pour un président de commission DSP ayant notamment déclaré que le contrat en cours était « mal géré ».

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le commentaire est disponible à l'AJDA.

CE, 30 juillet 2024, n°470756, *Communauté d'agglomération Valence Romans agglomération*, classé B : L'exigence d'un avis d'un jury de concours n'a pas d'incidence sur l'étendue du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le Conseil d'État sanctionne la CAA de Lyon qui avait innové en matière de contrôle du choix du pouvoir adjudicateur d'un lauréat à la suite de l'avis d'un jury de concours. La Cour, après avoir posé en principe que l'acheteur ne pouvait s'écarter de l'avis du jury qu'à condition d'être en mesure de justifier que les motifs qu'il privilégie *« doivent manifestement prévaloir sur le classement établi »* par le jury, a jugé que l'inversion du classement du jury n'était *« pas manifestement justifiée pour les motifs invoqués par l'autorité adjudicatrice »*. Pour le Conseil d'État, la Cour a commis une **erreur de droit** dès lors que les dispositions applicables disposent que :

« l'acheteur n'est pas tenu de suivre l'avis émis par le jury du concours et qu'il peut, notamment, porter son choix sur un candidat ayant participé au concours autre que celui classé premier par le jury » (L. 2125-1 CCP) et que « En statuant ainsi, alors qu'il ne résulte ni des dispositions précitées ni d'aucun principe général que l'acheteur ne pourrait s'écarter de l'avis du jury qu'à la condition que l'offre qu'il retient soit manifestement meilleure que celle proposée par le jury, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit ».

On comprend de la formulation précitée que la CAA de Lyon avait soit procédé à un contrôle normal du choix du cocontractant, soit essayé d'introduire une troisième voie entre contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation et contrôle normal à raison de l'exigence d'un avis préalable d'un jury. Mais, en matière de choix de l'attributaire, le contrôle du juge a toujours été restreint (CE, 27 juillet 1984, *Société Biro*, n° 44919, p. 303 ; CE, 8 février 2010, *Commune de La Rochelle*, n° 314075, p. 14) comme d'ailleurs dans bon nombre d'autres décisions relatives à la passation des contrats de la commande publique : sélection des candidats, choix des critères d'attribution, de leur pondération, de la division en différents lots, de la déclaration d'infructuosité, de la durée du contrat, de l'estimation du montant du marché, de l'offre anormalement basse. Sans parler d'erreur manifeste d'appréciation, les contrôles du choix de la méthode d'évaluation et de la procédure adaptée s'apparentent à un contrôle restreint puisque le texte (dans le premier cas) et la jurisprudence (dans le deuxième) posent le principe du libre choix. Seul le choix de ne pas recourir à la division en lot est un contrôle normal puisque les textes, depuis 2006, posent le principe de la division en lot et ne laissent donc pas un pouvoir discrétionnaire à l'autorité contractante.

Le Conseil d'État estime ici, à juste titre si l'on considère que **le choix d'un lauréat n'est pas foncièrement distinct du choix d'un autre cocontractant**, que la Cour a commis une erreur de droit. Pour le rapporteur public, cela **revenait à introduire une sorte d'avis conforme par principe**.

Mais **cette jurisprudence pose tout de même la question de savoir si le juge ne devrait pas faire évoluer son contrôle en matière de décisions liées à la passation ou au moins sur certaines d'entre elles**, comme pour la sélection des candidats et des offres : le contrôle restreint est tellement léger que les annulations sont rarissimes (4 sur les 46 contrôles de l'erreur manifeste que nous avons

trouvés) et, quand elles interviennent, toujours évidentes. En outre, les raisons qui poussent le juge à passer au contrôle normal plaident en ce sens. Le contrôle de l’erreur manifeste est réservé soit aux matières très techniques, soit aux hypothèses où les textes laissent un choix discrétionnaire, soit lorsque la décision est prise par un organisme expert tel qu’une autorité de régulation. En sens inverse, le contrôle normal est pratiqué lorsque des droits fondamentaux sont en jeu. Il est vrai que la passation des contrats de la commande publique est un peu entre les deux, mais avec une tendance à pencher vers les hypothèses de contrôle normal : les décisions sont certes assez techniques, mais ne sont pas prises par des organismes experts et touchent aux droits fondamentaux de libre accès à la commande publique, d’égalité des candidats et de transparence des procédures. Quant aux textes, il est difficile de dire qu’ils laissent un pouvoir discrétionnaire aux autorités contractantes, à l’exception du choix des procédures adaptées.

En dehors de cette dernière hypothèse, une évolution de l’intensité du contrôle serait donc permise.

CE, 24 juillet 2024, n°490458, *Agence publique pour l'immobilier de la justice (APIJ)*, classé B : Des architectes non-inscrits au tableau du conseil régional de Polynésie peuvent y exercer ponctuellement et sous réserve d'en informer préalablement le conseil régional.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cette affaire permet de **faire le point sur les conditions d'exercice d'un architecte dans une collectivité d'outre-mer alors qu'il est inscrit dans un autre conseil régional que celui de ladite collectivité**. Autrement dit, la question qui se posait était celle de **savoir si les textes avaient instauré un monopole d'exercice pour les architectes inscrits en Polynésie**. Par principe, l'article 9 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture dispose : *« L'inscription à un tableau régional ou à son annexe confère le droit d'exercer sur l'ensemble du territoire national »*. Mais cette loi n'est pas applicable sur l'ensemble des territoires d'outre-mer puisque son article 45 dispose que *« Sous réserve de la compétence attribuée aux assemblées ou conseils élus dans les territoires d'outre-mer, les dispositions de la présente loi pourront être rendues applicables en tout ou partie dans chacun de ces territoires par des décrets en Conseil d'État »*.

Or, comme le rappelle le Conseil d'État : *« Aucun décret n'a rendu les dispositions de cette loi applicables en Polynésie française »*. On doit ajouter qu'aucune loi de pays n'a prévu un régime spécifique, ce qu'autorise pourtant la loi organique statutaire du 27 février 2004 sur la Polynésie.

Aussi, le Conseil d'État devait interpréter les dispositions du décret du 25 juin 1947, réglementant la profession d'architecte dans les territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, et de celles de l'acte dit loi du 31 décembre 1940 instituant l'ordre des architectes et réglementant le titre et la profession d'architecte auxquelles le décret renvoie.

Après une lecture fine et combinée de ces textes, le rapporteur public Nicolas Labrune concluait à l'**absence de monopole « géographique » des architectes inscrits en Polynésie française**. Pour lui, les textes n'exigent l'inscription auprès du Conseil régional de Polynésie que pour des raisons en somme administratives (et, on l'imagine, pour déterminer le conseil régional compétent en cas de procédure disciplinaire), mais pas pour créer un monopole. Le Conseil d'État le suit et, comme lui, **pose deux conditions pour exercer en Polynésie** : le fait d'**en informer au préalable le conseil régional des architectes et** le fait **que ce soit « ponctuel »**. Autant la première condition résulte du texte même de l'article 14 de la loi du 31 décembre 1940 précitée, autant **le caractère ponctuel ne résulte d'aucun texte** et semble résulter d'une création prétorienne. On imagine la difficulté à apprécier le caractère ponctuel et, dans l'hypothèse où le conseil régional jugerait que l'exercice n'est pas ponctuel, la difficulté à sanctionner le non-respect de cette condition.

Il reste à savoir la portée de cet arrêt en dehors du cas de la Polynésie. On l'a dit, la question ne se pose pas au niveau métropolitain compte tenu du principe de liberté posé à l'article 9 de la loi du 3 janvier 1977 précité. Mais pour ce qui est des collectivités d'outre-mer, tout dépendra des textes applicables à chaque collectivité puisque le rapporteur public n'excluait pas la possibilité d'instaurer un monopole géographique pour peu qu'il soit clairement exprimé par les textes. On doit ajouter que ce monopole doit, pour les collectivités d'outre-mer soumises au droit de l'Union européenne, être compatible avec ce dernier.

CE, 30 juillet 2024, n°485583, *Collectivité territoriale de Martinique*, classé B : Le contrôle du juge administratif sur les sentences arbitrales internes est identique à celui des sentences arbitrales internationales.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

On se souvient que, **dans l'arrêt *Fosmax*, le Conseil d'État a défini l'étendue du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif sur les sentences arbitrales concernant des contrats administratifs dits internationaux** (CE, Assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, p. 466). Concrètement, il s'agit des hypothèses de sentences arbitrales rendues en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français, mais mettant en jeu les intérêts du commerce international. Les commentateurs « autorisés » de l'arrêt indiquaient qu'il *« constituera cependant un **point de repère incontournable, dès lors, notamment, qu'on imagine mal que le contrôle soit moins approfondi en matière d'arbitrage interne que d'arbitrage international** »* (L. Dutheillet de Lamothe et G. Odinet - Arbitrage international : le Conseil d'État s'entend sur un contrôle – *AJDA* 2016, p. 2368). De fait, le rapporteur public Nicolas Labrune dans l'affaire commentée invitait non seulement à ne pas faire moins, mais aussi à ne pas faire plus, tant ce serait aller à l'encontre du principe même de l'arbitrage qui implique une forme de « justice privée » et qui s'accorde mal avec l'idée d'un plein contrôle d'un juge.

De cette logique, suivie par le Conseil d'État, il en résulte deux éléments.

En premier lieu, **le juge reprend donc les éléments de contrôle définis par la jurisprudence *Fosmax*** et qui sont au nombre de trois :

1. **La licéité de la convention d'arbitrage :** qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ;
2. **L'irrégularité des conditions de la sentence :** incompétence du tribunal, irrégularité de sa composition (notamment indépendance et impartialité), de sa mission, du caractère contradictoire et de sa motivation
3. **La contrariété à l'ordre public :** contrat à objet illicite, entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, méconnaissance des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou méconnaissance des règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

Sur le premier point, le Conseil d'État confirme la compétence du tribunal arbitral et aussi celle du juge administratif. Sur la compétence du tribunal, elle résulte du fait que l'on se trouvait bien dans une des exceptions à l'inarbitrabilité des litiges relatifs aux personnes publique posée à l'article 2061 du Code civil. En effet, l'article 69 de la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906 dispose que « l'État, les collectivités territoriales ou les

établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre IV du code de procédure civile ». Or, en l'espèce, il s'agissait d'un litige portant sur des sommes que le groupement d'entreprises estimait lui être dues. Le Conseil d'État donne ainsi une interprétation large de la notion de liquidation, mais conforme à la nouvelle rédaction issue du Code de la commande publique qui évoque « les litiges relatifs à l'exécution financière des marchés publics de travaux et de fournitures » pour les personnes publiques susvisées (article L. 2197-6 du code de la commande publique).

Quant à la compétence du juge administratif et du Conseil d'État, elle s'explique par le fait qu'il s'agit d'un *« recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat administratif ressortit à la compétence de la juridiction administrative »*. En effet, il est de jurisprudence constante que, comme le rappelle le rapporteur public :

« en ce qui concerne les sentences arbitrales internes, c'est toujours la juridiction compétente pour connaître du contrat ayant donné lieu à l'arbitrage qui est compétente (voyez TC, 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des Architectes Français, p. 639 et, pour une réaffirmation de ce critère de compétence après la décision Inserm, TC, 16 novembre 2015, Société Broadband Pacifique c/ Administrateur supérieur des îles Wallis et Futuna, n°4025, T. p. 597) ».

Et, pour le juge, au sein de la juridiction administrative, **le Conseil d'État est compétent pour connaître des recours dirigés contre une telle sentence arbitrale en application de l'article L. 321-2 du code de justice administrative**.

Sur le deuxième point, le rapporteur public proposait d'ajouter les autres conditions d'irrégularité fixées à l'article 1492 du code de procédure civile pour les sentences arbitrales internes : si la sentence n'indique pas la date à laquelle elle a été rendue ou le nom du ou des arbitres qui l'ont rendue, si elle ne comporte pas la ou les signatures requises, ou si elle n'a pas été rendue à la majorité des voix. **Le Conseil d'État ne l'a pas suivi** sur ce point, ne s'estimant pas lié par le code de procédure civile en dépit du renvoi par la loi de 1906. Il ne l'a pas non plus suivi sur un autre point : le rapporteur public estimait que, en l'espèce, il y avait eu violation du principe d'impartialité car un des membres du tribunal avait rendu un premier rapport, en tant qu'expert en quelque sorte, préjugeant ainsi de l'affaire. Pour le juge :

« Si le rapport ainsi rédigé par l'un des arbitres a pris position sur les prétentions des parties, cette circonstance ne traduit nullement, contrairement à ce que soutient la collectivité requérante, une méconnaissance du principe d'impartialité, s'agissant d'un document d'étape établi par l'un des arbitres dans le cours de l'instance arbitrale, à l'égard duquel, au demeurant, les parties ont pu faire valoir, avant que le tribunal arbitral ne se prononce, leurs observations tant sur la teneur des propositions faites que sur la méthodologie retenue ».

En somme, **le contradictoire a purgé le risque d'impartialité**. Cette position n'est certes pas strictement orthodoxe au regard de la jurisprudence administrative sur les préjugements, parfaitement rappelée par le rapporteur public, mais elle fait montre d'un souci de flexibilité dans la procédure tenue devant le tribunal arbitral qui a été, en quelque sorte, approuvée implicitement par les parties.

Sur le troisième point, le Conseil d'État ne voit aucune violation des règles d'ordre public et plus particulièrement de l'interdiction des libéralités. En particulier, le tribunal arbitral a relevé que si la

société Satrap n'avait *« pas fait tous les efforts souhaitables pour établir la réalité de ce chef de préjudice »*, il a pour autant considéré que *« les éléments chiffrés produits par la Satrap et résultant des données du marché sont de nature à pouvoir apprécier le déficit de couverture de ses frais généraux »*. **Le Conseil d'État rejette donc la demande d'annulation de la sentence arbitrale**.

En deuxième lieu, l'autre conséquence de cette approche libérale tient à la nature du contrôle juridictionnel. **Le rapporteur public proposait de ne pas laisser aux parties**, comme le droit privé les y autorise pour les sentences arbitrales de droit interne (alors que pour le droit international, seul le recours en annulation est ouvert – cf. article 198 CPC), **de choisir entre recours en annulation ou appel**.

Le Conseil d'État ne semble pas avoir tranché la question puisqu'il n'avait pas à le faire, les parties ayant prévu le recours en appel. Le simple fait que le Conseil d'État se reconnaisse compétent en vertu d'un article visant sa compétence comme juge d'appel ne semble pas permettre de conclure qu'il a choisi la voie de l'appel puisqu'il ne s'en sert que pour justifier sa compétence, et non la nature du recours.

Mais finalement, la question parait secondaire puisque, en tout état de cause, l'étendue du contrôle est très spécifique à l'arbitrage et très réduite au regard de ce qu'est en recours en annulation ou un recours en appel.
Cette étendue très relative du contrôle et la manière très libérale de l'application de ce contrôle, conduisant à confirmer une sentence arbitrale ayant condamné une personne publique à devoir payer une somme de 1 640 213 euros, pourraient conduire au développement de l'arbitrage dans les marchés publics de travaux et de fournitures.

CE, 30 juillet 2024, n°491172, *Société Tarkett France*, et n°491177, *Société Gerflor*, classés B : La décision par laquelle un magistrat administratif enjoint à une partie de remettre à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission présente un caractère juridictionnel.

► **Consulter le texte de la décision n°491172.**
► **Consulter le texte de la décision n°491177.**

Commentaire de la décision :

Bien que d'ordre purement procédural, la réponse apportée à cette question inédite en matière d'expertise judiciaire **intéresse les contrats publics** puisqu'elle intervenait dans le cadre d'une **action indemnitaire d'une autorité contractante à l'encontre de ses anciens contractants ayant été reconnu coupables** par l'Autorité de la Concurrence, en 2017, **d'ententes liées à des échanges d'informations confidentielles** entre 1990 et 2013. Un centre hospitalier ayant construit un hôpital en 2006, il a donc intenté une action indemnitaire liée au surcout impliqué par cette entente. On rappellera que, **depuis 2020, les victimes personnes publiques peuvent alternativement demander l'annulation du marché et la restitution des sommes versées, sous réserve d'une action de l'entreprise pour remboursement des dépenses utiles** (CE, 10 juillet 2020, *Société Lacroix signalisation*, 420045).

Le tribunal administratif a, avant dire droit, ordonné une expertise en vue de lui fournir tous les éléments permettant de déterminer le montant des préjudices. **La société s'est**, d'une part, **opposée à ce que certains documents, qu'elle avait transmis au seul expert, soient soumis au débat contradictoire**, et, d'autre part, **abstenue de donner suite à la demande de l'expert de produire d'autres documents**. Saisie par l'expert, la magistrate chargée du suivi des opérations d'expertise au tribunal administratif de Strasbourg, a, d'une part, confirmé que les documents transmis au seul expert devaient être soumis au débat contradictoire et communiqués par celui-ci aux parties et, d'autre part, enjoint à la société de communiquer à l'expert les documents demandés dans un délai de dix jours à compter de la réception de son courrier, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard. La société a demandé à la cour administrative d'appel d'annuler cette décision et se pourvoit en cassation contre l'ordonnance par laquelle la présidente de la cour l'a jugé manifestement irrecevable au motif qu'il ne s'agirait pas d'une décision juridictionnelle.

Il est vrai que, comme le rappelait Nicolas Labrune dans ses conclusions, **un certain nombre de décisions de juridictions administratives échappent à la qualification de décision juridictionnelle** et sont, à ce titre, insusceptibles d'appel ou de cassation. Ainsi en va-t-il de la décision autorisant l'expert à déposer son rapport en l'état en cas de carence des parties (CE, 19 novembre 2021, *Société Implenia Regiobau GmbH*, n° 451962, T. pp. 826-846-873), de la décision de recourir à un seul expert plutôt qu'à plusieurs (CE, 6 février 1981, *SA Le cabinet Trouvin*, n° 17426, aux Tables), de celle par laquelle le président de la juridiction décide du remplacement d'un expert défaillant (CAA Lyon, ass. plénière, 25 septembre 1991, *M...*, aux Tables).

Mais a été qualifiée de décision juridictionnelle la décision rendue sur une demande de récusation d'un expert (CE, Section, 23 mars 2012, *Centre hospitalier d'Alès-Cévennes*, n° 355151, p. 118 ; CE, 23 octobre 2019, *M. et Mme P...*, n° 423630, aux Tables). Dans ses conclusions sur cette dernière affaire, **le Président Dacosta invitait à s'appuyer sur « l'objet et à la portée de la décision » et plus**

précisément sur la nature des pouvoirs exercés par l'auteur de l'acte ainsi que les effets de cet acte. Selon lui, *« la **mesure d'administration de la justice** se distingue en particulier de la décision juridictionnelle en ce qu'elle **ne tranche pas de contestation** »*.

Le Conseil d'État s'appuie quant à lui, dans l'arrêt commenté, sur *« l'objet et les effets »* de l'acte en cause pour conclure, en l'espèce, à une décision juridictionnelle, sans plus de motivation.

Mais les raisons d'une telle solution paraissent pleinement justifiées à la lecture des conclusions de Nicolas Labrune. Elles tiennent, disait-il, à titre liminaire, à la position de la Cour de cassation qui admet le recours en appel contre une telle décision (Civ. 2ème, 23 septembre 2004, n° 02-15.782, Bull. ; Civ. 2ème, 9 juillet 2009, n° 08-18.212, Bull.) alors que les articles prévoyant l'obligation de remettre des pièces à l'expert sont rédigés de manière très similaire dans le code de procédure civile (article 275) et dans le Code de justice administrative (Article R. 621-7-1). Ensuite, le juge tranche une contestation puisqu'il *« prend parti, à l'évidence, sur le point de savoir si ces documents sont utiles à l'expertise »*. En outre, la communication par une partie des documents qu'elle refusait de produire parce qu'elle les estimait couverts par un secret a des conséquences immédiates puisqu'ils ne sont plus couverts par le secret. Enfin, la décision ordonnant à la partie récalcitrante la production de documents peut être assortie d'une astreinte, ce qui renforce alors l'importance de ses effets.

Brèves pour la période de mars à juin 2024 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 25 juin 2024, n° 474352, *Société d'exploitation des aéroports de Rennes et Dinard (SEARD)*

► **Consulter la décision.**

Absence de faute d'une autorité concédante dans la passation d'une DSP s'agissant d'une charge financière apparue ultérieurement.

« En deuxième lieu, c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, et sans contradiction de motifs que la cour a jugé que la région Bretagne n'avait pas connaissance, en 2009, à la date de la passation du contrat de délégation de service public, d'un risque contentieux d'annulation du licenciement de l'ancien chef d'exploitation de l'aéroport de Dinard intervenu en 2008 et de la charge financière qu'il était susceptible de faire peser sur le délégataire et relevé, par ailleurs, que cette même région s'était engagée auprès de l'ancien délégataire à prendre en charge le coût du litige excédant le montant de la provision constituée par ce dernier, dès lors que cet engagement était postérieur à la signature de la convention de délégation de service public en cause. C'est par suite sans erreur de droit qu'elle a écarté la faute qu'aurait commise l'autorité concédante pour n'avoir pas informé les candidats à la délégation de service public de l'existence d'un tel risque ».

CE, 18 juillet 2024, n° 491229, *Commune d'Anglet*

► **Consulter la décision.**

Impossibilité pour le juge des référés provision d'accorder une provision en se prononçant sur la légalité d'un marché conclu sans publicité ni mise en concurrence.

« Le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que la commune d'Anglet avait pu régulièrement conclure un contrat sans publicité ni mise en concurrence préalable, sur le fondement des dispositions précitées de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, avec la société Victoria-Faure Événement en vue de l'organisation d'un concert du groupe Ofenbach, dès lors que celle-ci avait, deux jours avant la signature dudit contrat, conclu avec la société de production Allo Floride un contrat par lequel cette dernière lui aurait cédé à titre temporaire l'exclusivité des droits de représentation du groupe. En tranchant ainsi une question de droit qui soulève une difficulté sérieuse d'interprétation de ces dispositions, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a méconnu les dispositions de l'article R. 541-1 du code de justice administrative qui ne permettent au juge des référés d'accorder une provision que lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi, la commune d'Anglet est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque ».

CE, 27 mai 2024, n° 491432 et 491438, *Société ATSS et Métropole Nice Côte d'Azur*

► **Consulter la décision.**

Annulation par le juge du référé précontractuel de l'admission d'un candidat du fait de l'absence de données chiffrées sur ses capacités financières.

« Il résulte de l'instruction que la société ATSS s'est bornée, pour justifier de ses capacités financières, à produire deux attestations bancaire et comptable qui ne comportaient aucune donnée chiffrée relative à sa situation financière. En admettant la candidature de cette société alors que, sur la base de ces seules attestations, elle ne pouvait pas être regardée comme justifiant de ses capacités financières au regard des exigences de l'article 5.1 du règlement de la consultation, la métropole a méconnu ses obligations de mise en concurrence. Ce manquement est susceptible d'avoir lésé la société Point Break dont l'offre a été rejetée au profit de celle de la société ATSS ».

CE, 18 juillet 2024, n° 492938, *Association Nayma*

► **Consulter la décision.**

Contradiction entre le règlement de consultation et l'avis d'appel public à concurrence aisément décelable par les candidats de bonne foi et justifiant un rejet d'une offre.

« Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la CADEMA a rejeté les quatre offres de l'association NAYMA comme irrégulières au motif que celle-ci avait, en méconnaissance de l'article 1.4 du règlement de la consultation, présenté une offre sur plus de deux des quatre lots qui composaient le marché. Si l'article II.1.6 de l'avis d'appel public à la concurrence indiquait, contrairement au règlement de consultation, qu'il était possible de soumettre des offres sur tous les lots, cette contradiction entre les documents du marché était aisément décelable par les candidats qui ne pouvaient se méprendre de bonne foi sur les exigences du pouvoir adjudicateur telles qu'elles étaient formulées dans le règlement de la consultation, auquel ils devaient se conformer.
Par conséquent, en jugeant que, faute d'avoir interrogé le pouvoir adjudicateur pour lever cette ambigüité, l'association NAYMA ne pouvait soutenir que celui-ci avait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en écartant ses offres comme irrégulières, le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte n'a pas commis d'erreur de droit ».

CE, 18 juillet 2024, n° 492880, *Commune de Menton*

► **Consulter la décision.**

Atteinte au principe d'égalité pour avoir admis des offres et rejetés d'autres alors qu'elles présentaient les mêmes manquements ; erreur de droit du juge du référé précontractuel d'avoir annulé toute la procédure.

« 6. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a constaté que des documents non-conformes ou insuffisants ont été notés « rouge » s'agissant des offres de MM. B... et D... alors que des documents présentés par des candidats admis à négocier et affectés de ces mêmes manquements ont été notés « jaune » ou « vert ». Le juge des référés en a conclu, au terme d'une appréciation souveraine des faits et sans se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres, que l'autorité concédante avait méconnu le principe d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.
Par suite, les moyens tirés de ce que le juge des référés aurait commis une erreur de droit, méconnu son office et dénaturé les pièces du dossier ne peuvent qu'être écartés. Toutefois, compte tenu du manquement relevé qui se rapportait à la phase d'admission des candidats à la négociation, le juge des référés a commis une erreur de droit en annulant l'ensemble de la procédure ».

CE, 25 juin 2024, n° 479982, *Société Godart-Roussel et Société MJSP*

► **Consulter la décision.**

Absence d'informations privilégiées d'un candidat malgré ses liens avec la société ayant rédigé le cahier des charges ainsi qu'à l'absence de redondance des critères de choix.

« 4. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Lyon a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation et sans commettre d'erreur de droit dans la charge de la preuve, que le dossier de création de la ZAC, rédigé par la société Dorgat, a été mis à la disposition de l'ensemble des candidats et qu'il ne résultait pas de l'instruction que la société Bureau d'aménagement foncier et d'urbanisme aurait, du fait de ses liens avec la société Dorgat, bénéficié d'informations privilégiées pour formuler son offre.
Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en ne recherchant pas, en l'absence de tout indice dont la commune aurait alors eu connaissance de l'existence d'une situation de nature à créer une distorsion de concurrence entre les candidats, si la commune aurait dû prendre des mesures supplémentaires pour prévenir la survenance d'une telle situation, ni en en déduisant que le principe d'égalité de traitement entre les candidats n'avait pas été méconnu.
En second lieu, aux termes de l'article 52 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés public : « I. - Le marché public est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution (...) / II. - Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'acheteur et garantissent la possibilité d'une véritable concurrence ».
Il résulte de ces dispositions qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères permettant d'apprécier la performance globale des offres au regard de ses besoins. Ces critères doivent être liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, être définis avec suffisamment de précision pour ne pas laisser une marge de choix indéterminée et ne pas créer de rupture d'égalité entre les candidats. Il

ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le règlement de la consultation prévoyait cinq critères de notation des offres, dont le troisième portait sur les « pertinence, complétude et clarté de l'offre eu égard aux attentes du maître d'ouvrage » représentant 30 % de la note finale et le cinquième sur les « complétude, personnalisation, clarté et soin du dossier du candidat, de sa note méthodologique et du calendrier prévisionnel » représentant 5% de la note finale.
Dès lors, le troisième critère, destiné à apprécier l'adéquation de l'offre au regard des attentes du maître d'ouvrage, portait sur le contenu de l'offre tandis que le cinquième, qui visait à apprécier les efforts de personnalisation et le soin apporté à l'offre, se rapportait à sa forme. Par suite, la cour administrative d'appel de Lyon n'a pas dénaturé les pièces du dossier en jugeant que ces deux critères ne présentaient pas de caractère redondant ou imprécis ».

CE, ord., 10 juillet 2024, n° 495501, 495502 et 495503, *Agir pour l'environnement et autres*

► **Consulter la décision.**

Absence d'urgence à suspendre le refus d'abroger le décret approuvant un article du contrat de concession autoroutière de l'A69.

« Pour justifier de l'urgence qui s'attache à suspendre l'exécution des décisions implicites de rejet attaquées, les associations requérantes font valoir, en premier lieu, que le refus implicite d'abrogation de l'article 29 du contrat de concession porterait gravement atteinte aux intérêts qu'elles entendent défendre, et en particulier la sauvegarde des quelques 700 espèces végétales recensées sur le tracé de l'autoroute A69, la construction de cette infrastructure étant d'après elles de nature à porter une atteinte grave et immédiate à cette biosphère.
En deuxième lieu, elles soutiennent qu'en raison de la durée exceptionnellement longue du contrat de concession, le montant des bénéfices cumulés que le concessionnaire est susceptible de réaliser pourrait atteindre la somme de 3,2 milliards d'euros, laquelle est très supérieure aux normes communément admises en matière de concessions. En troisième lieu, les associations requérantes font valoir que le refus d'abroger l'article 29 du contrat de concession préjudicie de manière grave et immédiate à l'intérêt public et aux principes de la commande publique.
Toutefois, d'une part, la seule circonstance qu'une stipulation d'un contrat de concession serait entachée d'illégalité, à la supposer établie, n'est, par elle-même, pas de nature à caractériser une situation d'urgence justifiant que, sans attendre le jugement au fond de la requête à fin d'annulation du refus d'abroger la stipulation en cause, l'exécution de celle-ci soit suspendue à titre conservatoire.
D'autre part, les considérations d'ordre général mises en avant par les associations requérantes, qui ne sont pas étayées par des éléments précis établissant la réalité des risques pour l'environnement liés à la réalisation des travaux de construction de cette infrastructure autoroutière, ne sont pas de nature à établir que l'exécution des stipulations du contrat de concession dont elles demandent la suspension en référé serait susceptible de porter une atteinte suffisamment grave et immédiate à un intérêt public ou aux intérêts qu'elles entendent défendre ».

CAA Lyon, 23 mai 2024, n° 23LY01182, *Société Cars A…*

► **Consulter la décision.**

Pas de conflit d'intérêts d'un sous-traitant au seul motif que son gérant est également conseiller départemental.

« Il est constant que la société Cars A..., à laquelle la société Transarc Aquilon a entendu sous-traiter deux des lots de l'accord-cadre de transports scolaires qui lui ont été attribués par le département de la Loire, a pour gérant M. A..., également investi d'un mandat de conseiller départemental de cette collectivité. Toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que ce dernier, qui n'est titulaire d'aucune délégation, n'est pas membre de la commission d'appel d'offres et démontre, par les relevés de décisions qu'il produit, s'être déporté lors des votes intervenus en matière de transport, aurait pris part, de quelque façon que ce soit, aux travaux préparatoires ou à la procédure de passation de ce marché. Le département de la Loire ne fait, par ailleurs, valoir aucune circonstance tendant à établir qu'il aurait été susceptible d'en avoir influencé l'issue. Dans ces circonstances, aucun conflit attentatoire à l'impartialité de l'attribution de la commande publique de transports n'a pu résulter du cumul du mandat électif de M. A... et de sa situation de gérant d'une société entretenant une relation régulière de sous-traitance avec la société Transarc Aquilon, désignée comme titulaire de ces marchés au terme de la procédure de mise en concurrence.
Par suite, alors même que ce projet de sous-traitance n'avait pas été déclaré lors de la procédure de passation, le président du conseil départemental de la Loire ne pouvait, sans méconnaître les dispositions précitées, estimer que le mandat de M. A... plaçait la société Cars A... dans une situation de conflit d'intérêts et donc d'exclusion de soumissionner, en application de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, pour refuser de l'accepter comme sous-traitante de la société Transarc Aquilon ».

CAA Marseille, 2 avril 2024, n° 22MA01146, *Société Vert Marine*

► **Consulter la décision.**

Solidarité à l'égard de la société de projet liquidée et pénalités non excessives.

En premier lieu, en raison de clauses du contrat de concession qui instauraient une responsabilité solidaire « irrévocable et inconditionnelle » du concessionnaire pour les engagements incombant à la société de projet substituée à la société choisie initialement pour la concession, la liquidation de la société de projet « n'a pu avoir d'effet sur les engagements contractuels propres liant l'autorité concédante et le concessionnaire » et ce dernier se trouve à son tour, du fait de la liquidation de la société de projet « [substitué] dans l'ensemble de ses droits et obligations contractuels ».
En second lieu, des pénalités représentant près de 14 % des recettes prévisionnelles sur 10 ans ne revêtent pas un caractère manifestement excessif « compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce et notamment de l'inexécution totale de ses obligations contractuelles ».

L'essentiel du droit des contrats publics, octobre 2024, n° 10

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 2 octobre 2024, n°474364, 474366, 474368 et 488166, *Bureau Veritas*, *Société Apave*, classés B : Le régime de responsabilité des contrôleurs techniques précisé. 2

CE, 27 septembre 2024, n°490697, *Région Guadeloupe*, classé B : La communication de la décision de rejet d'une offre et de leurs motifs dans un délai de 15 mois est légale sous conditions. 5

CJUE, 26 septembre 2024, C-710/22 P, JCDecaux Street Furniture Belgium SA c/ Commission Européenne : Une aide d'État illégale peut être identifiée dans le cadre d'un contrat public. 8

CE, 21 octobre 2024, n°487929, *Grand port maritime de Bordeaux*, classé B : La personne publique ne peut invoquer la théorie civiliste du créancier apparent en présence d'escroc ayant usurpé l'identité de son créancier, mais seulement rechercher leur responsabilité respective. 11

Brèves pour la période de septembre à octobre 2024 : 14

CE, 2 octobre 2024, n°474364, 474366, 474368 et 488166, *Bureau Veritas*, *Société Apave*, classés B : Le régime de responsabilité des contrôleurs techniques précisé.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Dans plusieurs affaires jointes et aux conclusions communes, le Conseil d'État précise le **régime de responsabilité des contrôleurs techniques** en jugeant que lorsqu'ils sont condamnés solidairement avec d'autres constructeurs au titre de la **garantie décennale**, ils ne peuvent **appeler en garantie les autres constructeurs que s'ils prouvent leurs fautes et non seulement l'absence de faute propre de leur part**. Bien que qualifiés de longue date de « constructeurs », le législateur a voulu aménager leur régime de responsabilité par l'ordonnance du 8 juin 2005 en ajoutant une deuxième phrase à l'article L. 111-24 du code de la construction et de l'habitation (CCH) (devenu l' article L. 125-2 après l'ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020) : *« Le contrôleur technique n'est tenu vis-à-vis des constructeurs à supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage »*.

La première phrase de ce même article est issue de la loi Spinetta n° 78-12 du 4 janvier 1978 qui a instauré une présomption de responsabilité au titre de la garantie décennale, responsabilité sans faute à prouver, y compris donc pour les contrôleurs techniques visés explicitement. Auparavant, l'exigence d'une faute, difficile à prouver, voire des exonérations contractuelles conduisait à une quasi-absence de responsabilité des contrôleurs techniques. En effet, la jurisprudence avait mis en œuvre une responsabilité *in solidum* des constructeurs.

Mais la portée de cette deuxième phrase interroge. Les requérants estimaient ainsi, d'après les conclusions de Marc Pichon de Vendeuil, que *« les dispositions de l'article L. 111-24 du CCH font obstacle à ce qu'un contrôleur technique soit condamné solidairement avec les autres constructeurs lorsque sa responsabilité contractuelle a été engagée avant la réception des travaux »*. Ce à quoi le rapporteur public répond qu'*« il résulte des termes-mêmes de l'article L. 111-24 que ses dispositions ne sont pas applicables à la responsabilité contractuelle. Ainsi, son premier alinéa vise clairement la seule garantie décennale, à travers le renvoi aux articles idoines du code civil, et son second alinéa ne peut dès lors se comprendre que comme venant apporter un tempérament à la responsabilité »*. La conséquence en est tirée par le Conseil d'État qui estime que la condamnation *in solidum* d'un contrôleur technique avec les autres responsables du dommage à réparer les conséquences dommageables que leurs fautes contractuelles ont causées au maître d'ouvrage ne méconnaît pas ces dispositions.

L'autre question – la principale en réalité - consistait à **savoir si les mêmes dispositions ont pour objet**, dans le cadre d'un appel en garantie, **de limiter la contribution à la dette du contrôleur technique lorsqu'il n'a pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité décennale**. En effet, l'appel en garantie implique l'établissement d'une faute (CE 24 juillet 1981, *Société générale d'entreprise*, n° 13519, T. pp. 815-816-819). Et quand un participant aux travaux n'a pas commis de faute, il se voit ainsi totalement garanti par les coauteurs du dommage des sommes qu'il a été condamné à verser à la victime au titre de la garantie *in solidum* (CE 5 février 1988, *Ministre délégué*

auprès du ministre de l'industrie et de la recherche chargé des P.T.T. c/ Époux B..., n° 58556, p. 51). **Lorsqu'aucune faute n'est prouvée de la part des coobligés, la Cour de cassation a jugé que la contribution se fait *« à parts égales »*** (Cass. Civ. 2ème, 8 juillet 2004, n° 02-21.575, *Bull*. II, n° 343). **Cette hypothèse semble toutefois rare en pratique**, les experts judiciaires étant justement désignés pour trouver des responsables aux malfaçons rendant l'ouvrage impropre à sa destination. Il reste que, comme dans l'affaire en cause, la question de la responsabilité des contrôleurs techniques pouvait se poser lorsqu'il est appelé en garantie *in solidum*, ce qu'implique la garantie décennale puisqu'il s'agit d'une responsabilité sans faute à prouver pour la victime.

Pour le Conseil d'État, le contrôleur technique dont la responsabilité décennale est engagée envers le maître de l'ouvrage doit donc, s'il entend appeler en garantie les autres participants à l'opération de construction, non pas établir qu'il n'a pas commis de faute, mais **établir que les autres participants ont commis une faute ayant contribué à la réalisation des dommages dont le maître d'ouvrage demande réparation**. Il semble ainsi implicitement suivre ici son rapporteur public qui estimait que le législateur n'a pas voulu instituer, en matière d'appel en garantie, un régime distinct de celui applicable aux autres participants à l'opération de construction en écrivant que le contrôleur n'est tenu à réparation *« qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître de l'ouvrage »*.

On aurait pu avoir une autre lecture : **le rapporteur public soulignait en effet l'ambiguïté de l'intention du législateur** et citait le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 8 juin 2005 : les dispositions en cause

« ont pour objet de différencier la responsabilité des contrôleurs techniques, étant donné la nature de leur mission, de celle des constructeurs proprement dits. En effet, une interprétation extensive de leur rôle par le juge s'est traduite par une surévaluation de leur responsabilité. Les dispositions prévues, qui ont une valeur interprétative, précisent que l'obligation, vis-à-vis des constructeurs, de réparation des dommages s'impose dans les limites de la responsabilité du contrôleur technique définie par le contrat avec le maître d'ouvrage ».

La référence à la *« valeur interprétative »* conduit le rapporteur public à ne pas donner une portée extensive. Pourtant, l'intention du législateur aurait pu être interprétée comme ne conduisant pas à la mise en jeu de la responsabilité des contrôleurs techniques en l'absence de faute d'aucun autre constructeur compte tenu de la *« nature de leur mission »*. Un commentateur de l'ordonnance de 2005 avait d'ailleurs estimé que pour *« donner un sens et une efficacité à ce texte »*, il faudrait à travers ces dispositions estimer *« que le contrôleur technique n'aura pas à supporter la carence et/ou l'insolvabilité de l'un des constructeurs condamnés in solidum avec lui et serait en droit en conséquence de demander dans une telle hypothèse aux autres constructeurs de supporter entre eux, par part virile ou à proportion de leur responsabilité respective, la part du défaillant »* (J-P. Karila, « Responsabilité et assurance construction : la réforme du 8 juin 2005 », *Moniteur* n°5312 du 10 septembre 2005).

Mais le rapporteur public rejette cette idée, en interprétant différemment des requérants un arrêt de 1995 (CE 10 février 1995, *OPHLM de la communauté urbaine de Bordeaux*, n° 80255, T. p. 905) : cet arrêt a certes jugé que les constructeurs condamnés solidairement avec la société de contrôle technique devaient garantir celle-ci en totalité de cette condamnation au motif « qu'il ne résulte pas de l'instruction que la société (…) ait commis, dans l'accomplissement de ses missions, des fautes de nature à engager sa responsabilité vis-à-vis des autres constructeurs », mais il se trouve que les

autres constructeurs avaient commis des fautes. On ne pouvait donc en tirer l’argument comme le faisaient les requérants.

Finalement, **l’arrêt tranche en atténuant la portée de l’ordonnance du 8 juin 2005** au point que les contrôleurs techniques sont finalement logés à la même enseigne que les autres constructeurs. D’une certaine manière, cela peut se comprendre, car, même s’ils ne sont pas constructeurs au sens strict de l’entreprise d’exécution, ils font partie d’une chaine de contrôles au même titre que les maîtres d’œuvre ou les assistants à maître d’ouvrage. Il n’est pas sûr que la « nature » de leur mission soit alors si différente.

CE, 27 septembre 2024, n°490697, *Région Guadeloupe*, classé B : La communication de la décision de rejet d'une offre et de leurs motifs dans un délai de 15 mois est légale sous conditions.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Dans cette affaire, **la communication rejetant l'offre du requérant sur le lot 2 était intervenue très tardivement, même si c'était avant la signature du marché** : la procédure de passation du lot n° 1 du même marché public de travaux avait été déclarée sans suite par le pouvoir adjudicateur en décembre 2022 puis relancée, après scission de ce lot n° 1 en deux nouveaux lots, le 14 juin 2023.

N'étaient pas ici en cause l'interprétation des dispositions relatives aux informations des candidats qui sont assez claires. L'article L. 2181-1 du CCP énonce que : *« Dès qu'il a fait son choix, l'acheteur le communique aux candidats et aux soumissionnaires dont la candidature ou l'offre n'a pas été retenue, dans les conditions prévues par décret en Conseil d'État ».* Et, l'article R. 2181-1 du CCP précise que : *« L'acheteur notifie sans délai à chaque candidat ou soumissionnaire concerné sa décision de rejeter sa candidature ou son offre »*, l'article R. 2181-3 prévoyant que, pour les procédures formalisées, le rejet est accompagné des motifs de rejet et, lorsqu'elle est faite après l'attribution, du nom de l'attributaire ainsi que les motifs qui ont conduit au choix de son offre. On peut certes avoir quelques doutes sur le degré de précisions des motifs et surtout sur **ce que signifie *« sans délai »*** : un jour ? deux jours ? une semaine ? La question ne se posait guère dans l'affaire commentée puisque le pouvoir adjudicateur avait informé du rejet de l'offre plus de…15 mois après le rejet de celle-ci. Aussi, le sujet ne consistait pas à identifier l'existence d'un manquement ou non – le Conseil d'État indique clairement qu'il y en avait bien un – mais à **déterminer les conséquences de ce manquement et s'il y avait régularisation** de ce manquement.

Sans grande surprise, le Conseil d'État réitère une jurisprudence intervenue dans un contexte un peu similaire. Il a déjà été jugé que :

*« **l'absence de respect de ces dispositions constitue un manquement aux obligations de transparence et de mise en concurrence** ; que, **cependant**, un tel manquement **n'est plus constitué si l'ensemble des informations mentionnées aux articles 80 et 83 précités a été communiqué au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue** sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, et si le délai qui s'est écoulé entre cette communication et la date à laquelle le juge des référés statue a été suffisant pour permettre à ce candidat de contester utilement son éviction. »*
(CE, 6 mars 2009, n°321217, Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon, T. p. 840)

La **formule est reprise ici à l'identique**, y compris en ce qu'elle **conditionne la *« régularisation »* lors du référé précontractuel à l'existence d'un délai suffisant entre la communication des motifs pendant l'instance et la décision du juge**. Les différences entre l'arrêt commenté et cette affaire de 2009 sont de deux ordres. D'une part, la communication de l'attributaire et des motifs de choix de

l'offre retenue n'avait pas, à l'époque, à être faite spontanément, mais sur demande du candidat dont l'offre – conforme - avait été rejetée, comme actuellement pour les procédures adaptées. D'autre part, il n'y avait eu, dans l'affaire de 2009, aucune communication alors qu'ici elle a bien eu lieu, même si ce n'est que 15 mois plus tard. On comprend que ces différences n'aient pu fonder une solution différente à quinze années d'intervalle.

Pour autant, **cette solution réitérée nous parait regrettable** tant pour des raisons pratiques et logiques que pour des questions de **conformité avec le droit de l'Union européenne**.

Que le juge n'impose pas la communication de la méthode de notation aux candidats en amont, mais seulement en cas de référé précontractuel, on peut le comprendre, car il s'agit d'un simple usage et la connaissance de cette méthode n'est pas de nature à affecter la constitution de l'offre puisqu'il s'agit d'évaluer les offres entre elles (CE, 21 mai 2010, n°333737, *Commune d'Ajaccio*), même si cela peut pousser à déposer un référé précontractuel simplement pour vérifier la légalité de cette méthode de notation. Mais que l'on se contente de n'exiger la communication des motifs de rejet et de choix de l'offre retenue qu'au stade où le juge du référé précontractuel est saisi, c'est plus discutable. Le risque est réel d'inciter à ainsi déposer un référé précontractuel ne serait-ce que pour connaître ces motifs – et de décourager de le faire ceux qui n'ont pas beaucoup de moyens d'agir en justice. C'est donc précisément le contraire de l'objectif pourtant poursuivi, d'ailleurs rappelé par le Conseil d'État en 2009 et dans l'arrêt commenté : informer les candidats rejetés afin qu'ils jugent de l'opportunité de déposer un référé précontractuel.

Ensuite, le rapporteur public expliquait que la solution de 2009 pouvait se justifier par le resserrement des moyens invocables depuis l'arrêt SMIRGEOMES de 2008. Mais aucune référence à cette jurisprudence n'est faite ici puisqu'il n'est pas fait mention du fait que le moyen ne lèse pas le requérant ou est susceptible de l'avoir lésé et pour cause : le défaut de motivation n'a pas d'incidence sur ses chances d'obtenir le marché. La logique nous échappe ici.

Le **rapporteur public mettait enfin en avant une parfaite conformité avec le droit de l'Union européenne**, *« la Cour de Luxembourg ayant pour sa part estimé que l'obligation de l'acheteur de communiquer les motifs du rejet d'une offre ne vise qu'à garantir la possibilité et l'utilité du référé précontractuel (cf. CJUE 17 février 2011, Commission européenne c/ Chypre, n° C-251/09) »*. **On peut ne pas être totalement d'accord sur ce point** à la lecture de l'arrêt :

« Néanmoins, la motivation de la décision de rejet d'une offre doit être communiquée aux soumissionnaires concernés, en temps utile, afin que les soumissionnaires évincés aient la possibilité d'introduire efficacement un recours (voir, en ce sens, arrêt Commission/Irlande, précité, point 34). 59 En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a communiqué sa décision de rejet au soumissionnaire évincé par une lettre, en date du 1er février 2006, sur laquelle figuraient les délais et voies de recours qui lui étaient ouverts. Ce dernier a, conformément à la législation nationale, demandé au pouvoir adjudicateur les motifs de la décision de rejet, par une lettre du 3 février 2006. AIK a répondu par une lettre du 8 février 2006. Il est constant que, selon la législation chypriote, ce n'est qu'à compter de la réception de cette dernière que le délai de recours a commencé à courir ».

Certes, **la Cour en déduit qu'il n'y a pas eu violation du droit au recours effectif**, mais cela peut s'expliquer **puisque le délai pour introduire le recours commençait à courir à compter de cette communication**, qui en outre a eu lieu très rapidement.

L'arrêt ***Commission c/ Irlande*** précité fait d'ailleurs plutôt **pencher dans le sens d'une obligation de communication effective avant le dépôt du recours**. Il y est indiqué que :

« D'une part, l'article 49 du S.I. n° 329 de 2006 prévoit que les soumissionnaires doivent être informés de la décision d'attribution d'un marché public par les voies de communication les plus rapides possibles, et cela dans les meilleurs délais après que le pouvoir adjudicateur a pris sa décision. À compter de ladite information, le délai de suspension qui doit s'écouler avant la conclusion du contrat doit être d'au moins quatorze jours. Cependant, aux termes de la même disposition, le pouvoir adjudicateur n'est tenu d'indiquer les motifs du rejet d'une offre que lorsqu'il en reçoit la demande expresse, et cela «dès que possible et, au plus tard, dans les quinze jours».
31 Ainsi que le reconnaît l'Irlande, il en résulte que le délai de suspension peut avoir déjà expiré au moment où un soumissionnaire écarté est pleinement informé des raisons du rejet de son offre. Or, comme le soutient la Commission, la motivation de la décision de rejet doit être communiquée au moment de la notification de cette décision aux soumissionnaires concernés et, dans tous les cas, en temps utile et bien avant la conclusion du contrat, afin que les soumissionnaires évincés aient la possibilité d'introduire, notamment, une demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion
(…)
34 Ainsi qu'il ressort du point 31 du présent arrêt, la motivation de la décision de rejet de l'offre doit être communiquée aux soumissionnaires concernés en temps utile et bien avant la conclusion du contrat, afin que les soumissionnaires évincés aient la possibilité d'introduire, notamment, une demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion. »
(CJUE 23 décembre 2009, C-455/08)

C'est donc pour apprécier l'opportunité de déposer un recours que cette information est faite. Du reste, cet arrêt est intervenu 8 mois après l'arrêt du Conseil d'État Syndicat mixte de la région d'Auray Belz Quiberon, de sorte qu'il aurait été bon de repasser ce dernier au filtre de la jurisprudence européenne.

On l'aura compris, nous n'aurions pas été contre au minimum un retour à la formule antérieure à 2009 : le requérant pouvait demander que le juge du référé précontractuel ordonne que lui soient communiqués les motifs du rejet de son offre et suspende la procédure de passation du marché litigieux dans cette attente (CE 21 janvier 2004, n°253509, *Société Aquitaine démolition*, T. p. 771). Mais la sanction n'était alors probablement pas suffisante, car le pouvoir adjudicateur pouvait se contenter d'attendre le référé précontractuel, avec comme seule conséquence un léger différé de la signature du contrat.

Il serait donc préférable que le juge soit encore plus sévère et annule depuis le début une procédure pour défaut ou insuffisance de motivation ou bien que le pouvoir réglementaire vienne lui-même fixer un délai précis et les conséquences de son non-respect. En effet, dans le cas où la signature du contrat interviendrait sans ladite communication ou en cas d'insuffisance de motivation, le référé contractuel ne serait pas ouvert (art. L. 551-18 CJA) et il est peu probable que le recours *Tarn-et-Garonne* ne donne rien. **La violation de cette obligation d'information, essentielle pour le droit au recours, le serait aussi pour permettre de ne pas encombrer le prétoire de ces sortes de *« référé communication »* des motifs de rejet et de choix de l'attributaire**.

CJUE, 26 septembre 2024, C-710/22 P, JCDecaux Street Furniture Belgium SA c/ Commission Européenne : Une aide d'État illégale peut être identifiée dans le cadre d'un contrat public.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Il s'agit d'un arrêt important de la Cour de justice, car elle **identifie une aide d'État incompatible avec le droit de l'UE dans le cadre d'un contrat de mobilier urbain**. Le contexte est toutefois fondamental puisque **le titulaire du nouveau contrat mis en concurrence en 1999 a continué à exploiter des équipements de son précédent contrat signé en 1984 sans payer ni loyer ni taxes**, contrairement au nouveau contrat, pour compenser d'autres charges, disait-il.

Le 19 avril 2011, Clear Channel Belgium (ci-après « CCB ») a saisi la Commission d'une plainte au motif que JCDecaux avait bénéficié d'une aide d'État incompatible avec le marché intérieur. Le 24 mars 2015, la Commission a ouvert la procédure formelle d'examen au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE puis le 24 juin 2019 elle a pris une décision concluant à l'existence d'une aide d'État incompatible qui a été attaquée par JCDecaux Street Furniture Belgium SA devant le Tribunal de l'Union européenne, recours rejeté le 7 septembre 2022 (T-642/19). Par acte déposé au greffe de la Cour le 17 novembre 2022, JCDecaux a introduit le pourvoi ayant fait l'objet de l'arrêt ici commenté.

Pour la Cour :

« Il résulte des considérations qui précèdent que le Tribunal, bien que n'ayant pas exclu que les termes du contrat de 1999 aient pu contenir un mécanisme visant à compenser JCDecaux, a toutefois également considéré qu'**une telle compensation n'empêchait pas, dans le cadre de l'analyse de l'existence d'une aide d'État** au titre de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, **de constater l'existence d'un avantage économique aux fins de l'application de cette disposition**. Partant, le Tribunal, sans entacher l'arrêt attaqué d'une motivation contradictoire, a pu considérer, au point 42 de celui-ci, que la poursuite de l'exploitation par JCDecaux des dispositifs litigieux au-delà des dates d'enlèvement prévues à ladite annexe constituait un avantage économique au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, et ce quand bien même la poursuite de cette exploitation visait à compenser cette entreprise en raison de l'enlèvement anticipé de certains dispositifs inscrits à l'annexe 10 qu'elle avait installés en exécution du contrat de 1984 ».

La société requérante contestait le raisonnement du Tribunal par plusieurs arguments tous rejetés par la Cour.

Le premier tenait à une **prétendue contradiction entre les constatations faites** aux points 31 et 40 **de l'arrêt attaqué et celles par lesquelles le Tribunal a confirmé**, aux points 42 et 102 de cet arrêt, **l'existence d'une aide d'État**. Les points 31 et 40 faisaient allusion à **un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 29 avril 2016** qui **avait conclu à des pratiques déloyales du fait d'exploitation de mobilier urbain sans titres ni taxes**. La référence à cet arrêt aurait dû conduire, d'après le requérant, à l'absence d'aide puisque l'exploitation se faisait sans titre donc sans intervention publique. Mais

l'avocat général expliquait bien dans ses conclusions la différence à opérer entre le contexte de la cour d'appel et le droit des aides d'État :

« [la première] statuait exclusivement au regard de la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur, du 14 juillet 1991 (49), étant appelée à juger si le fait pour JCDecaux d'avoir maintenu en place et continué à exploiter certains dispositifs sans disposer des autorisations nécessaires constituait, au sens de l'article 94 de cette loi, un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale susceptible de porter atteinte aux intérêts professionnels de son concurrent CCB. Dans ce contexte, selon moi, les constats de la cour d'appel de Bruxelles doivent s'entendre comme renvoyant à une absence d'autorisation au sens du droit administratif belge (50). Cela n'exclut en aucune façon que, sous l'angle des règles de l'Union en matière d'aides d'État (51), l'attitude négative, ou à tout le moins passive, de la ville de Bruxelles, consistant, en toute connaissance de cause, à ne pas s'opposer au maintien et à l'exploitation, sur son territoire, d'un certain nombre de dispositifs publicitaires par JCDecaux au-delà des dates d'échéance prévues et, surtout, à s'abstenir de percevoir les loyers et taxes normalement dus puisse être constitutive d'une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE ».

Pour la Cour :

« Toutefois, au point 29 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que, par dérogation aux clauses du contrat de 1999, l'annexe 10 prévoyait que les dispositifs publicitaires inscrits à cette annexe pouvaient continuer à être exploités par JCDecaux dans les conditions prévues par le contrat de 1984, à savoir sans payer ni loyers ni taxes, mais uniquement jusqu'aux dates d'enlèvement prévues à ladite annexe. D'autre part, il découle, en substance, du considérant 49 de la décision litigieuse, mentionné au point 30 de l'arrêt attaqué, ainsi que du point 41 de cet arrêt que les autorités belges ont consenti à la poursuite de l'exploitation des dispositifs litigieux au-delà des dates d'enlèvement prévues à cette même annexe afin de préserver l'équilibre économique du contrat de 1984. **Dans ces conditions, contrairement à ce que soutient JCDecaux, le Tribunal n'a pas constaté, sur le seul fondement de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, que l'exploitation des dispositifs litigieux s'est poursuivie au-delà des dates d'enlèvement prévues à l'annexe 10 sans le consentement des autorités belges** ».

L'**autre contradiction** tiendrait à ce que **le tribunal avait jugé que l'exploitation litigieuse *« au-delà des dates d'enlèvement prévues*** *à l'annexe 10* ***constituait un avantage économique, alors même qu'il avait constaté****, à ce point 42,* ***que la poursuite de cette exploitation visait à compenser cette entreprise pour les coûts et le préjudice causés par le retrait anticipé*** *de certains dispositifs publicitaires inscrits à l'annexe 10 »*. **Pour la Cour**, le Tribunal a considéré à bon droit que la circonstance que cet avantage visait à compenser un prétendu préjudice subi par cette entreprise à cause du retrait anticipé de certains dispositifs publicitaires inscrits à l'annexe 10 **n'implique pas que cette compensation ne saurait constituer une aide d'État**, ce dont on lui saurait tirer grief à notre sens.

La **question principale** consistait alors à **déterminer s'il y avait avantage en dépit de cette compensation**. Or, il est de jurisprudence constante que :

« il est nécessaire que des **éléments objectifs et vérifiables fassent apparaître clairement que l'État membre concerné a pris, préalablement ou simultanément à l'octroi d'un avantage économique, la décision de compenser, par la mesure effectivement mise en œuvre, le préjudice prétendument**

causé à un cocontractant lors de l'exécution de ses obligations (voir, en ce sens, arrêt du 5 juin 2012, Commission/EDF, C-124/10 P, EU:C:2012:318, points 82 et 83) ».

La Cour estime que le Tribunal a pu considérer qu'il **ne ressortait d'aucun élément du dossier** que la ville de Bruxelles avait effectué une **analyse du préjudice prétendument subi** par JCDecaux en raison de l'enlèvement anticipé de certains dispositifs publicitaires et du bénéfice à tirer de la poursuite de l'exploitation des dispositifs litigieux, **ni qu'elle avait *« suivi la mise en œuvre du mécanisme de compensation** du contrat de 1984 »* et enfin que **la volonté d'instaurer**, par le contrat de 1999, **une forme de compensation visant à préserver l'équilibre économique** du contrat de 1984 **n'exemptait pas l'administration de procéder à une analyse de l'existence et de l'étendue du préjudice** que JCDecaux aurait subi à cause de l'enlèvement anticipé de certains dispositifs. En conséquence, il n'y a pas non plus de contradictions dans le raisonnement du Tribunal.

Sur le fond, le reste du raisonnement de la Cour consiste à rejeter l'argument de la dénaturation des faits. Seul un aspect mérite l'attention, même s'il ne saurait surprendre : « doit être rejeté l'argument de JCDecaux selon lequel la condition relative à l'existence d'un avantage économique, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, exigeait de tenir compte de la circonstance que CCB aurait également bénéficié d'une exonération de la taxe sur la publicité pour l'exploitation de dispositifs publicitaires dans d'autres communes belges. En effet, cette circonstance est, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 69 de ses conclusions, sans pertinence pour déterminer si JCDecaux avait bénéficié d'un tel avantage ».

En somme, l'aide est caractérisée par une sorte de tolérance administrative : la continuation de l'exploitation de mobiliers urbains en dehors de tout contrat, ce qui est original, même si la Cour prend soin d'identifier un consentement. Surtout, l'avantage résulte de ce que la prétendue compensation n'ait pas été du tout calculée ni contrôlée par la ville de Bruxelles.

Néanmoins, bien qu'intéressant, cet arrêt ne doit pas conduire à une surinterprétation du risque d'existence d'aide d'État dans le cadre d'un contrat public : c'est précisément parce que les avantages étaient consentis en dehors de tout cadre contractuel que l'aide a été caractérisée.

CE, 21 octobre 2024, n°487929, *Grand port maritime de Bordeaux*, classé B : La personne publique ne peut invoquer la théorie civiliste du créancier apparent en présence d'escroc ayant usurpé l'identité de son créancier, mais seulement rechercher leur responsabilité respective.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le contexte est important ici. La société titulaire du marché avait perçu un versement initial d'un montant de près de 400 000 euros correspondant à la situation n° 1, mais n'avait pas perçu les acomptes suivants correspondant aux situations nos 2, 3 et 4 aux échéances convenues. Le Grand port maritime de Bordeaux lui avait fait savoir ensuite que, victime d'une escroquerie, il avait procédé au virement des sommes dues sur un compte bancaire frauduleux puis lui avait indiqué qu'il estimait que ces versements étaient libératoires et refusé en conséquence de procéder à tout nouveau paiement à son profit. Le tribunal administratif de Bordeaux, la Cour administrative d'appel de Bordeaux et le Conseil d'État donnent tort à la personne publique.

Le **raisonnement** du Conseil d'État est donc ici **double**. En premier lieu :

« il appartient à une personne publique de procéder au paiement des sommes dues en exécution d'un contrat administratif en application des stipulations contractuelles, ce qui implique, le cas échéant, **dans le cas d'une fraude tenant à l'usurpation de l'identité du cocontractant et ayant pour conséquence le détournement des paiements**, que ces derniers soient renouvelés entre les mains du véritable créancier. La **personne publique ne peut ainsi utilement se prévaloir**, pour contester le droit à paiement de son cocontractant sur un fondement contractuel, **ni des dispositions de l'article 1342-3 du code civil relatives au créancier apparent, qui ne sont pas applicables aux contrats administratifs, ni des manquements qu'aurait commis son cocontractant** en communiquant des informations ayant rendu possible la manœuvre frauduleuse ».

Les raisons ayant conduit au refus d'appliquer cet article du Code civil sont, à la lecture des conclusions du rapporteur public, principalement liées à l'existence du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique qui fait obligation de vérifier la régularité du paiement et qui renvoie à certains articles du Code civil, mais pas à l'article 1342-3 (ex. article 1240). L'argument est de poids, même si l'on peut remarquer que tous les contrats administratifs ne sont pas passés par des personnes soumises à la comptabilité publique (certains EPIC et les contrats administratifs entre personnes privées). Il notait aussi que plusieurs CAA se sont prononcées en ce sens et que, si plusieurs cours d'appels ont admis la théorie du créancier apparent, sauf négligence de la victime, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur le point de savoir si l'article 1342-3 précité peut s'appliquer en cas de fraude.

Le Conseil d'État estime ensuite qu'*« Il résulte de ce qui a été dit au point précédent, d'une part, que la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas commis d'erreur de droit en ne recherchant pas si, en l'espèce, le Grand port maritime de Bordeaux avait procédé, de bonne foi, aux paiements litigieux à un créancier apparent au sens de l'article 1342-3 du code civil »*. **Le rejet de la notion de bonne foi ne doit pas être perçu comme général : il peut s'expliquer par les circonstances de l'espèce**.

On en veut pour preuve que, de la même manière, la personne publique ne peut ici invoquer le principe suivant lequel une personne publique ne peut être condamnée à verser une somme qu'elle ne doit pas nous dit un peu plus loin le Conseil d'État. En effet, *« le Grand port maritime de Bordeaux n'a pas été libéré de son obligation de paiement en versant les sommes dues à l'auteur de l'escroquerie dont il a été victime »*.

En deuxième lieu :

« la personne publique, si elle s'y croit fondée, peut rechercher, outre la responsabilité de l'auteur de la fraude, celle de son cocontractant, en raison des fautes que celui-ci aurait commises en contribuant à la commission de la fraude, afin d'être indemnisée de tout ou partie du préjudice qu'elle a subi en versant les sommes litigieuses à une autre personne que son créancier. Le juge peut, s'il est saisi de telles conclusions par la personne publique, procéder à la compensation partielle ou totale des créances respectives de celles-ci et de son cocontractant ».

On pourrait croire qu'il ne s'agit finalement que des deux revers d'une même médaille : les juridictions judiciaires font jouer le créancier apparent, sauf négligence de la victime, alors que les juridictions administratives ne le font pas, mais ouvrent droit à l'engagement de la responsabilité du créancier s'il a contribué à la commission de la fraude. Mais outre le fait que dans le premier cas on vise la faute de la victime de la fraude et dans le deuxième celle du cocontractant, la différence tient surtout à la charge de la preuve.

Cela étant, l'arrêt commenté n'illustre pas si ces possibilités ont pu être mises en œuvre, s'agissant d'un arrêt de cassation. La lecture de l'arrêt d'appel nous apprend que le tribunal administratif a condamné la personne publique à indemniser le requérant de la totalité des sommes réclamées, soit 1 095 138 euros, assorti des intérêts moratoires. On suppose que la personne n'avait pas mis en œuvre un appel en garantie. Quant à la recherche de la responsabilité de l'escroc, elle risque d'être hypothétique et le Grand Port va probablement devoir assumer seul l'escroquerie d'environ 700 000 euros…

Finalement, si **la solution** se conçoit ne serait-ce qu'au regard de la force obligatoire des contrats, elle **ne peut s'expliquer par la protection des deniers publics qui aurait plutôt poussé à appliquer l'article 1342-3 du Code civil**. Surtout, le rejet de l'application de cet article aurait plutôt pu se justifier en tant qu'il n'était pas applicable dans le cas de fraudes ou d'escroqueries plutôt qu'en tant qu'il était non applicable aux contrats administratifs puisqu'on ne voit pas ce qui peut justifier de ne pas appliquer par principe la théorie du créancier apparent tout comme celle du mandataire apparent aux contrats administratifs.

Cette affaire et les conclusions viennent aussi **rappeler l'importance de la nécessité de vérifier la régularité de la dépense**. Ainsi, il peut arriver en pratique que le titulaire du marché soit mis en faillite, mais crée une société presque à l'identique et envoie des factures pour la poursuite de l'exécution du marché. Il convient, pour le responsable de la personne publique, d'être vigilant, car non seulement il y a substitution du titulaire sans remise en concurrence non justifiée au regard des règles de modification des contrats de la commande publique, mais encore risque que le comptable public refuse le paiement. L'entreprise devrait alors se retourner vers la personne publique pour enrichissement sans cause.

Brèves pour la période de septembre à octobre 2024 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CJUE, 22 octobre 2024, C-652/22, *Kolin Inşaat Turizm Sanayi ve Ticaret*

► **Consulter la décision.**

Les opérateurs économiques d'un pays tiers qui n'a pas conclu d'accord international sur les marchés publics avec l'Union européenne ne peuvent prétendre à l'égalité de traitement dans ce domaine.

Ils ne peuvent pas se prévaloir des dispositions de la directive pertinente en la matière pour prétendre à une participation aux marchés publics au même titre que les soumissionnaires des États membres ou des pays tiers liés par un tel accord. En outre, eu égard à la compétence exclusive de l'Union européenne dans le domaine de la politique de la politique commerciale commune, les autorités nationales ne sont pas habilitées à appliquer, aux opérateurs économiques des pays tiers qui n'ont pas conclu un tel accord international avec l'Union européenne, les dispositions de la directive.

CJUE, 13 juin 2024, C-737/22, *Staten og Kommunernes Indkøbsservice A/S c/ BibMedia A/S*

► **Consulter la décision.**

L'intangibilité des offres n'empêche de prévoir que le 2eme classé emporte un lot et doive s'aligner sur les conditions du premier classé.

« Les principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à cette disposition ne s'opposent pas à ce que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public divisé en lots, le soumissionnaire ayant présenté la deuxième offre économiquement la plus avantageuse se voie, conformément aux modalités définies dans les documents de marché, attribuer un lot à condition qu'il accepte de livrer les fournitures et d'effectuer les prestations relatives à ce lot au même prix que celui proposé par le soumissionnaire qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse et qui s'est vu, par conséquent, attribuer un autre lot, plus important, de ce marché. »

CE, 21 octobre 2024, n°474443, *Département de la Seine-Maritime*, classé C

► **Consulter la décision.**

Pas de délai Czabaj en matière de responsabilité contractuelle.

« Il résulte, d'autre part, du principe de sécurité juridique que le destinataire d'une décision administrative individuelle qui a reçu notification de cette décision ou en a eu connaissance dans des conditions telles que le délai de recours contentieux ne lui est pas opposable doit, s'il entend obtenir

l'annulation ou la réformation de cette décision, saisir le juge dans un délai raisonnable, qui ne saurait, en règle générale et sauf circonstances particulières, excéder un an. Toutefois, cette règle ne trouve pas à s'appliquer aux recours tendant à la mise en jeu de la responsabilité contractuelle d'une personne publique qui, s'ils doivent être précédés d'une réclamation auprès de l'administration, ne tendent pas à l'annulation ou à la réformation de la décision rejetant tout ou partie de cette réclamation, mais à la condamnation de la personne publique à réparer les préjudices qui lui sont imputés. »

CE, 27 septembre 2024, n°492140, *Commune de Saint-Yrieix-la Perche*, classé C

► **Consulter la décision.**

Il n'appartient pas au juge administratif, saisi à titre préjudiciel par le juge judiciaire de la légalité de stipulations d'un contrat, de se prononcer sur les effets de la déclaration d'illégalité qu'il prononce.

« En jugeant illégales les stipulations de l'article 38 de la convention en tant qu'elles prévoient qu'en cas d'échec de la procédure amiable de règlement des différends survenus entre les parties, la contestation est soumise à un tiers désigné par le président du tribunal administratif, alors qu'il résulte de ce qui a été dit au point 6 que ces litiges relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, le tribunal administratif n'a pas commis d'erreur de droit. Il n'appartient pas au juge administratif, saisi à titre préjudiciel par le juge judiciaire de la légalité de stipulations d'un contrat, de se prononcer sur les effets de la déclaration d'illégalité qu'il prononce. La commune de Saint-Yrieix-la-Perche n'est, dès lors et en tout état de cause, pas fondée à soutenir que le tribunal administratif aurait commis une erreur de droit en jugeant que l'exigence de loyauté des relations contractuelles ne faisait pas obstacle à la déclaration d'illégalité de l'article 38 de la convention et en s'abstenant de moduler dans le temps les effets de la déclaration d'illégalité de ces stipulations. »

CE, 18 Octobre 2024, n°474772, *Métropole Toulon-Provence-Méditerranée*, classé C

► **Consulter la décision.**

Une offre qui ne précise pas quel matériel sera affecté au futur marché doit être rejetée comme irrégulière.

« Contrairement à ce que soutient la Métropole Toulon-Provence-Méditerranée, la cour administrative d'appel n'a pas dénaturé les pièces du dossier en relevant que, hormis trois bennes semi-remorques, un camion tracteur et un chariot élévateur, les matériels décrits de façon générale et non limitative dans le mémoire technique de l'offre retenue n'étaient pas spécifiquement affectés au chantier et que ce mémoire technique n'indiquait pas les moyens matériels affectés au système de pompage et de remplissage. Elle n'a pas davantage dénaturé les pièces du dossier ni commis d'erreur de droit ni entaché son arrêt de contradiction de motifs en en déduisant que l'offre retenue ne souffrait pas d'une simple imprécision, mais ne répondait pas complètement aux exigences du règlement de la consultation et devait, par conséquent, être écartée comme irrégulière. »

CE 18 octobre 2024, 476242, *Commune de Cavalaire-sur-Mer*, classé C

► **Consulter la décision.**

L'irrecevabilité d'une réclamation n'est pas relative au bien-fondé de la demande et le juge de 1ere instance pouvait écarter la requête au titre de l'article R. 222-1 du CJA.

« Il résulte de ces stipulations que, lorsqu'intervient, au cours de l'exécution d'un marché, un différend entre le titulaire et l'acheteur, résultant d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de ce dernier et faisant apparaître le désaccord, le titulaire doit présenter, dans un délai de deux mois, un mémoire de réclamation, à peine d'irrecevabilité de la saisine du juge du contrat. Dès lors, en jugeant que l'irrecevabilité résultant des stipulations citées au point précédent sont relatives au bien-fondé des demandes et non à leur recevabilité et en se fondant sur ce motif pour annuler l'ordonnance rendue par le magistrat désigné sur le fondement des dispositions de l'article R. 222-1 du code de justice administrative, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit. »

CAA Toulouse 8 Juin 2024, 22TL21122

► **Consulter la décision.**

Le cessionnaire d'une cession Dailly ne peut se prévaloir de sa créance simplement notifiée, mais non acceptée en cas de défaillance de l'entrepreneur cédant, y compris à l'égard des sous-traitants.

« 5. Ainsi qu'il a été dit au point 1, le 14 février 2008, la société Génie civil et bâtiment a cédé à la société banque Courtois la créance née de l'exécution du marché public de conception-réalisation d'une nouvelle station d'épuration sur la commune de Figeac. Si cette cession de créance a été notifiée au trésorier de Figeac, il est constant qu'elle n'a pas été acceptée par la commune de Figeac. Dès lors, celle-ci pouvait opposer l'inexécution partielle du marché par la société Génie civil bâtiment à la banque cessionnaire, qui n'était, dès lors, en droit de réclamer que le montant des prestations effectivement réalisées par celle-ci. Par ailleurs, cette commune, en qualité de débiteur cédé, ne pouvait valablement se libérer de sa dette qu'entre les mains du cessionnaire, la banque Courtois, sauf à ce que cette dernière accorde des mainlevées à des personnes nommément désignées. 6. Compte tenu de la défaillance de la société Génie civil bâtiment, qui, placée en redressement judiciaire puis liquidée, n'a pas effectué l'intégralité des prestations initialement prévues par le marché, le décompte général et définitif a fixé à 1 991 888,15 euros hors taxes, soit 2 382 295,23 euros toutes taxes comprises, la part du montant du marché devant lui être allouée. Les parties reconnaissent que la commune de Figeac a versé à la banque Courtois la somme de 1 282 577,59 euros toutes taxes comprises. Par ailleurs, il résulte de l'instruction et notamment des documents produits pour la première fois en appel que la société banque Courtois a accordé, les 22 juillet et 29 septembre 2009 et les 18 janvier, 23 février et 29 mars 2010, des mainlevées partielles aux sous-traitants de la société Génie civil bâtiment bénéficiant d'un paiement direct pour un montant total de 1 149 035,27 euros toutes taxes comprises. Ces mainlevées faisaient obstacle à ce que la commune de Figeac payât à la société banque Courtois les sommes sur lesquelles elles portaient. »

CAA Nancy 20 Juin 2024, 21NC02135

► **Consulter la décision.**

Il ne peut y avoir de demande de reprise des relations contractuelles si le contrat est arrivé à son terme ou s’il a épuisé ses effets, comme dans le cas d’une résiliation avec substitution.

« 5. Le lot n° 29 du marché attribué à la société Profil Armor, dont l'acte d'engagement signé le 4 janvier 2018 prévoyait une durée d'exécution de 20 mois, a été résilié le 19 janvier 2019 aux frais et risques. Il est constant que le marché de substitution a été attribué à la société Meunier mandataire non solidaire d'un groupement auquel appartenaient également les SARL Azimut, Interlignes Deco, et ETS Fassler Jean-Claude. Il résulte de l'instruction que le 29 janvier 2020 le marché de substitution a fait l'objet d'une décision de réception avec et sous réserves de travaux énumérés et dont le délai d'exécution a été fixé au 14 février 2020. À la suite d'une première mesure d'instruction diligentée par le tribunal administratif de Strasbourg, l'EMS a indiqué que le maître d'œuvre n'avait, au 30 juillet 2020, procédé qu'à une levée partielle des réserves émises. Enfin, à la suite d'une demande en ce sens de la cour, l'EMS a justifié que les dernières réserves du marché de substitution ont été définitivement levées le 15 mai 2023. 6. Il ne résulte pas de l'instruction et n'est établi par aucune des parties à l'instance que les réserves restantes au 30 juillet 2020 seraient relatives à des non-façons. Il ne résulte pas davantage de l'instruction que les réserves existantes au 30 juillet 2020, postérieures à l'introduction de la demande de première instance, porteraient sur des malfaçons qui auraient été commises par la société Profil Armor lors de l'exécution du contrat initial et ne résulteraient pas de malfaçons commises lors de l'exécution du contrat de substitution. Ainsi, dans ces conditions, le marché dont la société Profil Armor était titulaire devait être regardé comme ayant épuisé l'intégralité de ses effets au plus tard le 30 juillet 2020, soit à une date antérieure à laquelle le tribunal administratif de Strasbourg a statué. Dès lors, ce n'est pas à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a estimé qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions de la société Profil Armor tendant à la reprise des relations contractuelles. »

L'essentiel du droit des contrats publics, novembre 2024, n° 11

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 31 octobre 2024, Société Routière de Haute-Corse, Société Corse Travaux, 491280, classé B : Le point de départ du délai de trois mois au-delà duquel le prix doit être actualisé court à compter de la date de remise de l'offre finale en cas de négociation sur le prix. 2

CE, 31 octobre 2024, Métropole Aix-Marseille Provence, 490242, classé B et CJUE, 6 juin 2024, INGSTEEL spol. s.r.o., C-547/22 : Les conditions d'indemnisation du concurrent irrégulièrement évincé précisées… et remises en cause. 4

CE, 31 octobre 2024, Commune de Fontainebleau, 487995, classé B : La part non amortie des droits d'entrée ou des redevances peut être remboursée sous conditions en cas de résiliation d'un affermage..... 6

CJUE, 7 novembre 2024, Adusbef, C-683/22 : La modification des concessions interprétée de manière libérale..... 8

CE, 31 octobre 2024, n°488920, *Société Bureau Veritas Construction*, classé B : L'assurance dommages ouvrage garantit le paiement des réparations des désordres de gravité décennale réservés ou apparus pendant la garantie de parfait achèvement. 10

Brèves pour la période de juillet à novembre 2024 : 12

CE, 31 octobre 2024, Société Routière de Haute-Corse, Société Corse Travaux, 491280, classé B : Le point de départ du délai de trois mois au-delà duquel le prix doit être actualisé court à compter de la date de remise de l'offre finale en cas de négociation sur le prix.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

On sait que l'article 18.III du Code des marchés publics, applicable au litige en vigueur, mais repris en substance aux articles aux articles R. 2112-10 et R. 2112-11 du Code de la commande publique, prévoyait une **obligation d'actualisation du prix** *« si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations »*. Cette disposition se comprend tout particulièrement dans un contexte actuel de volatilité de certaines composantes de prix, prix qui restent pour autant *« définitifs »*, car non susceptibles de remplir les conditions des prix *« provisoires »* posées à l'article R. 2112-17 du CCP pour la plupart des personnes morales de droit public. On rappellera aussi qu'au sein des prix définitifs le prix ferme se distingue du prix révisable en ce qu'il est *« invariable pendant la durée du marché »*, ce qui n'exclut pas qu'il puisse être actualisable dans les conditions définies ci-dessus et donc qu'il doive être actualisé si ces conditions sont remplies.

La **société requérante réclamait**, au titre du solde du marché et entre autres choses, **que le prix soit actualisé compte tenu de ce qu'il se serait écoulé plus de trois mois entre son offre et le début d'exécution** des prestations, ce que contestait la personne publique acheteuse. **Le débat se focalisait donc sur le point de départ de ce délai**, c'est-à-dire **sur la manière d'interpréter *« a fixé son prix dans l'offre »*, dans l'hypothèse d'une procédure négociée**.

Pour le Conseil d'État :

« Dans le cas où une négociation a eu lieu entre l'acheteur public et le candidat, c'est la date à laquelle ce dernier a remis, après négociation, son offre finale qui doit être regardée comme la date de fixation du prix de l'offre au sens de ces dispositions. Il n'en va différemment que lorsque la négociation ne pouvant porter sur le prix, c'est la dernière offre remise par le candidat avant négociation qui, étant ainsi ferme sur le prix, doit être regardée comme date de fixation du prix de l'offre au sens de ces dispositions ».

Autrement dit, **en cas de négociation**, le **principe** est que **le point de départ du prix est l'offre finale, sauf si cette dernière ne pouvait pas porter sur le prix**. On doit comprendre cette formule comme une impossibilité, à l'initiative de la personne publique, pour le candidat de négocier le prix, car c'est bien lui qui est destinataire de la règle protectrice de l'obligation d'actualiser le prix passé trois mois.

Cette solution appelle **deux remarques**. La première remarque tient à la **parfaite logique**, selon nous, de la solution adoptée par le Conseil d'État. **Si le candidat ne maîtrise pas le début de l'exécution des prestations**, qui dépend en général de l'envoi d'un ordre de service par le maître d'ouvrage public, **il maîtrise en revanche l'évolution de son offre** nécessitée par les circonstances lorsque la négociation s'étale dans le temps, **sauf s'il lui est interdit de faire une nouvelle offre de prix lors de son offre finale**. Le rapporteur public ajoutait un argument pratique :

« il serait pour le moins étrange, lorsque la passation du marché inclut une phase de négociation, de retenir l'offre initiale comme point de départ du délai de trois mois alors que, dans la grande partie des cas, ce délai sera largement entamé voire entièrement consommé par la négociation, dont il est fréquent qu'elle dure plus de trois mois ».

Il ajoutait aussi un **argument confortatif tenant à l'article 9.4.2 du CCAG Travaux de 2021** disposant que *« Lorsque la procédure de passation a donné lieu à une négociation ou un dialogue compétitif, la date à prendre en compte est la date de remise de l'offre finale par le titulaire »*. C'est seulement confortatif puisque ce CCAG est postérieur aux faits de l'affaire et qu'en tout état de cause il n'a pas de valeur réglementaire.

La deuxième remarque tient à **la preuve de la date du dépôt de l'offre finale** : la Cour administrative d'appel de Marseille s'était fondée sur la **date de signature de l'acte d'engagement par le mandataire du groupement**, et ce raisonnement est soutenu par le Conseil d'État. Mais la solution est une **solution d'espèce**, d'autant qu'**il n'y a pas toujours signature formelle** de l'acte d'engagement. **Ce qui compte, c'est de savoir quel est le dernier acte au-delà duquel le candidat ne pourra plus modifier son offre**. Ainsi, la pratique consiste parfois à demander de déposer l'offre sur une plateforme qui entraine automatiquement la signature de celle-ci, puis ultérieurement de demander à envoyer une version papier signée. En pareil cas, c'est la signature électronique automatique qui vaudra date d'engagement et donc point de départ du délai de trois mois (comme du délai de validité des offres sans doute).

On notera que l'essentiel de la réclamation financière en l'espèce, qui a vu la condamnation de la personne publique passer de plus de 700 000 € en première instance à moins de 23 000 € en appel, portait sur le non-paiement d'une situation : pour le Conseil d'État comme pour la CAA, les sommes demandées au titre de la situation n° 6, correspondant au dernier mois d'exécution du marché, n'ont pas à être réglées « au motif que le projet de décompte final, qui intégrait ces sommes, n'avait pas été adressé au maître d'œuvre », comme c'est jugé constamment (CE, 25 juin 2018, *Société Merceron TP*, n° 417738, T. p. 773 ; CE, 2 février 2024, *Société Valenti*, n° 471122, à mentionner aux Tables). Il est vrai qu'on était sur le CCAG 76, mais il ne semble pas que les versions ultérieures changent la donne. Y aurait-il moyen de rattraper cet oubli ? Sans doute par l'action en responsabilité quasi contractuelle de l'enrichissement sans cause avec indemnisation des dépenses utiles avec la conséquence de perdre la marge bénéficiaire sur cette dernière situation.

CE, 31 octobre 2024, Métropole Aix-Marseille Provence, 490242, classé B et CJUE, 6 juin 2024, INGSTEEL spol. s.r.o., C-547/22 : Les conditions d'indemnisation du concurrent irrégulièrement évincé précisées… et remises en cause.

► **Consulter le texte de la décision du CE.**
► **Consulter le texte de la décision de la CJUE.**

Commentaire de la décision :

Avant de se pencher sur la question indemnitaire, le Conseil d'État a ici jugé que c'est sans dénaturation que la CAA de Marseille avait estimé que la Métropole s'était fondée sur le motif d'un conflit d'intérêts et non sur celui d'influence indue. Au passage, le **prétendu conflit d'intérêts provenait**, d'après les conclusions de Marc Pichon de Vendeuil, **de ce que la métropole s'était constituée partie civile dans un litige pénal impliquant le groupe** auquel appartenait la société Vautubière, **ce qui n'est évidemment pas un motif d'exclusion légal**.

En revanche, le juge de cassation annule l'arrêt d'appel **sur la question indemnitaire** pour erreur de droit. La CAA avait estimé en effet que la prise en compte des coûts fixes dans le calcul du manque à gagner est subordonnée à l'existence de frais supplémentaires induits par l'obtention du marché.

Pour le Conseil d'État :

« Le manque à gagner d'une entreprise candidate à l'attribution d'un contrat public, évincée à l'issue d'une procédure irrégulière, est évalué par la soustraction du total du chiffre d'affaires non réalisé de l'ensemble des charges variables et de la quote-part des coûts fixes qui aurait été affectée à l'exécution du marché si elle en avait été titulaire ».

En conséquence, **il appartenait à la Cour de soustraire la part des coûts fixes de la société SMA Vautubière qui aurait été affectée à l'exécution du marché si elle en avait été titulaire**. Les conclusions donnent un exemple intéressant de la manière de calculer cette quote-part :

« des frais relatifs à l'équipement informatique ou aux loyers de l'entreprise : ceux-ci n'auraient sans doute pas varié si le contrat litigieux avait été exécuté par la SMA Vautubière, mais il n'est guère douteux que ces dépenses d'ordre général auraient, au moins pour partie, été mises en œuvre pour la gestion du marché : une quote-part de ces dépenses (a priori proportionnelle à ce que le marché aurait représenté dans le chiffre d'affaires global de l'entreprise) devrait donc être retenue pour apprécier le bénéfice net putatif de la société au titre du marché qu'elle aurait dû obtenir et/ou exécuter ».

Cette solution est justifiée par le rapporteur public par plusieurs arguments. La jurisprudence estime depuis 2010 que **le manque à gagner équivaut au *« bénéfice net »*** (CE, 8 février 2010, *Commune de La Rochelle*, n° 314075, p. 14), ce qui implique de **déduire la part des charges variables, mais aussi une part des charges fixes** (CE, 10 octobre 2018, *Société du docteur Jacques Franc*, n° 410501, T. p. 773). Le **parallèle est fait**, par un raisonnement en miroir, **avec les *« dépenses utiles »* indemnisées sur le terrain de l'enrichissement sans cause** : la quote-part des frais généraux qui contribue à l'exécution du marché fait l'objet d'un remboursement au titulaire du contrat puisqu'elles ont été

utiles à la personne publique (CE, 17 juin 2022, *Société Lacroix City Saint-Herblain*, n° 454189, B).

L'arrêt commenté est toutefois muet sur les raisons qui ont poussé le tribunal puis la cour a considéré que le requérant aurait eu une chance sérieuse d'emporter le marché s'il n'avait pas été irrégulièrement exclu. Ceci nous donne l'occasion de **commenter un arrêt de la CJUE qui semble bien remettre en cause le système jurisprudentiel français d'indemnisation des concurrents irrégulièrement évincés** d'un marché public ou d'une concession. Dans cette affaire slovaque, la Cour a certes rappelé le principe d'autonomie procédurale, en particulier dans le contexte de la directive recours qui ne prévoit que le principe d'indemnisation des concurrents irrégulièrement évincés sans autres précisions. Ainsi, ce principe implique, **les États membres sont libres de fixer les critères sur la base desquels le dommage résultant d'une violation du droit de l'Union en matière de passation des marchés publics doit être constaté et évalué**. **Néanmoins**, il leur appartient de le faire **dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité** (CJCE, 9 décembre 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw*, C-568/08). Dans l'arrêt *Ingsteel*, cela se traduit par la **nécessité de distinguer le manque à gagner**, c'est-à-dire la perte de profit du fait de la *« non-obtention »* du marché en cause, **et le préjudice procédant de l'*« opportunité perdue de participer à la procédure de passation concernée »***, qui peut être à l'origine d'un *« préjudice distinct »* (point 39 de l'arrêt). Il est vrai que la suite de l'arrêt n'est pas dénuée d'ambiguïté :

« Il convient, toutefois, de relever que, si cet article 2, paragraphe 1, sous c), impose que des dommages et intérêts puissent être accordés aux personnes lésées par une violation du droit de l'Union en matière de marchés publics, il appartient, en l'absence de dispositions de l'Union en ce domaine, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de fixer les critères sur la base desquels le dommage résultant de la perte d'une chance de participer à une procédure de passation d'un marché public en vue d'obtenir ce dernier doit être constaté et évalué, pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité sont respectés » (point 45).

Mais **la référence au préjudice distinct est de nature à remettre en cause la dichotomie française entre candidats non dépourvus de toute chance d'obtenir le marché, qui a droit à l'indemnisation de ses frais de candidature, et le candidat qui disposait d'une chance sérieuse, qui a droit à l'indemnisation du manque à gagner** (CE, 18 juin 2003, *ETPO Guadeloupe*, n° 249630, Lebon T., p. 865), ou du moins à la compléter. Il devrait donc désormais y avoir également indemnisation pour l'opportunité perdue de participer à une procédure de passation qui sera probablement d'un montant inférieur au manque à gagner, mais supérieur à l'indemnisation des frais de candidature et qui interviendra alors sans doute alternativement aux deux autres hypothèses. La manière de calculer ce préjudice n'est pas déterminée par la cour. On pourrait imaginer par exemple que, dans le cas d'une entreprise qui a été illégalement privée de participer à une procédure où trois autres candidats ont été admis, la probabilité d'emporter le marché était de 1 sur 4 si elle avait été admise à participer ; à ce titre, elle pourrait alors prétendre à 25 % de la marge bénéficiaire.

CE, 31 octobre 2024, Commune de Fontainebleau, 487995, classé B : La part non amortie des droits d'entrée ou des redevances peut être remboursée sous conditions en cas de résiliation d'un affermage.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La résiliation en cause n'est pas inconnue du Conseil d'État puisqu'elle a déjà donné lieu à un important arrêt, le premier à avoir admis qu'une personne publique pouvait résilier un contrat pour motif de son illégalité, en l'occurrence une durée excessive (CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043, p. 137, arrêt qui confirme en cassation l'ordonnance ayant estimé qu'il n'y avait pas de doute sérieux quant à l'illégalité de la résiliation), avant que cette solution ne soit généralisée à l'ensemble des motifs d'illégalité pouvant fonder une annulation ou une résiliation par le juge (CE, 10 juillet 2020, n° 430864, *Société Comptoir Négoce Équipement*).

SI finalement le TA a estimé, au fond, que la résiliation pour motif de durée excessive n'était pas justifiée, la demande de reprise des relations contractuelles a néanmoins été rejetée en raison du remplacement, dans l'intervalle, par un nouveau délégataire. La société a donc saisi le même tribunal d'une demande indemnitaire, à laquelle il a été fait droit pour les sommes de 2 480 474 euros au titre de l'indemnisation des investissements non amortis et de 2 201 000 euros au titre de l'indemnisation de son manque à gagner sur la période restant à courir. La CAA de Paris ayant confirmé le jugement, le Conseil d'État rejette ici le pourvoi en cassation de la commune, mais l'affaire lui donne l'occasion de préciser certains aspects du régime indemnitaire de la résiliation en ce qui concerne l'indemnisation des investissements non amortis.

La **principale question** concernait **la prise en compte ou non du versement des droits d'entrée ou de redevances versés à la personne publique dans la catégorie des dépenses remboursables**, et donc de **savoir s'ils devaient entrer dans le calcul de la part non amortie à la date de la résiliation** puisque la jurisprudence prévoit l'indemnisation des *« charges d'exploitation et d'investissement »* non encore amorties (CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517, T. p. 833). Le Conseil d'État estime que *« Lorsque la convention de délégation de service public prévoit que ces sommes correspondent à la mise à disposition de biens, évalués nécessairement à la valeur nette comptable, et qu'elle est résiliée par la collectivité délégante avant son terme normal, le délégataire a droit, sauf si le contrat en stipule autrement, à l'indemnisation par la collectivité délégante de la part non amortie de telles sommes correspondant, à la date de la résiliation, à la valeur nette comptable des biens ainsi mis à disposition, si ces biens font retour à la collectivité ou sont repris par celle-ci »*, sommes dont on rappellera qu'elles ne doivent pas être étrangères à l'objet de la délégation comme l'exige la loi. La solution de l'arrêt commenté paraît à cette aune d'une **parfaite cohérence** : **si ces sommes correspondent bien à des mises à disposions d'ouvrages nécessaires au fonctionnement du service public, on ne voit pas bien pourquoi leur non-amortissement ne pourrait pas faire l'objet d'un remboursement en cas de fin anticipée du contrat** décidé par la personne publique qui a ainsi privé le cocontractant de la possibilité de les amortir.

Le Conseil d'État suit donc son rapporteur public sur le principe de cette prise en compte sans toutefois préciser la distinction entre droit d'entrée et redevance, contrairement au rapporteur

public. En effet, la jurisprudence, pas plus que le législateur à l'ex. article L 1411-2 du CGCT applicable à l'espèce, n'a clairement défini ces notions.

S'appuyant sur de *« bons auteurs »* et sur *« la doctrine »*, il conclut que *« **La distinction entre « droits d'entrée » et « redevances » reposerait ainsi essentiellement sur le fait que les secondes visent à prendre directement en charge des dépenses liées au service alors que les droits d'entrée ont pour objet premier l'obtention du contrat** »*, mais que **les deux doivent être pris en compte dans l'indemnisation des charges non amorties, en l'absence toutefois de stipulations contraires**. On pourrait aussi ajouter la temporalité du versement : le droit d'entrée implique une somme à verser dès la signature du contrat, les redevances des versements étalés sur toute la durée du contrat. En l'espèce, le rapporteur public estime que ces sommes ont bien été comprises dans le contrat comme correspondant à la « mise à disposition des biens », ce qui est d'une part de nature à avoir une incidence sur la durée normale de la concession (et donc sur l'indemnisation du manque à gagner en cas de résiliation illégale), et d'autre part sur l'indemnisation des charges non amorties à la date de la résiliation.

En revanche, les conclusions pouvaient laisser entendre que c'était l'amortissement économique qui devait être prise en compte : *« il nous semble – mais vous n'aurez pas forcément à le juger aujourd'hui au vu des faits de l'espèce, qui concernent des biens matériels dont l'amortissement comptable est aisé – que toutes les sommes versées au titre d'un droit d'entrée ou d'une redevance pourraient faire l'objet d'une indemnisation de leur part non-amortie au sens économique du terme, même s'il est vrai que, traditionnellement, vous tendez à réserver le terme d'amortissement aux seules dépenses dites d'investissement »*. Ce n'est pas le choix qu'a fait le Conseil d'État, semble-t-il, encore qu'un doute puisse subsister sur ce point puisqu'il n'avait pas à le juger : il n'est pas impossible que l'on fût en présence d'un amortissement comptable linéaire qui correspond l'amortissement économique.

CJUE, 7 novembre 2024, Adusbef, C-683/22 : La modification des concessions interprétée de manière libérale.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

L'événement à l'origine de cette modification de concession est malheureusement connu de tout le monde puisqu'il s'agit de l'**effondrement du pont Morandini de Gênes**, qui fit 43 morts le 14 août 2018.

À la suite de ce grave accident sur un pont concédé, la concession a fait l'objet d'un accord amiable entre les parties le 11 juillet 2020, approuvé par deux décisions unilatérales. Le concessionnaire s'engageait :

- Premièrement, à payer à titre d'intervention financière compensatoire la somme de 3400 millions d'euros ;
- Deuxièmement, à renforcer les normes de sécurité du réseau autoroutier concédé ;
- Troisièmement, à céder, conjointement avec Mundys SpA, anciennement Atlantia SpA, sa société mère, le contrôle d'ASPI à la Cassa Depositi e Prestiti SpA et à des investisseurs jugés acceptables par cette dernière.

L'association pour la défense des usagers des services bancaires et financiers (ADUSBEF en italien) a contesté ces deux décisions d'approbation devant une juridiction administrative italienne qui a posé un certain nombre de **questions préjudicielles** à la Cour de justice. Celle-ci y a répondu par l'arrêt commenté, des **réponses** que l'on peut synthétiser comme étant **d'inspiration libérale**, c'est-à-dire comme **globalement de nature à permettre des modifications importantes en matière de concessions**.

Le premier apport de l'arrêt est **toutefois en sens inverse**. Pour la Cour, **un manquement contractuel de la part du concessionnaire ne saurait, en soi, être considéré comme une circonstance qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir**, malgré les éléments de souplesse mentionnés aux considérants 75 et 76 de la directive, rappelés par la Cour de justice. Cela étant, une telle position ne saurait surprendre tant la notion de circonstance qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait prévoir implique une certaine imprévisibilité et une certaine extériorité que ne comporte pas un manquement contractuel (voir CJUE, 7 décembre 2023, *Zamestnik-ministar c/ Obshtina Razgrad*, C-441/22 et C-443/22). Peut-être que la notion de travaux devenus nécessaires correspondrait mieux à l'hypothèse en cause.

En deuxième lieu, pour la Cour, **dans la mesure où les modifications affectant le capital social du concessionnaire, même importantes, ne modifient pas la concession** au sens de l'article 43, paragraphe 5, de la directive 2014/23, **elles n'exigent pas l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution**. Il s'agit d'un assouplissement de la jurisprudence Pressetext (CJUE, 19 juin 2008, C-454/06) qui disposait qu'il n'y avait pas de remise en concurrence pour :

« une situation dans laquelle des services fournis au pouvoir adjudicateur par le prestataire initial sont transférés à un autre prestataire constitué sous la forme d'une société de capitaux, dont le prestataire

initial est l'actionnaire unique, contrôlant le nouveau prestataire et lui donnant des instructions, ***pour autant que le prestataire initial continue à assumer la responsabilité du respect des obligations contractuelles*** *»* (c'est nous qui surlignons).

Il est vrai que la directive 2014/23 a, en son article 43, semblé assouplir elle-même cette possibilité en ne faisant pas référence à cette dernière condition : elle admet qu'il n'y a pas d'obligation de remise en concurrence, *« consécutivement à une succession universelle ou partielle dans la position du concessionnaire initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, d'un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitatifs établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du contrat et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive ».*

En troisième lieu, la Cour vérifie justement qu'il n'y a **pas eu en outre de modification substantielle**. Selon elle, *« de nouvelles obligations imposées au concessionnaire, telles que le paiement d'une compensation financière ou le renforcement des normes de sécurité du réseau autoroutier concédé, échappent à la présomption en vertu de laquelle doivent toujours être considérées comme substantielles les modifications qui altèrent l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire »*.

En quatrième lieu, les principes de transparence et de bonne administration impliquent de **motiver la décision** de modifier la concession sans publicité ni mise en concurrence, même en dehors des cas nécessitant la publication d'un avis de modification. Ceci est un inédit en jurisprudence : si cela n'implique pas de publier, on pourrait imaginer qu'une modification d'un contrat de la commande publique, qu'elle soit unilatérale ou contractuelle, dont la motivation est absente pourrait être annulée (ou résiliée pour l'avenant) pour ce motif.

En cinquième et dernier lieu, la faculté, voire l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur, d'appliquer les motifs d'exclusion non obligatoires est tout particulièrement destinée à lui permettre d'apprécier l'intégrité et la fiabilité de chaque opérateur économique qui participe à une procédure d'attribution de concession. Mais **rien dans la directive n'impose de vérifier la fiabilité du concessionnaire lorsqu'il est procédé à une modification** de la concession, quand bien même cette modification ferait suite à un accident qui révèlerait une certaine incapacité du cocontractant. En l'absence d'harmonisation au niveau de l'Union, « il appartient à chaque État membre de déterminer les règles permettant au pouvoir adjudicateur de réagir lorsque le concessionnaire a commis ou est suspecté d'avoir commis un manquement contractuel grave, remettant en cause sa fiabilité, en cours d'exécution de la concession ».

CE, 31 octobre 2024, n°488920, *Société Bureau Veritas Construction*, classé B : L'assurance dommages ouvrage garantit le paiement des réparations des désordres de gravité décennale réservés ou apparus pendant la garantie de parfait achèvement.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La question était posée, car **le requérant contestait la subrogation de l'assureur au maître d'ouvrage public qu'elle avait assuré au titre de la garantie « dommages-ouvrage »** : selon lui, le contrat d'assurance ne garantissait que les dommages de nature décennale alors que **la CAA avait retenu, dans le même temps, que les désordres indemnisés avaient fait l'objet de réserves à la réception et relevaient donc de la seule responsabilité contractuelle des constructeurs**.

Effectivement, l'assureur n'est fondé à se prévaloir d'une subrogation légale dans les droits de son assuré que si l'indemnité a été versée en exécution d'un contrat d'assurance (CE, 22 octobre 2014, *Société des transports de l'agglomération de Montpellier et autres*, n° 362635, 362636, B). À défaut, seule une subrogation conventionnelle, qui nécessite le consentement exprès de l'assuré, permettrait à la subrogation d'être recevable (Code civil, art. 1346-1).

Or le pourvoi estimait plus précisément, **d'après les conclusions Marc Pichon de Vendeuil**, que **l'assurance dommages-ouvrage exclut la réparation des dommages dont la gravité est de nature décennale, mais auxquels, en revanche, la garantie décennale ne trouve pas à s'appliquer**, faute que soient respectées les autres conditions de mise en œuvre de cette garantie. Il est vrai que l'article L. 242-1 du Code des assurances vise « les dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du Code civil » qui concerne la garantie décennale. Mais ce n'est pas ce qu'estiment le Conseil d'État et son rapporteur public. Pour le rapporteur public :

« non seulement cela ne nous semble pas être l'esprit des dispositions du code des assurances – qui, nous semble-t-il, visent plutôt à ce que l'assureur dommages-ouvrage puisse financer sans délais excessifs la réparation des dommages les plus graves, de façon à ce que le maître d'ouvrage ne se retrouve pas bloqué par l'incurie des constructeurs – mais, au contraire, cette interprétation serait partiellement contradictoire avec leur lettre, ainsi que l'ont d'ailleurs déjà jugé vos homologues de la Cour de cassation, dans les pas desquels nous allons vous proposer de vous inscrire ».

Il est vrai que les huitième, neuvième et dixième alinéas de l'**article L. 242-1 du Code des assurances** prévoient que si l'assurance dommages-ouvrage prend normalement effet après l'expiration du délai de garantie de parfait achèvement, elle **peut jouer soit dès avant la réception de l'ouvrage**, en cas de résiliation du contrat de louage d'ouvrage pour inexécution et après mise en demeure infructueuse de l'entrepreneur d'exécuter les travaux de reprise, **soit après la réception**, lorsque l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations après une mise en demeure restée infructueuse. La **Cour de cassation** en a déduit que l'assurance de dommages obligatoire **garantit le paiement des réparations nécessaires** lorsque, après réception, l'entrepreneur mis en demeure de reprendre les désordres de « gravité décennale » (expression reprise pour la première fois ici par le

Conseil d'État), réservés à la réception ou apparus durant le délai de garantie de parfait achèvement, n'a pas exécuté ses obligations (3ème Civ., 1er avril 2021, n° 19-16.179, Bull. III ; 30 novembre 2022, n° 21-17.161).

Pour le **Conseil d'État**, il résulte de l'article L. 242-1 du Code des assurances que **l'assurance dommages ouvrage garantit le paiement des réparations nécessaires lorsque, après réception, l'entrepreneur mis en demeure de reprendre les désordres de gravité décennale, réservés à la réception ou apparus durant le délai de garantie de parfait achèvement, n'a pas exécuté ses obligations**. Par suite :

« la seule circonstance que les désordres aient fait l'objet de réserves lors de la réception des travaux, ce qui a pour effet de maintenir l'obligation contractuelle des constructeurs d'y remédier, ne fait pas obstacle à ce que l'assureur verse, en exécution de l'assurance dommages ouvrage, à son assuré une indemnité correspondant au coût des réparations nécessaires ».

Voici donc une solution conforme à la jurisprudence civile et logique, faute de raison pour le Conseil d'État d'y déroger, mais qui va avoir une incidence sur la pratique tant il semble que les assureurs s'opposaient à une telle interprétation sur le terrain.

Brèves pour la période de juillet à novembre 2024 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CAA Marseille, 12 novembre 2024, *Commune de La Crau*, 24MA00115

► **Consulter la décision.**

Un taux de 66 % de pénalités pour inexécution partielle et ponctuelle doit être réduit à 6%.

« Compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce et notamment de l'inexécution seulement partielle et ponctuelle de ses obligations contractuelles par la société Engie, il résulte de l'instruction que les pénalités ainsi infligées par la commune de La Crau à cette dernière, à hauteur de 397 200 euros, qui représentent près de 66 % du montant total du marché sur trois ans, doivent être regardées comme atteignant un montant manifestement excessif. Par suite, il y a lieu de réduire le montant des pénalités à hauteur de 36 000 euros, soit 6 % du montant total du marché. »

CAA Marseille, 8 novembre 2024, *Commune de Nice*, 24MA00434

► **Consulter la décision.**

Lorsque le juge est saisi d'une demande d'homologation concrétisant un accord de médiation, il lui appartient d'examiner si celle-ci répond aux exigences fixées par le Code civil et par le Code des relations entre le public et l'administration.

« Lorsque le juge est saisi d'une demande d'homologation d'un accord de médiation, conclu à l'issue d'un processus de médiation à l'initiative des parties ou du juge, il lui appartient d'appliquer les dispositions du code de justice administrative propres à ce type d'accord en s'assurant de l'accord de volonté des parties, de ce que celles-ci n'ont pas porté atteinte à des droits dont elles n'auraient pas eu la libre disposition et de ce que l'accord ne contrevient pas à l'ordre public ni n'accorde de libéralité. Les dispositions de l'article L. 213-1 du code de justice administrative n'imposent pas aux parties de conclure une médiation par une transaction au sens de l'article 2044 du Code civil. Toutefois, lorsqu'il est saisi d'une demande d'homologation d'une transaction concrétisant un accord de médiation, le juge doit encore examiner si celle-ci répond aux exigences fixées par le Code civil et par le code des relations entre le public et l'administration. En revanche, dans un tel cas, il ne saurait limiter la possibilité d'introduire une telle demande d'homologation aux seules transactions visant à mettre fin à une contestation précédemment portée devant le juge ou à remédier à une situation telle que celle créée par une annulation ou par la constatation d'une illégalité, lorsque cette situation ne peut donner lieu à régularisation, ou lorsque l'exécution de cette transaction se heurte à des difficultés particulières. »

CAA Paris, 5 juillet 2024, *Sociétés Setec International et Thésée Ingénierie*, 22PA00120

► **Consulter la décision.**

Le chiffrage d'un besoin à étudier en option, initialement omis, conduisant à rectifier une offre à hauteur d'un surplus d'environ 10 % de son montant, équivaut à la modification d'une caractéristique substantielle et l'offre doit être écartée comme irrégulière par le pouvoir adjudicateur.

« 8. En second lieu, par les indications données le 27 avril 2020, dont il résultait que son offre initiale devait être rectifiée à hauteur d'un surplus de 4 558 000 francs CFP, représentant environ 10 % de son montant, le groupement constitué des sociétés Setec International et Thésée Ingénierie a modifié une caractéristique substantielle de son offre, en méconnaissance des dispositions de l'article R. 2152-2 du code de la commande publique. Il s'ensuit que cette offre aurait dû, compte tenu de ce qui a été dit au point 5, être écartée comme irrégulière par le pouvoir adjudicateur. Par suite, et alors même que le pouvoir adjudicateur a intégré à tort cette offre dans le classement final, le groupement était, du fait de l'irrégularité de celle-ci, dépourvu de toute chance de remporter le marché. En conséquence, les conclusions indemnitaires des sociétés Setec International et Thésée Ingénierie ne peuvent qu'être rejetées. »

CAA Versailles, 14 novembre 2024, *Société SDCC*, 21VE02630

► **Consulter la décision.**

La conclusion d'avenants illicites engage la responsabilité de l'acheteur à l'égard de son ancien cocontractant, à la suite de la résiliation de la concession imposée par un juge ; cette responsabilité est atténuée pour moitié par la faute du concessionnaire expérimenté d'avoir signé des modifications substantielles non justifiées.

« En premier lieu, il résulte de l'instruction, en particulier des deux jugements susvisés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 19 décembre 2014, que les avenants n° 3 et n° 9 à la convention de concession de chauffage urbain ont substantiellement modifié l'équilibre financier de cette convention et prolongé sa durée pour une période supplémentaire de 17 ans dans des conditions de nature à les faire regarder comme constituant de nouveaux contrats. Le tribunal administratif a jugé que les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ne permettaient pas la conclusion de tels avenants et que la délibération du conseil municipal du 21 décembre 2011 autorisant le maire à les signer n'avait pas respecté les règles de mise en concurrence préalable prévues par les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales. Ainsi, en autorisant la signature de tels avenants, la commune de Clichy-la-Garenne a commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de son ancien concessionnaire. 18. En second lieu, si la société SDCC fait valoir qu'il existait, avant l'intervention des jugements précités, une incertitude quant à la portée des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales modifiées par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour le logement, celles-ci ayant autorisé la prolongation d'une délégation de service public lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive, elle a néanmoins elle-même commis une faute en signant de tels avenants dont elle ne pouvait exclure, compte tenu notamment de son expérience et de l'importance du groupe auquel elle appartient, qu'ils étaient susceptibles d'être regardés comme constituant un

nouveau contrat. Toutefois, contrairement à ce que soutient la commune, il n'est pas établi que la société SDCC connaissait, dès l'origine, l'illégalité de ces avenants et qu'elle aurait manqué à son obligation de loyauté en s'abstenant d'en informer la commune. La société SDCC ne saurait davantage être regardée comme s'étant placée dans une situation illégitime excluant tout droit à réparation sur un fondement quasi-délictuel. Par ailleurs, un rapport d'observations provisoires de la chambre régionale des comptes d'Île-de-France du 29 juillet 2016, non remis en cause par le rapport d'observations définitives qui suivra, indique que le conseil de ville lui a remis une note le 12 décembre 2011 l'incitant à signer ces avenants, ce conseil ayant joué « un rôle essentiel dans le choix de la solution qui a été ensuite annulée par le juge ». Dans les circonstances de l'espèce, la société SDCC ayant elle-même été assistée lors de la préparation de ces avenants de ses propres conseils, les parties doivent être regardées comme ayant contribué chacune pour moitié à la survenance des préjudices dont il est demandé réparation. »

CAA Lyon, 18 juillet 2024, *Société Action Développement Loisir*, 23LY02103

► **Consulter la décision.**

Une clause prévoyant que l'autorité délégante et le délégataire s'engagent à réexaminer l'équilibre financier de la convention en cas de diminution des recettes en deçà d'un certain seuil n'impose pas au délégant de couvrir des recettes non recouvrées par le délégataire.

« 4. Il résulte de ces stipulations combinées, lesquelles mettent à la charge du délégataire tant le recouvrement des redevances auprès des copropriétaires que le risque financier inhérent à ce recouvrement et prévoient uniquement une procédure de réexamen de l'équilibre financier de la délégation en cas de variation de ces recettes, que la mention du montant des recettes escomptées auprès de ces copropriétaires figurant à l'article 21-1 de la convention ne comportait aucun engagement contractuel du délégant de verser cette somme au délégataire en cas de difficultés de recouvrement. Par suite, la société Action Développement Loisir, qui, en tout état de cause, avait été expressément informée par courrier du 1er août 2013 de la charge de ce risque et, nonobstant les réserves qu'elle avait émises à cet égard au cours de la procédure de passation, l'avait accepté en concluant le contrat, n'est pas fondée à solliciter de la commune de La Plagne Tarentaise le versement d'une indemnité en compensation du non-paiement de redevances par certains copropriétaires de la station. »

CAA Marseille, 1er juillet 2024, *Glisse Évasion*, 23MA02210

► **Consulter la décision.**

Une personne publique peut émettre un titre de perception en cas de remise des biens de retour en mauvais état.

« Toutefois, il résulte de l'instruction que, tout d'abord, M. B... n'a restitué ledit bateau qu'en juillet 2020 à la suite de l'injonction qui lui avait été adressée dans l'ordonnance du 20 mars 2020 rendue par le juge des référés saisi par la métropole Nice Côte d'Azur et par la commune de Nice à cette fin. Il

ressort des mentions du procès-verbal de restitution de cet équipement établi par un huissier de justice que le bateau était stocké à l'extérieur dans des conditions moyennes et qu'il était impossible de vérifier le bon fonctionnement du moteur en l'absence de batterie. En outre, un premier expert, qui a examiné le bateau le 17 juillet 2020 afin d'évaluer son état technique et sa valeur au jour de l'expertise, a mentionné également le manque de tension de la batterie et a évalué le prix du bateau en précisant que ce prix était donné sous toute réserve de l'état mécanique du moteur après mise en fonctionnement. 11. Dans ces conditions, alors qu'il lui appartenait de restituer ce bien de retour à titre gratuit, sans indemnité et en bon état de fonctionnement, l'appelant ne saurait se prévaloir de ce qu'il a entretenu en bon père de famille l'équipement en cause ni de l'absence de réserves de la part de la collectivité alors qu'il avait participé par son comportement à l'impossibilité de vérifier dans l'immédiat le bon fonctionnement du moteur. En outre, une nouvelle expertise établie par un mécanicien et rendue le 24 septembre 2020 après une visite du bateau le 7 août 2020 a conclu que le navire n'était pas en état d'usage, qu'une révision générale de la mécanique ainsi qu'un contrôle voire un remplacement des circuits électriques s'avéraient indispensables et qu'un remplacement du bloc moteur pouvait se révéler nécessaire. L'attestation établie en 2021 par la société AEG Boats qui a procédé à des menus travaux sur le navire mentionnant son bon état en 2019 ou encore les accusations de sabotage à l'encontre du mécanicien qui a procédé à la seconde expertise et qui serait en conflit avec l'appelant, allégations qui au demeurant ne sont étayées par aucun élément du dossier, ne permettent pas de remettre en cause les constatations opérées tant par l'huissier de justice que par les deux experts quant à la nécessité de réparations du navire restitué par M. B.... Ce dernier ne saurait davantage accuser la métropole Nice Côte d'Azur de ne pas avoir procédé à la vidange du réservoir, compte tenu des circonstances ci-dessus rappelées de restitution du bien. Par ailleurs, il ne saurait être déduit une quelconque conséquence de la circonstance que la collectivité ait décidé de vendre aux enchères ledit bateau et de fixer sa mise à prix à 500 euros, la collectivité devant récupérer un bien en bon état de fonctionnement et ayant la liberté de disposer de son patrimoine. Enfin, l'appelant ne remet utilement en cause ni le principe de ce que des réparations étaient nécessaires par sa faute ni le montant de la somme mise à sa charge, dès lors que l'intéressé se borne à se plaindre de ce que la seconde expertise n'aurait pas été réalisée de manière contradictoire sans verser le moindre élément pour en contester les conclusions. »

Cour EDH, 9 juillet 2024, *D. c/ France*, 38998/20

► **Consulter la décision.**

Le prononcé d'un délit de discrimination appliqué au refus de conclure un contrat de ville par une région à l'encontre d'une ville est contraire à la Conv. EDH.

La Cour européenne des droits de l'homme condamne la France pour violation de l'article 7 de la Convention relatif au principe de légalité des délits et des peines, en raison de la condamnation injustifiée de la présidente du conseil régional d'Occitanie/Midi-Pyrénées à 1 000 € d'amende et 7 000 € de dommages-intérêts pour avoir refusé de signer un contrat de ville avec la commune de Beaucaire.

CAA Nancy, 30 juillet 2024, *Département du Jura*, 22NC02501

► **Consulter la décision.**

La lettre d'intention d'un actionnaire de la société titulaire d'une concession s'engageant à apporter à cette société les moyens nécessaires au respect de ses obligations lors de l'exécution du contrat de concession, constitue un contrat de droit privé.

Elle en est détachable alors même qu'elle était requise par les stipulations du contrat de concession qui en déterminaient les termes. Le juge judiciaire est seul compétent pour connaître de l'action de la collectivité concédante tendant à engager la responsabilité contractuelle du garant.

CAA Nancy, 30 juillet 2024, *SCP Pascal Leclerc*, 22NC02468

► **Consulter la décision.**

La résiliation judiciaire d'une DSP par le juge-commissaire liquidateur du délégataire n'empêche par l'action en responsabilité de la personne publique contre l'entreprise défaillante ou le liquidateur.

Mais le juge ne peut compenser les créances au titre de la part non amortie des biens de retour sauf s'il était saisi d'un litige de décompte.

TA Melun, 2 juillet 2024, 2300086 (jugement non frappé d'appel)

► **Consulter la décision.**

Une centrale d'achat ne peut opposer le secret des affaires pour refuser de communiquer à une journaliste des bons de commande passés par l'État pour des prestations de conseil, mais peut opposer le caractère abusif de la demande compte tenu de la charge disproportionnée que celle-ci ferait peser sur l'Administration au regard des moyens dont elle dispose.

« 18. En premier lieu, l'UGAP invoque la protection du secret de ses affaires en ce qui concerne l'identité des clients publics, d'une part, en tant qu'opérateur économique sur le marché des centrales d'achat. Elle soutient qu'en tant qu'établissement public industriel et commercial, elle exerce une activité économique dans un secteur de plus en plus concurrentiel et qu'à ce titre les informations relatives à son fonctionnement, à ses pratiques commerciales et à sa clientèle sont couvertes par le secret des affaires. 19. Aux termes de l'article L. 2113-2 du code de la commande publique : " Une centrale d'achat est un acheteur qui a pour objet d'exercer de façon permanente, au bénéfice des acheteurs, l'une au moins des activités d'achat centralisées suivantes : / 1° L'acquisition de fournitures ou de services ; / 2° La passation des marchés de travaux, de fournitures ou de service ". La centrale d'achat est elle-même soumise au code de la commande publique. Aux termes de l'article L. 2113-4 de ce code : " L'acheteur qui recourt à une centrale d'achat pour la réalisation de travaux ou l'acquisition de fournitures ou de services est considéré comme ayant respecté ses

obligations de publicité et de mise en concurrence pour les seules opérations de passation et d'exécution qu'il lui a confiées ". 20. Il résulte de ces dispositions qu'une centrale d'achat est elle-même un acheteur, soit un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice en vertu de l'article L. 1210-1 du code de la commande publique. En application des articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices sont soit des personnes morales de droit public, soit des 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, soit des organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun, soit des entreprises publiques exerçant des activités d'opérateur de réseaux. 21. L'UGAP est une centrale d'achat au sens du code de la commande publique qui remplit une mission de service public consistant à centraliser les achats et commandes des personnes publiques et des personnes privées investies d'une mission de service public dans les meilleures conditions de coût et de qualité, à prodiguer à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et à apporter son concours à des exportations d'intérêt général. 22. Si, ainsi que l'UGAP le soutient, un fichier client relève de la stratégie commerciale d'un opérateur économique, ayant une valeur marchande par lui-même, et en admettant même que la mission de service public exercée par l'UGAP en tant que centrale d'achat puisse être regardée comme soumise à la concurrence au sens de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, cette concurrence s'exerce exclusivement entre des centrales d'achat qui sont-elles mêmes des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices au sens du même code, constituées dans le but d'intérêt général de la mutualisation de l'achat public et non en vue de la réalisation et le partage de bénéfices. Dans ces conditions, la communication des bons de commande comportant notamment l'identité des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices au bénéfice desquels ils ont été émis et des titulaires des accords-cadres destinataires n'affecte pas la concurrence entre les opérateurs économiques, quand bien même lesdits pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices correspondraient à une part importante de l'ensemble de ceux ayant recours à l'UGAP. D'autre part, l'UGAP invoque la protection du secret des affaires de ses prestataires qui s'opposerait à la divulgation du nom de leurs clients publics. Toutefois d'une part, le client des cabinets privés est l'UGAP elle-même et non les personnes publiques ayant recourt à cette dernière, d'autre part, les bénéficiaires ne représentent que la part des clients publics qui y ont recourt effectivement, enfin, et ainsi qu'il a été dit au point 16 du présent jugement, l'identité des bénéficiaires des prestations fournies par les opérateurs économiques ayant passé des marchés avec l'UGAP s'apparente à une information contenue dans un acte d'engagement qui est en principe communicable. 24. Il résulte de ce qui précède que l'occultation des noms des clients publics sur les bons de commande n'est pas justifiée par la protection du secret des affaires. »

L’essentiel du droit des contrats publics, décembre 2024, n° 12

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l’Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 13 décembre 2024, 489720, Commune de Puget-Ville, classé B : Le point de départ de la garantie de parfait achèvement court à compter de la réception, même « sous réserve ». 2

CE, 20 décembre 2024, 475416, *Société JSA Technology*, classé B : Le point de départ du délai de prescription de 10 ans de la responsabilité contractuelle de droit commun court à compter de la réception, même avec réserve ou sous réserve..... 6

CE, 20 décembre 2024, 488339, *Centre hospitalier du Sud Seine-et-Marne*, classé B : La prescription quinquennale de droit commun ne peut pas se cumuler avec la prescription quadriennale des créances des personnes publiques. 8

CJUE, 22 oct. 2024, C-652/22, Kolin : L'accès des opérateurs de pays tiers n’ayant pas conclus un accord avec l’UE aux marchés publics dans l'Union est possible sous conditions. 11

Brèves pour la période de septembre à décembre 2024 :..... 13

CE, 13 décembre 2024, 489720, Commune de Puget-Ville, classé B : Le point de départ de la garantie de parfait achèvement court à compter de la réception, même « sous réserve ».

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La garantie de parfait achèvement est, en droit des contrats administratifs, **une garantie contractuelle et non légale** puisque le Conseil d'Etat n'a pas reconnu l'existence d'un principe général découlant de l'article 1792-6 du code civil (CE, Section, 28 févr. 1986, *Entreprise Blondet*, 40381 et 40879, p. 55). Aux termes du **CCAG travaux** (art. 44.1 de la version 2021), elle consiste en l'obligation, pour le titulaire du marché de travaux et pendant un délai d'un an, de remplir les missions suivantes :

« a) Exécuter les travaux ou prestations éventuels de finition ou de reprise prévus aux articles 41.5 et 41.6 ;
b) Remédier à tous les désordres signalés par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre, de telle sorte que l'ouvrage soit conforme à l'état où il était lors de la réception ou après correction des imperfections constatées lors de celle-ci ;
c) Procéder, le cas échéant, aux travaux confortatifs ou modificatifs, dont la nécessité serait apparue à l'issue des épreuves effectuées conformément aux stipulations prévues par les documents particuliers du marché ; »

L'article 41.5 correspond à un cas de réception dite « sous réserve » : celui où des travaux n'ont pas été réalisés. Il se distingue de l'article 41.4 qui vise l'autre cas de réception « sous réserve » : celui d'une réception sous réserve d'épreuve, cas qui est néanmoins inclus implicitement dans la garantie de parfait achèvement par l'article 44.1. L'article 41.6 vise quant à lui la réception « avec réserve », c'est-à-dire des travaux réalisés mais en quelque sorte mal réalisés puisque le titulaire devra remédier aux « imperfections et malfaçons ».

L'existence de réserves implique le **maintien de la relation contractuelle pour la part des travaux réservés** (CE, 16 janv. 2012, *Commune du Château d'Oléron*, 352122, T. pp. 850-854-855-907) et ce **jusqu'à la levée des réserves** (CE, 26 janv. 2007, *Société Mas, Entreprise Générale*, 264306, T. p. 948).

On doit toutefois noter que **le délai d'un an de la GPA se combine** en réalité **avec l'obligation de lever les réserves dans les délais prescrits par le maître de l'ouvrage et dans un maximum de trois mois pour l'art. 41.5 ou maximum trois mois avant l'expiration du délai pour l'art. 41.6**. Mais comme, d'une part, la garantie de parfait achèvement s'étend à la reprise des désordres qui apparaissent et sont signalés dans l'année suivant la date de réception et que, d'autre part, il existe d'autres obligations au titre de la GPA (cf. b et c ci-dessus), la fin du délai de la GPA marque souvent la fin de la relation contractuelle, ce qui entraine un certain nombre de conséquences : *« A l'expiration du délai de garantie, le titulaire est dégagé de ses obligations contractuelles, à l'exception des garanties particulières éventuellement prévues par les documents particuliers du marché. Les sûretés éventuellement constituées sont libérées dans les conditions réglementaires »* (art. 44.1, avant-dernier alinéa).

L'articulation entre levée des réserves et garantie de parfait achèvement est parfois délicate dans la

mesure où, comme on vient de le voir, le contenu des obligations ne se résume pas à la levée des réserves mais consistent à remédier à *« tous désordres »* et à procéder aux *« travaux confortatifs ou modificatifs »*.

La question se pose donc de savoir si ce délai d'une année court à compter de la réception ou bien à compter de la levée des réserves.

S'agissant de la **réception *« avec réserves »***, le Conseil d'Etat a déjà posé la règle selon laquelle c'est bien **à la réception que le délai court** (CE, 17 mars 2004, *Commune de Beaulieu-sur-Loire et Société Groupama Loire Bourgogne-Samda*, 247367, T. p. 769) **mais il ne s'était jamais prononcé sur cette question au regard de la réception *« sous réserve »***.

Dans l'arrêt commenté, il suit son rapporteur public qui lui a proposé d'**étendre la solution** de la réception « avec réserve » à la réception « sous réserve ». Pour le Conseil d'Etat :

« Il résulte de ce qui est dit aux points 2 à 4 que, sauf stipulations contraires du contrat, la réception des travaux, même lorsqu'elle est prononcée avec réserves en application des stipulations de l'article 41.6 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux ou sous réserve de l'exécution concluante d'épreuves ou de l'exécution de prestations en application des stipulations des articles 41.4 ou 41.5 du même cahier, fait courir le délai de garantie de parfait achèvement à compter de la date d'effet de cette réception telle que prévue par l'article 41.3 du même cahier ».

Les points 2 à 4 de l'arrêt ne sont que la citation, pour l'essentiel, des dispositions du CCAG de 2009 applicable au litige tranché par le Conseil d'Etat. On notera au passage que la rédaction du CCAG de 2009 est sensiblement la même que celui de 2021 précité, à ceci près qu'il ajoutait une obligation au titre de la GPA : celle de *« Remettre au maître d'œuvre les plans des ouvrages conformes à l'exécution dans les conditions précisées à l'article 40 »*.

A lire le Conseil d'Etat donc, **la solution découlerait naturellement de la lettre même du texte du CCAG travaux de 2009**. **Or, pas plus dans ce CCAG que dans celui de 2021, la solution ne s'imposait, ou alors on ne voit pas bien pourquoi l'arrêt aurait mérité un classement B**.

Les conclusions de Nicolas Labrune révèlent d'ailleurs que la discussion a dû être intense au sein du Conseil d'Etat. Il commençait, en effet, par évoquer des arguments contraires : la garantie décennale part à compter de la levée des réserves (CE 21 février 1986, *Société peinture et reconstruction*, 34635, p. 44) alors qu'elle a elle, comme la GPA, vocation à être mobilisée seulement une fois que les travaux ont été réalisés conformément au contrat. En outre :

« nous trouvons qu'il y a quelque chose d'un peu paradoxal à ce que la garantie de parfait achèvement coure dès la réception pour les parties de l'ouvrage qui ont fait l'objet de réserves alors même que, comme nous vous l'avons dit, le maître d'ouvrage peut de toute façon, pour ces parties et jusqu'à la levée des réserves, aller rechercher la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs ». Enfin, « faire partir la garantie de parfait achèvement de la réception y compris pour les travaux réservés n'est pas dénué d'incidence sur la protection qu'offre concrètement cette garantie au maître d'ouvrage. Ainsi, dans le cas où des désordres surviennent à la suite des travaux de reprise ayant permis la levée des réserves, ceux-ci ne seront couverts par la garantie de parfait achèvement que si le maître d'ouvrage les signale dans l'intervalle de temps qui sépare la levée des réserves et le

premier anniversaire de la réception. Et il peut même arriver que la garantie de parfait achèvement expire avant la levée des réserves, si celle-ci est tardive ».

Mais il ajoutait que, finalement, si le Conseil d'Etat a retenu cette solution pour la réception avec réserve (CE, 26 janvier 2007, 264306, *Société Mas, Entreprise générale*, précité), *« c'est, pensons-nous, parce qu'elle est plus fidèle à l'histoire juridique des marchés publics de travaux et, surtout, parce qu'elle est en réalité la seule possible au regard de la lettre même du CCAG »*. L'histoire renvoie à la solution qui prévalait avant 1976, avec le système de la double réception. Mais surtout, les stipulations même des CCAG Travaux depuis 1976 (et rappelées plus haut) vont toutes dans le même sens : si jamais le délai des obligations de la GPA partait seulement de la levée des réserves, elles n'auraient tout simplement aucun sens puisqu'elles renvoient aux hypothèses de réserves.

« Enfin, si l'article 44.1 prévoit que le délai de la garantie de parfait achèvement est « d'un an à compter de la date d'effet de la réception », nous ne croyons pas qu'il faille y voir l'indice de ce que la réception devrait être regardée comme ne produisant ses effets que le jour de la levée des réserves et que ce ne serait donc qu'à cette date que commencerait à courir la garantie. Cette référence à la « date d'effet » de la réception vise en effet plutôt à couvrir le cas, assez courant en pratique, où les parties contractantes s'accordent pour donner une portée rétroactive à la réception ».

Puis le rapporteur public se pencha plus précisément sur la question de **savoir s'il fallait traiter différemment le cas de la réception *« sous réserve »* de la réception *« avec réserve »***, ce qu'il **dénie pour trois arguments :**

1. **La lettre du texte est identique** ;
2. S'il existe une **différence de régime** en ce qui concerne la procédure d'établissement du décompte général (CE, 8 déc. 2020, 437983, Société Sogetra, T. p. 837 et 1er juin 2023, 469268, *Centre hospitalier universitaire Grenoble Alpes*, rec. Tables), c'est **parce que le CCAG lui-même**, en son article 13.3.2 relatif à la procédure d'établissement du décompte, **procède à cette distinction** entre réception avec et sous réserves
3. Enfin **retenir un point de départ différent de la garantie de parfait achèvement paraîtrait difficilement praticable dans les cas** – fréquents en pratique – **de réception *« mixte »***, c'est-à-dire lorsqu'une même partie d'un ouvrage fait l'objet d'une réception à la fois avec réserves, du fait de certaines malfaçons, et sous réserves de l'exécution de prestations non réalisées.

Cet argument est sans doute le plus pertinent d'autant qu'en l'espèce, la réception avait été d'une part, assortie de réserves et, d'autre part, prononcée sous réserve de l'exécution concluante d'épreuves et de l'exécution d'autres prestations, comme nous l'apprend le Conseil d'Etat. **On peut aussi ajouter** que, en ce qui concerne la réception sous réserve de réalisation d'épreuves, **le CCAG prévoit en son article 41.4 la possibilité de *« retirer »* la réception si les épreuves ne sont pas satisfaisantes**. Il existe donc des moyens d'action en pareil cas, même s'il est probable que cela ne vaille pas pour l'autre réception sous réserve.

Il est à souligner que cette solution jurisprudentielle est faite sous réserve de « stipulations contraires du contrat ». Cette incise allait de soi s'agissant d'une garantie purement contractuelle mais cela va mieux en le disant (et encore mieux en l'écrivant). Il est à parier que les personnes publiques ne s'en

priveront pas, comme elles le faisaient déjà en pratique en prévoyant parfois un point de départ de la GPA à la levée des *« sous-réserves »*. Alternativement ou cumulativement, elles pourraient décider d'allonger le délai de la GPA.

On relèvera que, par ailleurs, le Conseil d'Etat indique que, sauf stipulation contraire, les pénalités de retard ne s'appliquent pas « pour un retard pris dans la levée des réserves, lequel intervient nécessairement après la date fixée pour l'achèvement des travaux par la décision de réception en application de l'article 41.3 du même cahier ». La formulation est un peu ambiguë en ce qu'elle donne à croire que l'on parle du retard au regard du délai fixé pour lever les réserves. Mais les conclusions font plutôt penser que sont visés les retards en rapport avec le calendrier initial des travaux. Si tel est le cas, cela voudrait donc dire qu'il ne saurait y avoir, sauf stipulations contraires, application des pénalités de retard dès qu'il y a eu réception, même en cas de réception « sous réserve » de réalisation de prestations.

Au final, cette affaire souligne les difficultés de mise en œuvre de la GPA, en particulier dans un contexte de réception « sous réserve ». L'expression « réception sous réserve » n'est peut-être pas idéale d'ailleurs – on pourrait lui préférer l'expression de « réception sous conditions » car elle tend à la rapprocher de la réception avec réserve alors qu'on ne parle pas de la même chose. Or, si cet arrêt aligne le régime de la réception « sous réserve » avec celui de la réception « sous réserve », ce n'est que pour ce qui est du point de départ de la GPA. Comme indiqué plus haut, le CCAG distingue entre les deux pour ce qui est de la possibilité d'envoyer le projet de décompte final.

En outre, il y a quelque chose d'assez surprenant à assimiler les deux cas de réception « sous réserve », celle « sous réserve » de réalisation d'épreuves concluantes et celle « sous réserve » de réalisation de prestations, seule la première pouvant conduire à un retrait de la réception en cas d'épreuves non concluantes. En toute logique, dans le deuxième cas, on aurait dû considérer que la GPA ne partait qu'à compter de la réalisation de ces prestations et on peut se demander si le transfert de la garde de l'ouvrage à la réception a du sens dans ce cas.

Si le régime de la réception « sous réserve » présente quelques avantages pour les entreprises par rapport à l'absence de réception, il reste assez complexe à mettre en œuvre. Le choix, pour le maître d'ouvrage, entre absence de réception, réception partielle, réception avec réserve et/ou sous réserve (de réalisation d'épreuves et/ou de prestations) mériterait sans doute d'être simplifié.

CE, 20 décembre 2024, 475416, *Société JSA Technology*, classé B : Le point de départ du délai de prescription de 10 ans de la responsabilité contractuelle de droit commun court à compter de la réception, même avec réserve ou sous réserve.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Les conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune évoquent ici une **autre question délicate** : celle du **point de départ de la responsabilité contractuelle de droit commun**.

En droit public, **le Conseil d'Etat a depuis longtemps jugé que** :

« la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve et qu'elle met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage ; que si elle interdit, par conséquent, au maître de l'ouvrage d'invoquer, après qu'elle a été prononcée, et sous réserve de la garantie de parfait achèvement, des désordres apparents causés à l'ouvrage ou des désordres causés aux tiers, dont il est alors réputé avoir renoncé à demander la réparation, elle ne met fin aux obligations contractuelles des constructeurs que dans cette seule mesure ; qu'ainsi la réception demeure, par elle-même, sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires, dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif ; que seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître de l'ouvrage toute réclamation à cet égard ».

Il a pu ajouter à cette formule de principe, en 2008, que *« tant qu'aucun décompte général et définitif n'est intervenu, la responsabilité contractuelle des cocontractants de l'administration peut être recherchée à raison des dommages nés de l'exécution du contrat ; qu'aucune règle applicable en droit public n'a pour effet de limiter à dix ans le délai dans lequel cette responsabilité est susceptible d'être recherchée »* et que donc c'est la prescription de 30 ans qui devait alors s'appliquer (CE, 14 mai 2008, *OPAC de la Seine-Maritime*, 295253). Il entendait ainsi prendre le contrepied de la Cour de cassation qui, d'après Nicolas Labrune :

« répondant à l'appel de la doctrine privatiste d'unifier les délais en matière de responsabilité des constructeurs, avait adopté une solution fort constructive au regard de la rédaction de l'ancien article 2270 du code civil, dont la lettre ne visait expressément, par le jeu des renvois aux articles 1792 à 1792-2 de ce code, que le cas de la garantie décennale : elle avait jugé que toute action en responsabilité contractuelle de droit commun dirigée contre un constructeur était soumise non pas à la prescription trentenaire de droit commun prévue par l'ancien article 2262 du code civil mais à un délai de prescription de 10 ans à compter de la réception des travaux (Cass. Civ. 3ème, 17 mars 1993, n° 90-20.640 et 90-20.798, Bull. III) ».

La loi du 17 juin 2008 ayant repris à son compte la jurisprudence civiliste et le Conseil d'Etat ayant jugé qu'elle s'applique aux actions en responsabilité contractuelle postérieures à son entrée en vigueur (CE 12 avr. 2022, 448946, *Société Arest*, aux Tables), la question du point de départ se posait

dans l'affaire commentée.

La lettre du texte de l'article 1792-4-3 le fait partir à la réception des travaux. Mais que se passe-t-il si la réception n'est pas intervenue ou qu'elle a été assortie de réserves ?

Sur la **première hypothèse**, qui n'avait pas à être tranchée en l'espèce, le rapporteur public propose de **s'aligner sur la position de la Cour de cassation** en l'absence de *« raison propre au droit public »* : celle-ci a jugé que, faute d'autre prescription applicable, la prescription quinquennale de droit commun doit s'appliquer (Cass. Civ. 3ème, 19 mars 2020, 19-13.459, au Bulletin), contrairement à ce qu'elle jugeait dans l'état du droit antérieur à la loi du 17 juin 2008. Et d'après Nicolas Labrune, *« cette solution nous semblerait cohérente avec le fait que vous avez déjà jugé que les actions du maître d'ouvrage fondées sur la responsabilité pour faute assimilable à une fraude ou à un dol sont régies, avant comme après l'entrée en vigueur de la loi de 2008, par la prescription de droit commun - trentenaire avant, quinquennale après (CE, 10 octobre 2022, Société Eiffage Construction, n° 454446, aux Tables). En effet, si vous jugez de la sorte, c'est parce que, lorsque la réception n'a été acquise qu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou dolosives, elle n'a pas l'effet extinctif qu'elle a normalement sur les relations contractuelles (à cet égard, voyez CE, Section, 15 juillet 2004, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau des communes de la Seyne et de la région Est de Toulon, n° 235053, p. 345 »*.

Le rapporteur public **ne précise pas à compter de quelle date ce délai de 5 ans court**. Si l'on suit la **Cour de cassation**, c'est *« à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »*, c'est-à-dire, dans l'affaire jugée par elle en 2020, *« à compter du jour où la société Bouygues avait connu les faits lui permettant d'exercer son action à l'encontre de la société STPCL, soit le jour de l'assignation en référé du 25 mars 2010 »*. **Difficile d'imaginer sa transposition en matière de marché de travaux sans réception**.

En ce qui concerne la **deuxième hypothèse**, c'est-à-dire la **réception avec réserve ou sous réserve**, comme en l'espèce, l'alternative était **soit de s'aligner sur la garantie de parfait achèvement** (à compter de la réception), **soit sur la garantie décennale post-contractuelle** (à compter de la levée des réserves). Le rapporteur public proposa de la **faire partir de la réception** car, sinon, *« cela reviendrait en quelque sorte à assimiler une réception assortie de réserves à une absence de réception tant que les réserves ne sont pas levées »* et aussi parce que la réception *« met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage »*. En outre, le champ de la responsabilité contractuelle de l'article 1792-4-3 se réduirait au cas où le maître d'ouvrage recherche la responsabilité des constructeurs à raison des droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, ou celle du maître d'œuvre à raison de manquements à son devoir de conseil. La responsabilité contractuelle de 10 ans serait donc par trop vidée de sa substance. Le Conseil d'Etat a suivi son rapporteur public.

Au passage, le Conseil d'Etat suit également son rapporteur public qui avait proposé de juger que la cour s'était méprise en appliquant la prescription quinquennale et qu'il convenait de procéder à une substitution de motifs.

CE, 20 décembre 2024, 488339, *Centre hospitalier du Sud Seine-et-Marne*, classé B : La prescription quinquennale de droit commun ne peut pas se cumuler avec la prescription quadriennale des créances des personnes publiques.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

L'affaire concernait une **action en responsabilité d'un centre hospitalier contre, notamment, l'Etat conducteur d'opération**. Faute de réception, en raison de l'ajournement des travaux décidé par le centre hospitalier à la suite de diverses carences, ce dernier a vu sa **demande d'indemnisation** de plus de 6 millions d'euros **rejetée comme étant prescrite** par la CAA de Paris.

Le rapporteur public proposa **en premier lieu de juger que la prescription quadriennale de la loi de 1968 était bien applicable** à cette créance.

En effet, le champ de la prescription quadriennale est très large, puisqu'elle concerne, selon l'article 1er de la loi n°68-1250 du 31 décembre 1968, *« toutes créances »*. **Seules des règles de prescription spéciales font céder la prescription quadriennale** : l'article 1er de la loi de 1968 dispose que la prescription quadriennale s'applique *« sans préjudice des déchéances particulières édictées par la loi »*. C'est le cas des créances d'origine fiscale du fait de l'article R. 196-1 du livre des procédures fiscales (CE, 14 févr. 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ S.A. Champagne Jeanmaire*, 202966, p. 60), de la prescription décennale prévue à l'article L. 1142-28 du code de la santé publique pour la réparation des dommages résultant d'infections nosocomiales (CE, Avis, 12 févr. 2020 , *Mme Collins et autres*, 435498, au Recueil) et pour la responsabilité décennale de l'Etat agissant comme constructeur (CE, 18 févr. 1983, *Ministre de l'agriculture c/ Commune d'Amagne*, 28791, aux Tables).

Mais pour Nicolas Labrune, **aucune prescription spéciale ne peut ici faire obstacle** à l'application de la prescription quadriennale en l'absence de réception des travaux. La **seule** prescription concurrente aurait pu être **la prescription quinquennale de l'article 2224 du code civil** *« qui, étant la prescription civile de droit commun, nous paraît difficilement susceptible d'être regardée comme une règle spéciale de nature à évincer la prescription quadriennale »*.

Mais c'est là que **le raisonnement du rapporteur public apparaissait comme un peu trop original**. Il proposait en effet de juger que l'application de la prescription quadriennale ne faisait pas obstacle à ce que la prescription civile de droit commun quinquennale lui soit également applicable.

Il s'appuyait pour ce faire en particulier sur les motifs de la décision *URSSAF du Loiret* : *« la circonstance que des dispositions législatives (…) propres à certaines dettes instituent des prescriptions particulières qui sont opposables aux collectivités publiques comme à tout autre débiteur, ne fait pas obstacle à ce que la déchéance quadriennale puisse être également opposée à ces dettes »* (CE, Section, 22 nov. 1963, *URSSAF du Loiret*, 58044, p. 575). En conséquence, les dispositions qui prévoyaient que les dettes concernant les cotisations de sécurité sociale se prescrivaient par cinq ans *« n'avaient ni pour objet ni pour effet d'écarter l'application à ces dettes »* de la déchéance quadriennale, lorsqu'étaient en cause des cotisations dues par l'Etat en sa qualité d'employeur. En deuxième lieu, **la loi de 1968 ne prévoit sa non application que pour les**

prescriptions particulières mais aucunement pour des prescriptions générales comme celle du Code civil. En conséquence **l'Etat**, qui bénéfice de ce régime dérogatoire qu'est la prescription quadriennale, **devait également bénéficier de celle de droit commun**.

A la lecture de ces conclusions, on ne peut toutefois s'empêcher de penser que la loi de 1968 aurait pu être présentée comme une *lex specialia*. Il est vrai que, dans les circonstances de l'espèce, l'application de la prescription quinquennale aurait eu pour effet de **protéger l'Etat** dans l'hypothèse où il n'aurait pas opposé la prescription quadriennale à temps. Selon le rapporteur public :

« l'effet concret d'un cumul entre les deux prescriptions sera donc seulement que l'Etat pourra opposer, à titre subsidiaire, la prescription quinquennale quand il se voit empêcher d'opposer la prescription quadriennale. Vous savez en effet que la prescription quadriennale doit être invoquée, selon l'article 7 de la loi de 1968, « avant que la juridiction saisie du litige au premier degré se soit prononcée sur le fond » ce dont il résulte, notamment, qu'elle ne peut être soulevée pour la première fois en appel alors même qu'elle serait applicable à la créance en litige. La solution du cumul de prescriptions que nous vous proposons permettrait donc d'éviter cette situation paradoxale où la personne publique qui ne pourrait plus, pour des raisons procédurales, opposer la prescription quadriennale, ne pourrait pas non plus se prévaloir de la prescription de droit commun que tout débiteur privé peut pourtant invoquer à tout moment de la procédure en vertu de l'article 2248 du code civil[1], et se retrouverait donc moins bien protégée qu'un débiteur privé, alors même que l'esprit de la loi de 1968 est, au contraire, d'instituer une protection renforcée des intérêts financiers publics ».

Mais **on ne voyait guère pourquoi l'Etat se verrait *« empêcher d'opposer la prescription quadriennale »* si ce n'est sa propre incurie à soulever la prescription quadriennale à temps**. Il eut été choquant qu'il puisse invoquer cette prescription quinquennale (et avec lui les autres personnes publiques soumises à la loi du 31 décembre 1968) alors que les créanciers ne pouvaient pas s'en prévaloir. Sans doute faut-il voir là l'explication au fait que le Conseil d'Etat n'a pas suivi, sur ce point, son rapporteur public. Cela étant, cela n'aurait guère changé la solution en l'espèce, compte tenu du point de départ retenu.

Appliquant cette prescription quinquennale aux autres constructeurs, le débat portait en effet sur la détermination du **point de départ** de celle-ci. La rapporteur public a rappelé que si le nouvel article 2224 du Code civil prévoit expressément le point de départ de la prescription quinquennale comme étant le *« jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer », l'ancien article 2262 en revanche avait été interprété par une décision Société Eiffage Construction comme faisant partir le délai de l'ancienne prescription trentenaire à compter de « la manifestation du dommage »* (CE, 10 oct. 2022, *Société Eiffage Construction*, 454446, aux Tables). Mais Nicolas Labrune proposa de la cantonner à ce à quoi elle correspondait, c'est-à-dire à l'action fondée sur la responsabilité contractuelle pour faute assimilable à une fraude ou à un dol. Assez justement nous semble-t-il, il estimait que :

« Ainsi que vous l'expliquait notre collègue Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions sur la décision Société Eiffage Construction, s'il y a lieu, en matière de responsabilité contractuelle pour faute assimilable à une fraude ou à un dol du constructeur, de distinguer entre les deux points de départ de la prescription, avant et après la réforme de 2008, c'est parce qu'en cette matière, la connaissance des faits de nature à déclencher le cours de la prescription quinquennale doit s'entendre comme la connaissance du caractère frauduleux ou dolosif des agissements à l'origine du dommage,

laquelle est susceptible d'intervenir bien après la manifestation du dommage elle-même. La divergence entre les deux points de départ n'est donc justifiée que par les particularités de la responsabilité pour fraude ou dol ».

En conséquence, le Conseil d'Etat juge que la date d'ajournement des travaux de 2007 pouvait correspondre à la connaissance des faits permettant au Centre hospitalier d'exercer l'action car « les conséquences futures et raisonnablement prévisibles des désordres apparus ne constituent pas » une aggravation de nature à justifier un report du point de départ (CE, 7 févr. 2023, *M. et Mme Brossaud et autre*, 454109, aux Tables). Le centre hospitalier avait certes saisi le TA d'une demande d'expertise dès 2007 mais l'expert ayant rendu son rapport en 2014, il n'a saisi le TA d'une action en responsabilité contractuelle qu'en 2015, soit 8 ans après la connaissance des faits… Son action est donc prescrite.

Cette solution, non pas tant sur le plan des principes mais sur leur application aux faits de l'espèce, est donc très protectrice des deniers de l'Etat, ce qui ne saurait surprendre dans le contexte actuel, même si cela se fait ici au détriment des deniers d'un centre hospitalier.

[1] « Sauf renonciation, la prescription peut être opposée en tout état de cause, même devant la cour d'appel ».

CJUE, 22 oct. 2024, C-652/22, Kolin : L'accès des opérateurs de pays tiers n'ayant pas conclus un accord avec l'UE aux marchés publics dans l'Union est possible sous conditions.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Dans le cadre de la construction d'une ligne ferroviaire en Croatie, l'entité adjudicatrice avait admis la candidature d'une entreprise turque nommée Kolin avant de choisir l'offre de Strabag, une entreprise autrichienne. La capacité de cette dernière étant remise en cause, **l'entité adjudicatrice avait adopté une nouvelle décision à la suite de la fourniture de références supplémentaires qui n'étaient pas présentes dans la candidature initiale**. Kolin contesta cette nouvelle décision en posant la question de **savoir si la Directive 2014/25 autorisait une telle modification de la procédure**, ce qui amena la Cour croate compétente à poser une question préjudicielle. Mais la Cour déclare la **demande de question préjudicielle irrecevable** en précisant les droits des entreprises émanant de pays tiers à l'Union européenne et n'ayant pas conclus d'accord portant sur les marchés publics, ce qui est le cas de la Turquie. La portée de cet arrêt s'étend aux pouvoirs adjudicateurs et aux concessions.

En premier lieu, **seule l'Union est compétente pour adopter un acte de portée générale autorisant ou interdisant l'accès des entreprises de pays tiers**, les Etats-membres n'ayant pas de compétence concernant la politique commerciale commune. Pourtant, il pouvait être déduit du règlement (UE) 2022/1031 du 23 juin 2022 dit *IMPI* habilitant la Commission à restreindre l'accès des opérateurs de pays tiers que cet accès était ouvert tant que la Commission ne l'avait pas mis en œuvre. Mais la Cour choisit une troisième voie, qui consiste à s'en remettre au choix discrétionnaire de l'autorité contractante.

En deuxième lieu toutefois, **si le droit de l'Union n'empêche pas des autorités contractantes d'admettre la candidature d'entreprises de pays tiers**, **ces dernières ne sauraient bénéficier du traitement « non moins favorable » réservé aux opérateurs qui peuvent se prévaloir de tels accords internationaux** (Dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014, art. 43 et Dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014, art. 25). Les autorités contractantes peuvent donc décider s'il convient d'admettre à une procédure de passation d'un marché public les opérateurs économiques non couverts, s'il convient de prévoir dans les documents de marché les modalités d'un traitement différencié, notamment pour refléter la différence objective entre la situation juridique de opérateurs non couverts et celle des opérateurs couverts. Cette position conforte le droit français qui prévoit expressément que la possibilité pour les acheteurs d'introduire des restrictions au détriment des opérateurs des pays tiers lorsque cela n'enfreint aucun accord international (CCP, art. L. 2153-1).

En troisième lieu, l'opérateur ponctuellement admis à se porter candidat et à déposer une offre ne bénéficiant pas pour autant des garanties des directives commande publique, **tout recours de cet opérateur contre la procédure d'attribution ne pourra être examiné par le juge national qu'à la lumière du seul droit national** et non du droit de l'Union européenne, y compris tel que transposé par le droit national.

Cet arrêt pose néanmoins un **certain nombre de questions**. A partir du moment où la Cour admet *« qu'il est concevable que les modalités de traitement de tels opérateurs doivent être conformes à*

certaines exigences, telles que celles de transparence ou de proportionnalité ». Mais on ne peut s’empêcher de penser que cela revient à faire application du droit de l’Union, surtout lorsque la Cour admet qu’on puisse traiter différemment des entreprises placées dans des situations différentes. D’autre part, admettre qu’une autorité contractante puisse décider d'exclure de ses marchés ou pas les opérateurs issus d'États tiers, ce n’est certes pas reconnaître une compétence aux Etats-membres mais c’est la reconnaitre aux autorités contractantes.

Enfin, comme le souligne le Professeur Etienne Muller (*Contrats et marchés publics*, décembre 2024), le débat ne devrait pas être là mais sur l’origine des produits :

« de récentes études tendent en revanche à montrer que la part des importations de produits manufacturés dans la commande publique européenne est beaucoup plus importante qu'on ne le pensait jusqu'alors, et significativement plus élevée qu'aux États-Unis, surtout en France où elle dépasserait 65 % (Th. Grjebine et J. Héricourt, Commande publique de bien manufacturés : qui recourt le plus aux importations ? : The Conversation, 14 nov. 2023, https://bit.ly/40hsXxk (consulté le 23 oct. 2024)). C’est donc en termes d'origine des produits, plutôt que de nationalité des opérateurs, que mériterait d'être appréhendé le problème du degré souhaitable d'ouverture de la commande publique européenne, ce que les textes tant européens que nationaux permettent également de faire ».

Brèves pour la période de septembre à décembre 2024 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 6 nov. 2024, 487993 et 487994, *Association syndicale autorisée du canal de Ventavon – Saint-Tropez*

► **Consulter la décision.**

La contestation du principe même de facturation d'un service empêche de considérer qu'un accord a été conclu, en dépit de la réitération de demandes d'interventions pour ce service.

« Il ressort des énonciations des arrêts attaqués que, pour juger que l'association syndicale autorisée du canal de Ventavon – Saint-Tropez n'était pas fondée à solliciter l'annulation des décisions mentionnées aux points 3 et 4 par lesquelles la société EDF lui a facturé l'ouverture des vannes en dehors de la période du 15 avril au 15 octobre de chaque année concernée pour l'alimentation de son réseau d'irrigation ainsi que des décisions portant rejet de ses recours gracieux ni à réclamer la restitution des sommes qu'elle a réglées, la cour administrative d'appel de Marseille a estimé qu'en sollicitant en février 2017 une ouverture des vannes en dehors de la période précitée et en réitérant sa demande en 2018, en 2019 et en 2020, elle devait être regardée comme ayant manifesté sa volonté de conclure un accord avec la société EDF. Il ressort toutefois des pièces des dossiers qui lui étaient soumis que si c'est à la demande de l'association syndicale autorisée du canal de Ventavon – Saint-Tropez que la société EDF a procédé à l'ouverture des vannes en dehors de la période du 15 avril au 15 octobre pour les années 2017 à 2020, cette association a toujours contesté le principe même d'une facturation de ce service. Elle ne pouvait, par suite, être regardée comme ayant consenti au principe d'un tel paiement ni, a fortiori, comme ayant donné son accord aux modalités de cette facturation. Dès lors, l'association syndicale autorisée du canal de Ventavon – Saint-Tropez est fondée à soutenir qu'en statuant ainsi, la cour administrative d'appel de Marseille a dénaturé les pièces des dossiers et, par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens des pourvois, à demander l'annulation des arrêts qu'elle attaque. »

CE, 16 déc. 2024, 490728, *Société Arcos*

► **Consulter la décision.**

Il n'y a pas de lien de causalité entre le préjudice invoqué par un concessionnaire et la décision du concédant de suspendre l'abattage d'arbres dans la mesure où le premier n'était pas en mesure de réaliser les travaux à la date prévue.

« En premier lieu, il ressort des motifs de l'arrêt attaqué que, pour rejeter les conclusions indemnitaires de la société Arcos liées aux retards dans la réalisation des travaux de déboisement, la cour s'est fondée sur la circonstance que la société n'avait pas, à la date où ces travaux ont été suspendus à la demande de l'Etat, pris les mesures préalables à l'abattage des arbres prévues par l'arrêté du 24 janvier 2017 et qu'elle n'était, par conséquent, pas en mesure de démarrer les travaux à cette date. Elle en a déduit que le lien de causalité entre la décision de l'Etat et le préjudice dont elle demande réparation n'était pas établi. Un tel motif dispensait la cour de se prononcer expressément

sur la légalité de la décision litigieuse, sur le moyen tiré de ce que cette société n'aurait contribué que partiellement à la réalisation de son propre préjudice ou encore de préciser les autres circonstances qui auraient également pu faire obstacle au démarrage des travaux. »

Cass. 3e civ., 26 sept. 2024, 22-19.915

► **Consulter la décision.**

Il n'y a pas de jurisprudence établie s'agissant de la légalité de la rétroactivité d'un acte administratifs.

« 11. En application des deux premiers de ces textes, il n'appartient qu'à la juridiction administrative de porter une appréciation sur la légalité d'un acte administratif. Aux termes du dernier, lorsque la solution d'un litige dépend d'une question soulevant une difficulté sérieuse et relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juridiction judiciaire initialement saisie la transmet à la juridiction administrative compétente en application du titre I du livre III du code de justice administrative et elle sursoit à statuer jusqu'à la décision sur la question préjudicielle.

12. Pour écarter l'exception d'illégalité de la délibération du 28 septembre 2017, invoquée en raison de sa portée rétroactive pour contester la validité des titres de recettes en litige, l'arrêt retient que, par cette délibération, le conseil municipal de la commune de [Localité 3] a établi et validé à l'unanimité des votants le tarif appliqué aux consommations d'eau.

13. Il relève, en outre, que les facturations contestées remontent à l'année 2014, au cours de laquelle la commune d'[Localité 1] avait accepté la pose d'un compteur pour le calcul de sa consommation.

14. Après avoir rappelé l'échec de négociations engagées entre les deux communes pour la fixation d'un tarif, il en déduit que la rétroactivité de la facturation se justifie par la nécessité d'assurer la continuité du service dont la commune d'[Localité 1] avait bénéficié depuis l'installation du compteur.

15. En statuant ainsi, alors que la question de la légalité de la délibération du 28 septembre 2017, à raison de sa portée rétroactive, soulevait une difficulté sérieuse dont dépendait la solution du litige et impliquait de saisir la juridiction administrative d'une question préjudicielle, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé les textes susvisés. »

C. comptes, ch. Contentieux, 7 oct. 2024, S-2024-1305, *Commune Sainte-Eulalie-en-Borne*

► **Consulter la décision.**

Commet une « faute grave ayant causé un préjudice financier significatif », une directrice générale des services d'une petite commune qui a omis de transmettre, dans le délai imparti, les arrêts de travail des agents à la société d'assurance titulaire d'un marché portant sur le remboursement de tout ou partie des charges résultant du maintien de salaires des agents en cas de maladie ou d'accident du travail.

« Il y a faute grave en raison de « la simplicité de la tâche à exécuter et à la répétition de 2018 à 2021 de la négligence commise », le préjudice financier d'un montant de 44 770,31 € étant par ailleurs significatif. La procédure entamée devant la cour de discipline budgétaire et financière se poursuit devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes sur le fondement de l'article L. 131-9 du Code des juridictions financières car la loi nouvelle est considérée plus douce. La DGS est condamnée à 1000 euros d'amendes en raison de circonstances atténuantes, les élus n'ayant pas donné suite aux alertes de la prévenue faisant état d'une trop grande charge de travail. »

CAA Douai, 19 sept. 2024, 23DA00758, *Société Set Tertiaire*

► **Consulter la décision.**

Le sous-traitant ne peut être payés des travaux supplémentaires que pour la part qui excède les travaux de l'entreprise principale.

« Le sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les travaux supplémentaires qu'il a exécutés et qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage, ainsi que pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché, dans les mêmes conditions que pour les travaux dont la sous-traitance a été expressément mentionnée dans le marché ou dans l'acte spécial signé par l'entrepreneur principal et par le maître de l'ouvrage. Ne peuvent toutefois être considérés comme des travaux supplémentaires que les travaux qui excèdent ceux confiés à l'entrepreneur principal par le pouvoir adjudicateur. La circonstance que les travaux excéderaient ceux dont la réalisation avait été contractuellement confiée au sous-traitant par l'entrepreneur principal n'est pas de nature à leur conférer ce caractère dans l'hypothèse où le sous-traitant ne fait que se substituer à l'entrepreneur principal dans la réalisation des travaux confiés à ce dernier. »

CAA Lyon, 19 sept. 2024, 22LY02261, *Université Lumière Lyon 2*

► **Consulter la décision.**

Le maître d'ouvrage public normalement précautionneux doit réaliser des tests lors de la réception de l'ouvrage mais l'assistant au maître d'ouvrage commet également une faute pour défaut du devoir de conseil.

« Il est constant que l'université Lumière Lyon 2 n'a effectué, avant la réception de l'ouvrage, aucun test par fumigène qui aurait permis de vérifier visuellement l'étanchéité du dispositif d'isolation du bâtiment alors qu'elle s'était expressément réservé, ainsi qu'il résulte de l'article 00 28 du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) commun à tous les lots et du CCTP applicable spécifiquement aux travaux du lot n° 2, la faculté de faire réaliser de tels tests tant au cours du chantier qu'à la réception de l'ouvrage. En outre, il résulte de l'instruction, et notamment de l'expertise, que compte tenu de la nature et de l'importance des désordres, lesquels induisent des entrées d'air d'un volume trois fois supérieur à celui toléré, la réalisation de ces tests, au demeurant assez simples, aurait nécessairement mis en évidence les défauts d'isolation du dispositif, lesquels étaient aisément

décelables mais ne pouvaient l'être que par le biais de tests. Dans de telles conditions, l'université Lumière Lyon 2, qui était avertie, pour les avoir imposées, des contraintes liées à la perméabilité à l'air ainsi que des aléas qui pesaient sur la réalisation technique de l'isolation des façades et des ouvertures, et de la vigilance à apporter à son isolation en vue du respect de la limitation de la consommation énergétique, n'a pas pris, en s'abstenant de procéder à une quelconque mesure de l'étanchéité à l'air de l'ouvrage avant sa réception, les mesures s'imposant à un maître de l'ouvrage normalement précautionneux » (…). « Il résulte de l'instruction que les sociétés Chabanne Architecte et Chabanne Ingénierie, chargées d'une mission d'assistance au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception, se sont abstenues de prescrire la réalisation de tests d'étanchéité alors que le maître d'ouvrage n'avait pas pris d'initiative en ce sens et qu'elles ne pouvaient ignorer les risques que comportait une réception sans vérification du dispositif d'isolation et se devaient d'attirer l'attention de l'université sur les conséquences d'une telle négligence. Dans ces conditions, l'université Lumière Lyon 2 est fondée à soutenir que les sociétés Chabanne Architecte et Chabanne Ingénierie ont commis une faute au regard de leur obligation d'assistance aux opérations de réception l'ayant privée de la possibilité d'exiger du titulaire du lot n° 2 qu'il reprenne les malfaçons sur le fondement de ses engagements contractuels, justifiant qu'elles-mêmes soient condamnées à réparer les désordres affectant l'ouvrage. »

CAA Bordeaux, 24 sept. 2024, 22BX02269, *Société EDEIS Concessions*

► **Consulter la décision.**

Les filiales de droit privé des CCI peuvent présenter leur candidature sans se voir opposer le principe de spécialité ou les règles d'égale concurrence applicables aux établissements publics.

« D'une part, le contrat ayant été attribué non pas aux CCI Bretagne-Ouest et Marseille-Provence mais à une société de droit privé, la société EDEIS Concessions ne peut utilement se prévaloir de la méconnaissance du principe de spécialité territoriale applicable auxdites CCI. D'autre part, l'article L. 710-1 du code de commerce autorise les CCI à participer à la création et au capital de sociétés de droit privé à la seule condition que l'objet social de ces sociétés entre dans le champ de leurs missions. Or, en vertu des dispositions de ce même article, la gestion d'équipements aéroportuaires entre dans le champ des missions des CCI. La société appelante n'est dès lors pas fondée à soutenir que la création et la détention partielle de la société attributaire du contrat par des sociétés filiales de CCI méconnaitrait ces dispositions » (…). « lorsqu'une personne publique est candidate à l'attribution d'un contrat de concession, il appartient à l'autorité concédante, dès lors que l'équilibre économique de l'offre de cette personne publique diffère substantiellement de celui des offres des autres candidats, de s'assurer, en demandant la production des documents nécessaires, que l'ensemble des coûts directs et indirects a été pris en compte pour la détermination de cette offre, afin que ne soient pas faussées les conditions de la concurrence. Saisi d'un moyen en ce sens, il incombe au juge du contrat de vérifier que le contrat n'a pas été attribué à une personne publique qui a présenté une offre qui, faute de prendre en compte l'ensemble des coûts exposés, a faussé les conditions de la concurrence. En l'espèce, d'une part, l'offre retenue ayant été présentée, non pas par des CCI, mais par une société de droit privé dont les actionnaires sont également des sociétés de droit privé, il n'appartenait pas au SMAPB de vérifier que cette offre incluait bien l'ensemble des coûts directs et indirects ou ne reposait pas sur le bénéfice d'un avantage découlant des ressources ou des moyens attribués à une personne publique au titre de sa mission de service public. D'autre part, il n'est pas

établi que l'offre financière de la SEALAR aurait substantiellement différé de celles des autres candidats et, en particulier, de celle de la société EDEIS Concessions, ni même que les sociétés filiales de la société attributaire auraient tiré de leur appartenance à des CCI des avantages de nature à fausser le libre jeu de la concurrence. »

CAA Marseille, 20 sept. 2024, 23MA01013

► **Consulter la décision.**

La conclusion illégale d'un bail commercial sur le domaine public est de nature à engager la responsabilité de la personne publique pour faute mais l'indemnisation des préjudices du titulaire ne couvre pas la perte du fonds de commerce si le bail est antérieur à la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014.

« En raison du caractère précaire et personnel des titres d'occupation du domaine public et des droits qui sont garantis au titulaire d'un bail commercial, un tel bail ne saurait être conclu sur le domaine public. Lorsque l'autorité gestionnaire du domaine public conclut un " bail commercial " pour l'exploitation d'un bien sur le domaine public ou laisse croire à l'exploitant de ce bien qu'il bénéficie des garanties prévues par la législation sur les baux commerciaux, elle commet une faute de nature à engager sa responsabilité. Cet exploitant peut alors prétendre, sous réserve, le cas échéant, de ses propres fautes, à être indemnisé de l'ensemble des dépenses dont il justifie qu'elles n'ont été exposées que dans la perspective d'une exploitation dans le cadre d'un bail commercial ainsi que des préjudices commerciaux et, le cas échéant, financiers qui résultent directement de la faute qu'a commise l'autorité gestionnaire du domaine public en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits. Si, en outre, l'autorité gestionnaire du domaine met fin avant son terme au bail commercial illégalement conclu en l'absence de toute faute de l'exploitant, celui-ci doit être regardé, pour l'indemnisation des préjudices qu'il invoque, comme ayant été titulaire d'un contrat portant autorisation d'occupation du domaine public pour la durée du bail conclu. Il est à ce titre en principe en droit, sous réserve qu'il n'en résulte aucune double indemnisation, d'obtenir réparation du préjudice direct et certain résultant de la résiliation unilatérale d'une telle convention avant son terme, tel que la perte des bénéfices découlant d'une occupation conforme aux exigences de la protection du domaine public et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine, qui auraient dû être couvertes au terme de cette occupation. En revanche, eu égard au caractère révocable et personnel, déjà rappelé, d'une autorisation d'occupation du domaine public, celle-ci ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire. Si la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a introduit dans le code général de la propriété des personnes publiques un article L. 2124-32-1, aux termes duquel " Un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre ", ces dispositions ne sont, dès lors que la loi n'en a pas disposé autrement, applicables qu'aux fonds de commerce dont les exploitants occupent le domaine public en vertu de titres délivrés à compter de son entrée en vigueur. Par suite, l'exploitant qui occupe le domaine public ou doit être regardé comme l'occupant en vertu d'un titre délivré avant cette date, qui n'a jamais été légalement propriétaire d'un fonds de commerce, ne peut prétendre à l'indemnisation de la perte d'un tel fond. »

CAA Marseille, 20 sept. 2024, 23MA01846, *M. A.*

► **Consulter la décision.**

La différenciation tarifaire d’une occupation du domaine public entre occupants professionnels actifs et retraités est légale.

« Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un comme dans l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier. En réservant l'exonération en cause aux patrons pêcheurs professionnels non retraités, à l'exclusion des professionnels retraités, le conseil municipal de la commune de Sanary-sur-Mer, qui a tenu compte tenu du faible nombre d'emplacements réservés aux personnes souhaitant bénéficier d'une autorisation d'occupation du domaine public portuaire pour développer de telles activités professionnelles, a appliqué des règles différentes à des usagers se trouvant dans des situations différentes, ce qui ne crée aucune rupture d'égalité devant la loi et devant les charges publiques. Cette différence de traitement, qui contribue au maintien d'une activité économique de pêcheurs professionnels en activité au sein du port, qui est en rapport direct avec l'objet de la norme, n'est pas manifestement disproportionnée au regard de cette différence de situation et est justifiée par une raison d'intérêt général. Pour les mêmes motifs, cette différence de tarification ne peut être regardée comme discriminante à l'égard des usagers retraités au regard des autres catégories d'usagers qui seraient en activité et exonérés de la redevance et de la contribution en litige. »

L'essentiel du droit des contrats publics, janvier 2025, n° 13

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 30 décembre 2024, n°491266, *Société Ciné Espace Evasion*, classé B : L'autorité concédante peut admette à la négociation un soumissionnaire ayant remis une offre initiale irrégulière, sauf à ce que la régularisation de l'offre se traduise par la présentation d'une offre entièrement nouvelle..... 2

CJUE, 9 janvier 2025, C-578/23, Česká republika – Generální finanční ředitelství contre Úřad pro ochranu hospodářské soutěže : Une situation d'exclusivité ne peut justifier un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable que si le pouvoir adjudicateur n'est pas à l'origine de cette exclusivité. 5

CJUE, 16 janvier 2025, C-424/23, DYKA Plastics NV contre Fluvius System Operator CV : Les spécifications techniques ne peuvent imposer un matériau en particulier sauf si cela résulte de l'objet même du marché. 8

CE, 30 décembre 2024, n°491818, Chambre d'agriculture de l'Orne et n°492012, Chambre d'agriculture de région Normandie, classé B : Le maître d'ouvrage ne saurait rechercher la responsabilité des sous-traitants lorsqu'il a laissé prescrire l'action en responsabilité contractuelle qu'il pouvait exercer contre son ou ses cocontractants. 11

Décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux et Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique : Les décrets de simplification de la commande publique adoptés. 13

Brèves pour la période d'octobre 2024 à janvier 2025 : 15

CE, 30 décembre 2024, n°491266, *Société Ciné Espace Evasion*, classé B : L'autorité concédante peut admette à la négociation un soumissionnaire ayant remis une offre initiale irrégulière, sauf à ce que la régularisation de l'offre se traduise par la présentation d'une offre entièrement nouvelle.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Contrairement aux marchés publics, pour lesquels les acheteurs ont textuellement la possibilité de **proposer une régularisation de l'offre** quelle que soit la procédure, sauf pour les offres anormalement basses (Code de la commande publique, art. R. 2152-2, alinéa 2), **rien n'est prévu pour les concessions**, ni dans la Directive 2024/23.UE, ni dans le Code de la commande publique.

Il fallait donc d'abord décider du **principe de la possibilité de demander à régulariser** puis des **modalités de sa mise en œuvre** et **le Conseil d'Etat suit ici pleinement les conclusions de son rapporteur public Nicolas Labrune**.

Fort logiquement, ce dernier proposait d'admettre le principe d'une régularisation : cela a **déjà été admis pour les marchés publics avant qu'un texte ne le prévoie** (CE, 30 novembre 2011, *Ministre de la défense et des anciens combattants c/ EURL Qualitech*, n° 353121, T. p. 1008) et même plus tôt **s'agissant d'une pièce manquante dont l'autorité concédante pouvait se passer sous conditions** (*« que si cette insuffisance, d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation »* - CE 15 décembre 2006, *Société Corsica Ferries*, n°298618, p. 566). En outre, **aucune raison ne s'opposait à l'extension** de cette solution aux concessions, bien au contraire compte tenu de la souplesse des règles de passation des concessions comparées à celles des marchés publics. A cet égard, si l'article L. 3124-2 du Code de la commande publique impose à l'autorité concédante d'écarter les offres irrégulières ou inappropriées, *« cette disposition s'oppose seulement à ce que l'autorité concédante choisisse in fine une offre irrégulière mais ne fait pas obstacle à ce qu'elle invite le candidat concerné à régulariser son offre »* comme l'indique le rapporteur public, alors qu'une interprétation plus stricte et littérale aurait pu prévaloir.

Le rapporteur public ajoutait qu'il n'y a **aucune raison** non plus **d'exiger que cette invitation à régulariser soit faite avant d'entrer en négociation**. Autrement dit, la régularisation peut très bien être opérée pendant la négociation. Là encore, **les textes ne s'y opposent pas**, du moins grâce, là encore, à une interprétation constructive. S'il est prévu, au second alinéa de l'article L. 3124-1 du Code de la commande publique, que *« la négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation »*, cette prescription vise l'autorité concédante et non les candidats. Comme l'avait dit la CAA en appel, la régularisation a en effet pour objet *« non de modifier les caractéristiques minimales des documents de la consultation, mais de rendre l'offre conforme à ces caractéristiques »*. D'un point de vue logique, le rapporteur public ajoute qu'*« il serait absurde d'imposer à l'autorité concédante de s'arrêter à l'offre initiale et de l'écarter d'emblée si elle méconnaît certaines exigences du règlement de la consultation alors même que la négociation peut faire évoluer très*

substantiellement cette offre ».

Il restait à **déterminer les conditions de mise en œuvre** de cette faculté. Bien sûr, l'autorité concédante sera **tenue de rejeter les offres qui sont demeurées irrégulières à l'issue de la négociation**. Bien sûr, **le principe d'égalité devra s'appliquer** ici, c'est-à-dire que **l'invitation à régulariser devra être envoyée à tous les candidats dont l'offre n'est pas régulière** (CE, 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré et la Flotte-en-Ré*, n°223481, p. 265 : il n'est pas permis à la personne délégante de proroger, au bénéfice d'une seule des entreprises, le délai de remise des offres).

Mais, de manière inédite, le Conseil d'Etat fait découler de ce principe d'égalité de traitement **une limite** à la faculté d'inviter à régulariser : il s'oppose à ce que l'autorité concédante puisse *« retenir un candidat dont la régularisation de l'offre se traduirait par la présentation de ce qui constituerait une offre entièrement nouvelle »*. La formule diffère de celle retenue par l'article R. 2152-2 précité, selon lequel la régularisation de l'offre ne peut avoir *« pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles »*.

Cette formulation traduit incontestablement une **approche plus flexible qu'en matière de marchés publics**, ainsi qu'il résulte des conclusions qui expliquent, à titre de comparaison, comment la jurisprudence a déjà admis une interprétation souple du contenu de ce qui peut être négocié : possibilité de présenter des offres finales dont le montant est très inférieur au montant de ses offres initiales (CE, 9 août 2006, *Compagnie Générale des Eaux*, n°286107, 286108, inédite) ou de modifier le montant de la redevance domaniale qu'il se propose de verser au titre d'une convention de délégation de service public emportant également autorisation d'occupation du domaine public (CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagus*, n°407099, T. p. 768). Mais il existe bien des limites à la négociation, d'ailleurs introduite par la Cour de justice : il y a impossibilité de « négocier avec les soumissionnaires des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives prévues par les spécifications techniques du marché » (CJUE, 5 décembre 2013, *Nordecon AS*, n° C561/12).

Peut-être que cette formulation aurait été préférable que celle d'*« offre entièrement nouvelle »* aux contours encore plus flous nous semble-t-il, même à la lecture des conclusions.

En l'espèce, le Conseil d'Etat juge qu'on pouvait régulariser l'offre d'un candidat à la gestion d'un cinéma dont l'offre initiale n'intégrait pas dans ses prévisions financières le paiement du droit d'entrée de 70 000 € pourtant prévu par le cahier des charges. Il n'y avait donc pas *« offre entièrement nouvelle »* en l'espèce.

On remarquera que **le Conseil d'Etat ne reprend pas**, par ailleurs, **la réserve de l'article R. 2152-2** précité concernant les offres anormalement basses et pour cause, ayant déjà jugé que « la prohibition des offres anormalement basses et le régime juridique relatif aux conditions dans lesquelles de telles offres peuvent être détectées et rejetées ne sont pas applicables, en tant que tels, aux concessions » (CE, 26 février 2020, *Commune de Saint-Julien-en-Genevois*, n° 436428). Le « en tant que tels » pourrait signifier qu'a contrario une autorité concédante pourrait (voire devrait) écarter une offre si elle traduit un abus de position dominante au sens de la jurisprudence rendant opposable le droit de la concurrence aux personnes publiques (CE, Sect., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*).

Il reste que cette faculté de demander à régulariser, inscrite dans les textes (marchés publics) ou

impliquée par les textes nous dit ici le Conseil d’Etat (concessions) pose question : ne faudrait-il pas prévoir une obligation de demander à régulariser à l’heure où l’un des objectifs de la future réforme des Directives européennes est de renforcer la concurrence ?

CJUE, 9 janvier 2025, C-578/23, Česká republika – Generální finanční ředitelství contre Úřad pro ochranu hospodářské soutěže : Une situation d'exclusivité ne peut justifier un marché sans publicité ni mise en concurrence préalable que si le pouvoir adjudicateur n'est pas à l'origine de cette exclusivité.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le **recours à un marché de maintenance informatique sans publicité ni mise en concurrence**, passé en 2016 pour un montant de 1,3 millions d'euros, a été **motivé par des raisons tenant à la fois à la continuité technique** entre le système d'information en cause et **sa maintenance** et à **la protection des droits d'auteur exclusifs** de la société sur le code source de ce système puisque cette société est titulaire des droits de licence pour ledit système. Le contrat avait été initialement conclu en 1992 entre l'administration fiscale tchèque et la société IBM. La Cour interprète restrictivement la notion, contenue dans la Directive 2004/18 (article 31, point 1, sous b), applicable à l'espèce mais reprise en substance dans l'article 32 de la Directive 2014/24/UE, *« des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité »* conduisant à ce que le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé :

« Un pouvoir adjudicateur est tenu de faire tout ce qui est susceptible d'être raisonnablement attendu de lui pour éviter l'application de l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18, et ce afin de recourir à une procédure plus ouverte à la concurrence. Or, il serait incompatible avec cette exigence de permettre à un tel pouvoir adjudicateur d'appliquer cette disposition alors que la création ou le maintien de la situation d'exclusivité qu'il invoque à cet effet lui est imputable, du fait, notamment, que, afin d'atteindre le résultat visé par le marché concerné, ce pouvoir adjudicateur n'avait pas besoin de générer une telle situation d'exclusivité ou qu'il disposait de moyens réels et raisonnables du point de vue économique pour mettre fin à une telle situation.

(...) il incombe de déterminer si le comportement de ce pouvoir adjudicateur, notamment lors de la conclusion d'un contrat antérieur ayant donné lieu au marché public concerné, est à l'origine de l'apparition d'une situation d'exclusivité et (...) également examiner si la perpétuation d'une telle situation d'exclusivité jusqu'à la décision dudit pouvoir adjudicateur de suivre la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché est due à l'action ou à l'inaction de ce même pouvoir adjudicateur ».

Pour arriver à ce considérant de principe, **la Cour commence à étendre une condition, initialement prévue seulement pour les cas d'urgence impérieuse, au cas de droits d'exclusivité** :

« tenir compte exclusivement de la différence des libellés de l'article 31, point 1, sous b), et de l'article 31, point 1, sous c), de la directive 2004/18 pourrait aboutir à méconnaître, d'une part, la nécessité d'interpréter strictement l'article 31 de cette directive et, d'autre part, l'objectif principal des règles de l'Union en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des produits et des services ainsi que l'ouverture des marchés publics à la concurrence dans tous les États membres. »

C'est là l'apport principal de l'arrêt car la Cour avait déjà jugé qu'il fallait **particulièrement justifier la non concurrence pour des marchés de maintenance informatique** :

« En effet, il importe de relever que, loin de faire état de recherches sérieuses que la DZBW aurait menées au niveau européen, après avoir décidé de remplacer le logiciel en question, pour identifier des entreprises à même de fournir un logiciel adapté, la République fédérale d'Allemagne s'est bornée à rejeter la fonctionnalité du produit d'une entreprise concurrente de l'AKDB au niveau national » (CJUE, 15 octobre 2009, Commission/Allemagne, C-275/08, EU:C:2009:632, points 57 à 64). »

Il faut donc **désormais vérifier si la création ou le maintien de la situation d'exclusivité est imputable au pouvoir adjudicateur**, c'est-à-dire vérifier si *« ce pouvoir adjudicateur n'avait pas besoin de générer une telle situation d'exclusivité ou qu'il disposait de moyens réels et raisonnables du point de vue économique pour mettre fin à une telle situation »*. Cela s'inscrit finalement **dans la lignée du considérant 50** de la Directive 2014/24 (alors qu'en l'espèce c'était la directive 2004/18 qui était applicable) mais aussi l'article 32, 2, b, III qui dispose, après la référence à l'exclusivité comme justification d'un marché sans publicité ni mise en concurrence, que : *« Les exceptions indiquées aux points ii) et iii) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché »*.

Plus concrètement, cela veut dire que **la situation d'exclusivité créée initialement ou maintenue ultérieurement n'est pas**, pour autant, **automatiquement imputable au pouvoir adjudicateur**. En effet, le pouvoir adjudicateur soutenait qu'il avait tenté de mettre un terme à la situation d'exclusivité, mais que **la société a refusé de transférer les droits d'auteur patrimoniaux sur le code source du système d'information** en cause, de sorte que, à défaut d'opter pour la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, ce système d'information serait devenu inutilisable, empêchant ainsi l'administration fiscale de mener à bien sa mission. Aussi la Cour conclut qu' *« il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, compte tenu des circonstances entourant la conclusion du contrat initial et, en particulier, de celles qui caractérisaient la période située entre le 1er mai 2004 et le 1er mars 2016, la situation d'exclusivité invoquée par la DGF pour justifier l'application de l'article 31, point 1, sous b), de la directive 2004/18 était imputable à celle-ci, notamment en ce que la DGF disposait de moyens réels et raisonnables du point de vue économique pour mettre fin à cette situation d'exclusivité au cours de ladite période avant de décider d'avoir recours à la procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché »*. Mais, on voit que la **charge de la preuve appartient au pouvoir adjudicateur**.

Est indifférent à cet égard le fait qu'à l'époque où le premier contrat a été signé le droit européen des marchés publics ne s'appliquait pas, la république tchèque ayant adhéré à l'UE en 2004, dès lors que la situation d'exclusivité a perduré après 2004.

La Cour invite donc à vérifier l'existence de *« moyens réels et raisonnables du point de vue économique pour mettre fin à cette situation d'exclusivité »*. Ce standard ne sera sans doute **pas facile à mettre en œuvre en pratique** : cela suppose d'apprécier le surcout lié à la mise en place d'un système entièrement nouveau mais qui devra être particulièrement important puisque les hypothèses de marché sans publicité ni mise en concurrence doivent être d'interprétation stricte comme le rappelle la Cour.

Une solution alternative pour maintenir un système informatique mis en place sans cession de tous les droits pourrait être la modification du marché initial, par allongement de sa durée, au nom des «

services devenus nécessaires » (R. 2194-2 CCP : *« à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial »*). Mais, d’une part, l’impossibilité pour raisons économiques semble même plus exigeante que le standard des « moyens réels et raisonnables » précité, d’autre part, le montant de la prolongation ne pourrait être supérieur à 50 % de la valeur du marché initial (R. 2194-3 CCP) pour les pouvoirs adjudicateurs.

Cette jurisprudence doit donc amener les autorités contractantes à réfléchir à deux fois avant de signer des contrats avec des clauses d’exclusivité ou des droits de propriété intellectuelle qui risquent d’empêcher une remise en concurrence périodique et, dans l’impossibilité de faire autrement, d’assurer une traçabilité des conditions initiales de concurrence à l’effet de prouver ultérieurement que le « marché » ne permettait pas de solutions alternatives. Elle pose aussi la question de la propriété de la donnée générée par un contrat public, du moins en dehors des CCAG qui transfèrent en général à la personne publique la propriété « des résultats ». Dans le cadre d’une concession, le Conseil d’Etat a pu voir des biens de retour dans la création de films promotionnels et de pages de réseaux sociaux (CE, 16 mai 2022, *Commune de Nîmes c/ Société Culturespaces*, n° 459904), ce qui pourrait s’étendre, probablement, aux fichiers clients détenus par le titulaire précédent.

CJUE, 16 janvier 2025, C-424/23, DYKA Plastics NV contre Fluvius System Operator CV : Les spécifications techniques ne peuvent imposer un matériau en particulier sauf si cela résulte de l'objet même du marché.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La Cour de justice **renforce les exigences en matière de spécifications techniques au nom de la concurrence**, au **risque de réduire les marges de manœuvre des acheteurs publics**. Une autorité contractante avait exigé l'utilisation de tuyaux en grès pour les systèmes d'évacuation des eaux usées et de tuyaux en béton pour les systèmes d'évacuation des eaux pluviales, l'utilisation d'autres matériaux n'étant autorisée que dans des circonstances techniques particulières. Une société fabriquant des tuyaux en plastique contestait ces spécifications techniques.

La Cour lui donne raison en jugeant que :

« 1/ L'article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE doit être interprété en ce sens que l'énumération, à cette disposition, des méthodes de formulation des spécifications techniques est exhaustive, sans préjudice des règles techniques nationales obligatoires qui sont compatibles avec le droit de l'Union, au sens de ladite disposition, et sans préjudice de l'article 42, paragraphe 4, de cette directive.
2/ L'article 42, paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas, sans ajout de la mention « ou équivalent », préciser, dans les spécifications techniques d'un marché public de travaux, de quels matériaux les produits proposés par les soumissionnaires doivent être constitués, à moins que l'utilisation d'un matériau déterminé découle inévitablement de l'objet du marché, aucune alternative fondée sur une solution technique différente n'étant envisageable.
3/ L'article 42, paragraphe 2, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec l'article 18, paragraphe 1, de cette directive, doit être interprété en ce sens que :
l'obligation de donner aux opérateurs économiques une égalité d'accès aux procédures de passation de marchés publics et l'interdiction de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence, énoncées à cette dernière disposition, sont nécessairement méconnues lorsqu'un pouvoir adjudicateur élimine, par une spécification technique qui n'est pas compatible avec les règles énoncées à l'article 42, paragraphes 3 et 4, de ladite directive, certaines entreprises ou certains produits ».

Le raisonnement est le suivant : l'article 42.1 de la Directive 2014/24/UE indique que les spécifications techniques *« définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures »* mais dans son article 42.2, il est ajouté que : *« Les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès à la procédure de passation de marché et n'ont pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence »*.

Aussi, la Cour commence à répondre à la première question posée, consistant à **savoir si les deux méthodes de formulation des spécifications techniques** prévues à l'article 42, paragraphe 3, de la directive 2014/24 **sont exhaustives**, ce à quoi elle répond par l'**affirmative** fort logiquement. Pour

rappel, les spécifications techniques sont formulées soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles soit par référence à des spécifications techniques (normes nationales transposant des normes européennes, évaluations techniques européennes, spécifications techniques communes, normes internationales, autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation, ou, en leur absence, normes nationales, agréments techniques nationaux ou spécifications techniques nationales) ou par une combinaison de ces deux méthodes.

Ensuite, elle examine la question de **savoir si les pouvoirs adjudicateurs peuvent préciser**, dans les spécifications techniques d'un marché public de travaux, **de quels matériaux les produits proposés par les soumissionnaires doivent être constitués**. Elle commence par affirmer que *« les pouvoirs adjudicateurs jouissent d'une large marge d'appréciation à ce sujet, qui est justifiée par le fait qu'ils connaissent le mieux les fournitures dont ils ont besoin et les exigences auxquelles il doit être satisfait afin d'obtenir les résultats souhaités, la directive 2014/24 pose néanmoins certaines limites qu'ils doivent respecter. Ceux-ci doivent veiller, conformément à l'article 42, paragraphe 2, de la directive 2014/24, lu en combinaison avec l'article 18, paragraphe 1, de celle-ci, à ce que les spécifications techniques donnent aux opérateurs économiques une égalité d'accès aux procédures de passation de marchés et n'aient pas pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence »*. De même, le considérant 74 de cette directive implique que les spécifications techniques formulées en vue de la passation d'un marché public doivent ouvrir ce marché public à la concurrence et donc **permettre que soient présentées des offres qui reflètent notamment la diversité des solutions techniques existant sur le marché** (CJUE, 25 octobre 2018, *Roche Lietuva*, C-413/17).

Ensuite, **l'inclusion**, dans les spécifications techniques, **d'une référence** *« à une fabrication ou [à] une provenance déterminée ou à un procédé particulier, qui caractérise les produits ou les services fournis par un opérateur économique spécifique »*, ou *« à une marque, à un brevet, à un type, à une origine ou à une production déterminée qui auraient pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits »* **est en principe interdite**, en vertu de l'article 42, paragraphe 4, de cette directive, *« à moins qu'elles ne soient justifiées par l'objet du marché »* dit la CJUE. Mais cette incise doit, *« sous peine de porter atteinte à l'objectif d'ouverture des marchés publics à la concurrence, être interprété de manière restrictive, de sorte qu'il couvre uniquement les situations dans lesquelles une exigence tenant à l'utilisation d'un produit d'un type ou d'une origine voire d'une marque déterminés, ou obtenu sur le fondement d'un brevet ou d'un procédé déterminés, découle inévitablement de l'objet du marché »* estime la Cour.

Autant on comprend le raisonnement principiel, autant **son application en l'espèce paraît**, de prime abord, **particulièrement exigeante** :

« Dans un cas tel que celui en cause dans l'affaire au principal, où il existe, dans le secteur économique concerné, des produits différenciables selon leur fabrication et, en particulier, le matériau dont ils sont constitués, l'exigence d'utiliser des produits constitués d'un certain matériau doit, ainsi que l'a fait observer M. l'avocat général aux points 72 et 73 de ses conclusions, être qualifiée de référence à un « type » ou à une « production déterminée » ayant « pour effet de favoriser ou d'éliminer certaines entreprises ou certains produits », au sens de l'article 42, paragraphe 4, première phrase, de la directive 2014/24, dès lors que cette référence conduit à éliminer les entreprises qui fournissent des produits constitués d'un matériau autre que celui exigé » (§ 57).

Autrement dit, **c'est la fonctionnalité d'un produit qui justifie une différentiation et non son**

matériau de fabrication. **Cela veut-il dire que le choix de tel ou tel matériau sera impossible ? Certainement pas si l'autorité contractante fixe des critères d'attribution qui pourraient être de nature à favoriser tel matériau, sans exclure les autres**. Mais appliqué à l'espèce, il n'est pas évident de mettre en avant de tels critères : le critère environnemental ne conduira pas nécessairement à favoriser le béton (même bas carbone) ou le grès par rapport au plastique, et même l'argument de durabilité, mis en avant par le pouvoir adjudicateur en l'espèce, est très relatif au vu de la résistance de certains plastiques.

Cette jurisprudence **doit conduire toute autorité contractante à se poser la question des matériaux qu'elle peut imposer ou non**, car seuls ceux « justifiés par l'objet du marché » seraient admissibles. La Cour donne quelques exemples :

« l'exigence relative à l'utilisation d'un matériau déterminé pour un marché public ou pour une partie de celui-ci peut, en particulier, découler inévitablement de l'objet du marché lorsqu'elle se fonde sur l'esthétique recherchée par le pouvoir adjudicateur ou sur la nécessité d'obtenir l'adéquation d'un ouvrage à son environnement, ou lorsque, au regard d'une performance ou d'une exigence fonctionnelle formulée en application de l'article 42, paragraphe 3, sous a), de cette directive, il est inévitable d'utiliser des produits constitués de ce matériau. En effet, dans de telles situations, aucune alternative fondée sur une solution technique différente n'est envisageable ».

Dans une affaire récente, une CAA a ainsi justifié le recours à un procédé électronique de traitement des remontés capillaires breveté au motif qu'*« les spécifications techniques contestées étaient justifiées par l'objet du marché dès lors qu'elles permettaient de garantir l'efficacité du procédé utilisé par le candidat »* (CAA Douai, 8 octobre 2024, n° 23DA00402, *Société Hygrotop Assèchement*).

Mais comme il y a lieu ici encore d'interpréter strictement cette hypothèse, imposer un matériau dans les spécifications techniques pourra s'avérer compliqué. A titre d'exemple, le choix d'un type toiture (tuiles, bac acier etc.) pour un bâtiment public ne semble pouvoir désormais être imposé, sous la seule réserve du respect du PLU.

On perçoit que la Cour cherche, ici, à renforcer la concurrence un an après le rapport de la Cour des comptes européennes qui a dénoncé un net recul de celle-ci dans le cadre des marchés publics de seuils européens. Elle souhaite aussi favoriser l'innovation, ainsi qu'elle l'affirme au paragraphe 61 :

« Ainsi, le pouvoir adjudicateur sera amené, conformément à l'objectif d'ouverture à la concurrence poursuivi par la directive 2014/24, à appliquer les critères d'attribution à une diversité d'offres, pouvant comprendre aussi bien celles qui proposent des produits constitués de matériaux dont l'utilisation est courante dans le secteur concerné que celles qui proposent des produits constitués de matériaux moins habituels, voire innovants. Le pouvoir adjudicateur donne ainsi aux opérateurs économiques intéressés la possibilité de démontrer l'équivalence de tels matériaux. »

Finalement, cette jurisprudence, bien que stricte, paraît justifiée ne serait-ce que cela pourrait permettre de faire découvrir des matériaux innovants ou des solutions innovantes, même si elle conduira inévitablement à une certaine complexification du processus d'achat.

CE, 30 décembre 2024, n°491818, Chambre d'agriculture de l'Orne et n°492012, Chambre d'agriculture de région Normandie, classé B : Le maître d'ouvrage ne saurait rechercher la responsabilité des sous-traitants lorsqu'il a laissé prescrire l'action en responsabilité contractuelle qu'il pouvait exercer contre son ou ses cocontractants.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La précision apportée ici concerne la **portée de la jurisprudence *Commune de Bihorel*** (CE, 7 décembre 2015, n° 380419, p. 425) dans laquelle il a été jugé *« qu'**il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il a conclu un contrat de louage d'ouvrage** »* mais *« qu'il lui est **toutefois loisible**, dans le **cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi-délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction** avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs »*. Cette possibilité de se retourner contre les sous-traitants a, comme l'explique très clairement le rapporteur public Nicolas Labrune, à nouveau suivi par le Conseil d'Etat, été introduite compte tenu du quasi bloc de compétence créé au profit de la juridiction administrative en matière de travaux publics, sauf si est en cause une action contractuelle entre deux personnes privées (TC, 2 juin 2008, *Souscripteurs des Lloyds de Londres*, n° 3621, p. 555) : auparavant, la compétence était judiciaire pour l'action en responsabilité extra contractuelle de la personne publique contre une personne privée ; or la Cour de cassation ouvre très largement cette action (Cass., Ass. plén., 12 juillet 1991, n° 90-13.602, Bull. Ass. plén. n° 5 ; Cass. Ass. plén., 9 octobre 2006, n° 05-13.255, Bull. Ass. plén. n° 9). Sans aller aussi loin, le Conseil d'Etat n'a pas voulu fermer la porte à cette action mais elle est alors, d'une part, conditionnée (manquement aux règles de l'art ou à des dispositions législatives ou réglementaires ou, depuis la jurisprudence la jurisprudence *CMEG* de 2021, manquement contractuel) et d'autre part, subsidiaire puisqu'ouverte seulement *« dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée »* comme rappelé plus haut. C'est ici que **l'arrêt commenté apporte une précision** : **fallait-il considérer que le fait que l'action contractuelle soit prescrite permettait d'ouvrir la voie à cette action quasi-délictuelle contre le sous-traitant ?**

Mais avant d'en arriver à cette réponse, la première étape consistait à **vérifier que l'action contractuelle était bien prescrite**, ce qui donne au passage l'occasion au Conseil d'Etat de faire application de la jurisprudence dégagée 10 jours plus tôt (*Société JSA Technology* et *Centre hospitalier du Sud Seine-et-Marne*, n° 475416 et n°488339 - cf. notre newsletter de décembre 2024) ou plus exactement à considérer que l'action décennale contre les constructeurs de l'article 1792-4-3 du Code civil n'était pas applicable, faute de réception des travaux, et qu'il y avait donc lieu d'appliquer la prescription quinquennale de droit commun de l'article 2224 du Code civil. Un débat avait toutefois lieu sur le point de départ de ce délai, le maître d'ouvrage public estimant qu'il n'avait *« une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de son dommage »* qu'à compter à la date du dépôt du rapport d'expertise, le 13 avril 2016, et non pas dès le constat d'huissier du 22 février 2010 à l'effet de faire constater des entrées d'air dans des fenêtres nouvellement changées. Le Conseil d'Etat juge que la Cour n'a pas dénaturé les faits en faisant partir ce délai du constat d'huissier, lequel, d'après le

rapporteur public, *« décrit de manière précise les désordres en cause, puisqu'il fait état du fort bruit généré par le vent dans les seules pièces où les nouvelles fenêtres ont été installées, alors même que le temps n'était que peu venteux »*. En outre, l'expertise avait été demandée au juge (judiciaire) par l'entreprise et non la personne publique, de sorte qu'elle ne pouvait se prévaloir d'une interruption de la prescription. Sans doute conscient de la fragilité de l'argument, le maître d'ouvrage public avait cherché à s'abriter (si l'on ose dire) derrière le fait que les nuisances sonores relevées dépassaient *« l'émergence globale définie par l'article R. 1336-7 du code de la santé publique »*, n'ayant eu connaissance de cette information qu'à la lecture du rapport d'expertise. Mais le rapporteur expliquait que ces seuils réglementaires n'étaient pas applicables en l'espèce, ne concernant que des bruits générés par des activités humaines.

Fallait-il, dans un second temps, jugé que l'action subsidiaire contre le sous-traitant était ouverte, c'est-à-dire que l'action contre le cocontractant ne pouvait être *« utilement recherchée »* en cas de sa prescription ? La réponse du Conseil d'Etat est **négative** et ce sont les conclusions qui nous en donne l'explication : *« vous avez entendu viser les cas où le cocontractant, par exemple, aurait disparu ou serait insolvable, c'est-à-dire les cas où l'inutilité de l'action contractuelle du maître d'ouvrage résulte d'une cause qui lui est extérieure. Mais vous n'avez certainement pas entendu que le maître d'ouvrage qui, par choix ou par négligence, s'est fermé l'action dont il disposait contre le titulaire du marché, puisse alors bénéficier d'une « session de rattrapage » contre le sous-traitant »*. Et de citer ensuite un jugement de TA et deux arrêts de CAA ayant déjà jugé en ce sens, outre celui frappé de ce pourvoi en cassation.

C'est finalement l'application fort logique de l'adage selon lequel **nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude** (*Nemo auditur*) qui était en jeu ici, même si le rapporteur public n'y a pas fait directement allusion dans ses conclusions.

Décret n° 2024-1217 du 28 décembre 2024 relatif au seuil de dispense de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés de travaux et Décret n° 2024-1251 du 30 décembre 2024 portant diverses mesures de simplification du droit de la commande publique : Les décrets de simplification de la commande publique adoptés.

► **Consulter le texte du décret n° 2024-1217.**
► **Consulter le texte du décret n° 2024-1251.**

Commentaire de la décision :

Le premier de ces deux décrets **pérennise le seuil de 100 000 euros pour la dispense de publicité et de mise en concurrence des marchés de travaux**. Mais cette pérennisation **pose question** : du reste, la synthèse de la consultation publique fait état d'interrogations sur le **risque de favoritisme**, au point que la DAJ a eu besoin de rappeler que, même en dessous de ces seuils, les principes fondamentaux de la commande publique (libre accès, égalité des candidats, transparence des procédures).
La **pérennisation** est d'ailleurs limitée à **une année**, alors que les précédentes fois la durée d'expérimentation était de deux ans.

L'autre décret, officiellement dit de simplification, prévoit **l'adoption de mesures dont certaines apportent une simplification**, **d'autres remplissent des objectifs plus larges**.

Au titre de la **simplification**, on peut ranger plusieurs mesures, à l'image de l'**augmentation du seuil de publicité et de mise en concurrence des marchés de défense ou de sécurité *« innovants »* à 300 000 euros** (80 000 par lots), même si elles ne concernent que ces marchés particuliers de l'Etat et que les projets *« innovants »* avec toutes les incertitudes qui entourent la notion.

Le décret dispose que **l'avance accordée au titre de la tranche précédente doit être intégralement remboursée pour qu'une nouvelle tranche puisse être versée** alors qu'auparavant les prestations exécutées au titre de la tranche précédente devaient avoir atteint 80 % du montant de celle-ci.

Au titre d'**autres objectifs**, on peut évoquer **la transposition**, prévue par les directives européennes marchés publics, **de la faculté reconnue à l'acheteur de choisir d'émettre des bons de commande en partie avec remise en concurrence préalable des titulaires** ou plus exactement de transformer ce qui était prévu comme un bon de commande par un marché subséquent avec **remise en concurrence pour une partie des prestations**. Cette possibilité doit cependant **avoir été prévue** par les acheteurs **dans les documents de marché** relatifs à l'accord-cadre en fonction de circonstances objectives, qui sont énoncées dans les documents de marché relatifs à l'accord-cadre. Ces documents doivent également en préciser les conditions. On ne peut pas vraiment parler de simplification si l'on en juge par les interrogations suscitées par cette possibilité dans la consultation publique mais plutôt de flexibilité. Du reste, la synthèse indique que : *« À la demande de nombreux acheteurs, le terme de « critères objectifs » a été remplacé par celui de « circonstances objectives » dans un souci de clarté »*.
À titre de flexibilité également, la **possibilité de constituer ou de modifier des groupements pendant les procédures négociées ou de dialogue compétitif** est introduite par ce décret, et même **étendue aux procédures adaptées avec négociation** à la suite de la consultation mais pas aux appels d'offres en raison d'une jurisprudence restrictive de la CJUE.

Au titre de la **promotion des PME**, le décret **abaisse le taux de la retenue de garantie** pour les PME de 5 **à 3 % pour certains marchés**. Cette disposition existait déjà pour les marchés de l'Etat et n'est pas étendue à tous les acheteurs mais seulement aux collectivités territoriales et leurs groupements et aux établissements publics administratifs de l'Etat, autres que les établissements publics de santé, mais seulement d'une certaine taille pour les deux catégories (ceux dont les charges de fonctionnement constatées dans le compte financier au titre de l'avant-dernier exercice clos sont supérieures à 60 millions d'euros). Toujours pour la promotion des PME, **pour les marchés globaux**, **la part qui doit revenir aux PME passe de 10 à 20 %**, même si est maintenue l'exception, introduite en même temps que l'obligation de 10 % par l'article 3 du décret n°2021-357 du 30 mars 2021 (*« lorsque la structure économique du secteur concerné ne le permet pas »*).

Le **délai de paiement pour les marchés de travaux et de maîtrise d'œuvre court à compter de la réception par le maître d'ouvrage du décompte général et définitif** mais cette disposition est **désormais ouverte à tous les acheteurs** et pas seulement aux personnes morales de droit public comme avant. Encore faut-il qu'un renvoi aux CCAG pertinents (ou équivalent comme les CCCG de SNCF réseau) soit opéré dans le contrat, ce qui pose la question de l'intérêt d'un tel article dans un Code alors que son application est conditionnée par l'existence d'une clause.

Enfin, **deux dispositions du projet de décret n'ont pas été reprises**, celle relative aux **primes dans les procédures concours** et sur les **modifications pour les prestations devenues nécessaires**.

La synthèse en donne les raisons. Sur les primes, bien qu'apportant une protection économique utile envers les opérateurs économiques, sa mise en œuvre pratique était questionnée, à l'image des cas dans lesquels le jury se réunirait après les 3 mois impartis dans le projet de décret. Peut-être qu'aussi le souci de préserver les deniers publics a prévalu. Sur les modifications pour prestations supplémentaires nécessaires, la double condition cumulative introduite par le projet de décret « n'apporte pas de souplesse supplémentaire au cadre actuel » d'après la synthèse. Il est vrai que cela aurait permis d'être en conformité avec la Directive, mais celle-ci est un peu illogique sur le sujet.

Brèves pour la période d'octobre 2024 à janvier 2025 :

Textes réglementaires

Arrêté du 13 janvier 2025 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées et à l'interdiction d'acquisition par l'Etat de produits en plastique à usage unique

► **Consulter l'arrêté.**

Résumé :

Un arrêté fixe les modalités de déclaration, par les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices de l'Etat, des collectivités territoriales et leurs groupements, de la part de la dépense annuelle consacrée à l'acquisition des produits ou catégories de produits énumérés en annexe du décret n° 2024-134 du 21 février 2024, décret relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées et à l'interdiction d'acquisition par l'Etat de produits en plastique à usage unique. Ce décret a été pris en application des dispositions de l'article 58 de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire. Cette déclaration doit être faite sur un portail national de données, en une fois, dans les six mois suivant le 31 décembre de l'année civile concernée. Les données déclarées pourront ensuite être utilisées pour évaluer l'impact du dispositif.

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 18 décembre 2024, n°485515 et 485539, *Société S-Pass*

► **Consulter la décision.**

Le maître d'ouvrage public ne peut réclamer une somme à l'entreprise principale si elle l'a touchée du sous-traitant quand bien même ce n'est pas prévu contractuellement.

« En se fondant, pour rejeter les conclusions de la société S-PASS tendant à ce qu'elle soit déchargée de cette part du différentiel que la CCPSV avait déjà obtenue du sous-traitant, sur le fait que l'article 11 du CCAP non plus qu'aucune autre stipulation du contrat ne prévoit le versement d'une part du différentiel par le sous-traitant, alors que cette circonstance ne saurait justifier que la CCPSV soit en droit de réclamer à la société S-PASS le versement d'une somme qu'elle a déjà obtenue de son sous-traitant, la cour a commis une erreur de droit. »

CE, 23 décembre 2024, n°491395 et 491396, *Société Vert Marine*

► **Consulter la décision n° 491395.**
► **Consulter la décision n° 491396.**

Pour apprécier le manque à gagner (évalué à 120 000 euros pour l'exploitation d'un centre aquatique) d'un candidat irrégulièrement évincé d'une délégation de service public, un juge peut tenir compte des résultats d'exploitation par la société attributaire et des éléments postérieurs à l'attribution tel que la crise sanitaire.

« En premier lieu, la cour administrative d'appel de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit en tenant compte, en plus des éléments que la société Vert Marine avait produits pour démontrer la réalité de son manque à gagner et justifier le montant de l'indemnisation qu'elle réclamait à ce titre, de ceux produits par la communauté de communes en défense, tirés des résultats de l'exploitation du centre aquatique par la société attributaire.10. En deuxième lieu, la cour n'a pas non plus commis d'erreur de droit en tenant compte, pour apprécier le caractère certain du préjudice subi par la société Vert Marine et évaluer son indemnisation, des éléments postérieurs à l'attribution du contrat tirés de l'incertitude sur la fréquentation de la piscine du fait de la situation sanitaire de l'année 2020 et des variations du coût de l'énergie » (n° 491395).

En revanche, « en se bornant à relever que la communauté de communes Cœur de Nacre soutenait en défense, sans être sérieusement contredite, que le montant du résultat brut évalué dans le compte prévisionnel ne pouvait être retenu compte tenu notamment de l'incertitude sur la fréquentation de la piscine du fait de la situation sanitaire des années 2020 et 2021, et en jugeant que le préjudice invoqué par la société Vert Marine n'était établi ni dans son principe ni dans son étendue, alors que les éléments que la société avait produits ne se limitaient pas à faire apparaître un résultat « brut » mais comportaient aussi les autres données comptables précédemment mentionnées, et que la circonstance tirée de la crise sanitaire ne pouvait, à elle seule, remettre en cause la réalité du préjudice subi par la société Vert Marine sur l'ensemble de la durée du contrat, la cour administrative d'appel de Nantes a dénaturé les pièces du dossier » (n° 491396).

CAA Lyon, 3 octobre 2024, n° 22LY02243, *Communauté de communes des Rives du Haut-Allier*

► **Consulter la décision.**

Il n'y a pas de faute suffisamment grave pour résilier un marché de maîtrise d'œuvre, en dépit de l'existence de plusieurs fautes dont celle du dépassement de l'enveloppe prévisionnelle.

« 16. Il résulte de l'instruction que les sociétés du groupement de maîtrise d'œuvre, dont les projets, dits " projet ligne " et " projet équerre ", ont été évalués à des montants de, respectivement, 5 209 500 euros HT et 4 919 000 euros HT, n'ont pas respecté l'enveloppe financière prévisionnelle, fixée à 3 900 000 euros HT pour la tranche ferme du projet. Toutefois, il résulte des dispositions de l'article 2 de la loi du 12 juillet 1985 qu'il appartient au maître de l'ouvrage, qui a pour mission d'arrêter l'enveloppe financière prévisionnelle du projet, de tirer les conséquences, avant l'engagement de la phase de projet, de l'inadaptation du montant de cette dernière, soit en modifiant le programme, soit en adaptant le budget alloué à l'opération. En l'espèce, il résulte de l'instruction, et, notamment, de la délibération du conseil communautaire du 28 février 2020, que le budget de l'opération a été porté, à programme identique, à 4 962 799 euros HT hors option. Si cette délibération, qui a été adoptée postérieurement à la décision de résiliation en litige, est par elle-même sans incidence sur le bien-fondé de cette dernière, son adoption permet en revanche de démontrer que le dépassement, par les projets des sociétés requérantes, du montant auquel elles s'étaient engagées ne résulte pas

d'un refus de leur part d'envisager des solutions techniques moins onéreuses, mais d'une estimation inadéquate, par le maître de l'ouvrage, du montant de l'enveloppe prévisionnelle au regard des prescriptions du programme. Dans de telles circonstances, le dépassement de cette enveloppe ne constitue pas une faute de nature à justifier la résiliation des marchés en litige. Il s'ensuit que la communauté de communes des Rives du Haut-Allier ne pouvait se fonder sur le non-respect de l'enveloppe budgétaire pour résilier ces derniers aux torts des sociétés titulaires. »

CAA Lyon, 3 octobre 2024, n° 24LY01277, *Société Gennetier*

► **Consulter la décision.**

La liquidation judiciaire ne rend pas sans objet le recours du mandataire judiciaire contre la résiliation pour faute.

« [...] la résiliation prononcée aux torts du titulaire est demeurée en vigueur à la date de l'ordonnance attaquée dans la mesure où, d'une part, le représentant du pouvoir adjudicateur n'avait pas à inviter le mandataire liquidateur désigné par le tribunal de commerce à poursuivre l'exécution des travaux, ce qu'il aurait dû faire si le marché n'avait pas déjà été résilié… et où, d'autre part, l'entreprise demeurait tenue d'assumer les conséquences onéreuses de cette résiliation prononcée à ses frais et risques. »

CAA Versailles, 17 octobre 2024, n° 22VE00945

► **Consulter la décision.**

Un critère de localisation géographique est justifié au regard de l'objet de la concession de dépannage autoroutier sans qu'il soit nécessaire de tenir compte des conditions de circulation.

« D'une part toutefois, le critère de la proximité géographique des installations des candidats est en lien en l'espèce avec l'objet et les conditions d'exécution du marché, qui imposent au concessionnaire, pour des raisons de sécurité, des interventions rapides limitées à trente minutes pour l'enlèvement des véhicules légers en panne ou accidentés sur des axes très fréquentés que sont notamment l'autoroute A6 ou les routes nationales n° 6 et 14. Les points de référence ont par ailleurs été définis par le pouvoir adjudicateur lors de réunions préparatoires en présence des forces de l'ordre, du gestionnaire de voirie et des organisations professionnelles de dépanneurs et fouriéristes et couvrent l'ensemble du secteur concerné de façon homogène. D'autre part, si un tel critère ne tient pas compte des conditions de circulation, celles-ci dépendent toutefois de facteurs multiples indépendants des candidats et ne pouvaient qu'être difficilement appréhendées par des mesures objectives au stade de la passation du contrat. En outre, il résulte de l'instruction que l'organisation des candidats, afin de garantir leur rapidité d'intervention, a été évaluée dans le cadre du second critère relatif à la " performance des moyens mis en œuvre par l'entreprise ", dont la note était identique à celle du critère géographique. Enfin, si la société soutient qu'il est courant en pratique pour ce type de prestations de stationner les véhicules de dépannages sur les axes fréquents d'enlèvement, cette seule affirmation, outre qu'elle n'est pas étayée, n'est pas de nature à établir que

le critère litigieux serait, en lui-même, discriminatoire ou ne permettrait pas de garantir la réalisation de l'objectif poursuivi. »

L'essentiel du droit des contrats publics, mars 2025, n° 14

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

Rapport de la Cour des comptes sur "Les délégations de gestion de services publics locaux" (Décembre 2024) : La Cour des comptes publie un important rapport sur « les délégations de gestion de services publics locaux » (Décembre 2024). 2

CE, 13 mars 2025, 498701, *Société Nord Sud Architecture*, classé B : Le délai de standstill ne s'applique pas au marché de maîtrise d'œuvre passé à l'issue d'un concours, même si l'acheteur se soumet volontairement à un tel délai. 5

CAA Marseille, 28 février 2025, 23MA01629, Société GVC Services : La procédure de choix d'un titulaire d'une convention d'occupation du domaine public doit respecter le principe de transparence qui s'applique aussi sur la composition de l'entité chargé du choix. 8

CAA Marseille, 3 mars 2025, 24MA00756, Société Suez Eau France : Une demande indemnitaire fondée sur l'interprétation d'une clause contractuelle n'a pas à respecter ni le délai de deux mois de l'article R 421-1 du CJA ni le délai « Czabaz ». 9

CJUE, 13 février 2025, *SIA*, C-684/23 : Un opérateur interne, au sens du règlement n°1370/2007, choisi sans mise en concurrence peut être candidat, sous conditions, à un contrat de transport par bus ouvert à la concurrence. 11

Brèves pour la période de novembre 2024 à mars 2025 : 13

Rapport de la Cour des comptes sur "Les délégations de gestion de services publics locaux" (Décembre 2024) : La Cour des comptes publie un important rapport sur « les délégations de gestion de services publics locaux » (Décembre 2024).

► **Consulter le rapport.**

Commentaire du rapport :

Une fois n'est pas coutume, ce n'est pas une source de droit positif que nous commentons. Néanmoins, on sait l'importance que revêtent les rapports de la Cour des comptes (et des CRCT), et sont un aspect de ce qu'on appelle parfois le droit souple qui produit des effets certes juridiquement non contraignants mais réels.

Ce rapport de 138 pages met en avant un **certain nombre de problématiques liées aux délégations de service public locaux et propose des solutions** pour y remédier, certaines supposant une intervention du législateur mais **beaucoup supposant une adaptation des comportements** des collectivités territoriales **ou des clauses** de leurs contrats. S'il commence par indiquer que les données de base ne correspondent pas à une véritable enquête statistique, il s'appuie néanmoins sur les constats de 117 rapports récents de chambres régionales des comptes traitant de délégations de gestion de services publics et sur une enquête nationale menée auprès des administrations de l'État et des associations de collectivités. La Cour note toutefois qu'*« en dehors, dans une certaine mesure, des domaines de l'eau, de l'assainissement et des déchets, les données relatives à la place, au montant, à la durée et à l'environnement concurrentiel des délégations de service public font largement défaut »*.

Du reste, c'est sur le **défaut d'information sur l'exécution des DSP** que les principales critiques portent. Si les usagers du service sont souvent associés au suivi des délégations, par la voie d'enquêtes de satisfaction, voire par leur participation à des instances de gouvernance (comités d'usagers, représentants d'habitants), une acception plus large de la qualité du service, s'étendant à la sécurité des usagers et aux incidences du service sur l'environnement, serait nécessaire. S'agissant de l'information des collectivités locales, on est surpris d'apprendre qu'il y a souvent *« absence de compte d'exploitation prévisionnel »* ce qui, sans surprise cette fois, *« amoindrit la transparence des contrats et facilite la constitution de marges peu visibles »*. De même, bien que le droit positif prévoie désormais un accès aux données pendant l'exploitation de la délégation, *« des dispositions restrictives empêchent encore les collectivités d'accéder à première demande à des données importantes pour leur contrôle du fonctionnement et de la situation économique des délégations »* et il conviendrait aussi que le droit positif (ou, peut-on ajouter, des clauses) porte de six à dix-huit mois avant l'échéance du contrat de délégation le délai minimal pour la transmission par l'entreprise délégataire à la collectivité délégante du fichier des abonnés, des caractéristiques des compteurs et, le cas échéant, des plans des réseaux d'eau et d'assainissement. Le contrat devrait aussi contenir la liste et les modalités de la tenue d'un inventaire précis des différentes catégories de biens immatériels (comme les logiciels) et matériels de l'activité déléguée pour faciliter les opérations de fin des contrats.

S'agissant justement de la **fin des contrats**, les collectivités *« devraient prévoir dès le contrat initial les conséquences financières et matérielles d'une résiliation anticipée pour motif d'intérêt général à leur*

initiative, à un moment où elles sont placées dans un rapport plus favorable avec les entreprises délégataires qu'elles ont choisies », ce qui semble exister en pratique tout de même assez fréquemment, et aussi qu' *« elles conviennent avec les entreprises délégataires, une à deux années avant le terme du contrat de délégation, d'un protocole de fin de contrat »*, ce qui **semble assez courant également en pratique**, **même si ces protocoles ne sont pas toujours prévus dans les clauses initiales et que**, **quand ils le sont**, **ne sont pas toujours mis en œuvre**.

Sur les **aspects financiers**, il est reproché que de **nombreux apports sont faits aux délégataires confrontés à une situation imprévisible**, comme celle de la covid-19, et que les *« compensations de service public ont été maintenues malgré l'interruption de certains services ont permis à certaines entreprises délégataires de réaliser des bénéfices importants »*, alors que les collectivités bénéficient souvent de manière insuffisante des gains imprévus réalisés par les délégataires, faute d'intéressement aux bénéfices excédant un certain seuil, ce qui existe quand même parfois en pratique. Et il n'y a pas systématiquement de pénalités garantissant un bon suivi et, quand elles existent, elles ne sont pas toujours appliquées.

Mais la **phase de passation** n'est pas en reste. La Cour estime que **les études préalables à la passation des DSP devraient être plus fréquentes et plus approfondies** afin de permettre aux collectivités de choisir le mode de gestion le mieux adapté à leurs services publics. *« Dans cet objectif, le contenu du rapport à présenter à l'assemblée délibérante au titre d'une première délégation ou du renouvellement d'une délégation de gestion d'un service public devrait être précisé dans les textes »*. Les données de la concurrence – ou de son insuffisance - sont impressionnantes : en 2022 et 2023, il y a eu moins de deux offres par consultation ; dans plus d'un tiers des cas, une seule offre a été déposée et la présentation de plus de deux offres est constatée seulement dans un cas sur quatre à cinq. Les raisons : *« certaines collectivités ne stimulent pas toujours suffisamment la concurrence, voire la restreignent : absence d'allotissement de prestations qui pourraient être scindées sur le plan géographique ou fonctionnel, période et durée de mise en concurrence inadéquates, conditions acceptées lors de la négociation avec l'entreprise retenue qui modifient substantiellement les termes de la mise en concurrence initiale, etc. Si une mise en concurrence est obligatoire dans ce cas de figure, la présence de sociétés d'économie mixte limite de fait sa portée, notamment lorsque de grands opérateurs nationaux participent à leur capital. Au-delà, les chambres régionales des comptes détectent dans le cadre de leurs contrôles des irrégularités avérées »*. Le recours aux cabinets de conseil pour la préparation et la passation est encouragé, à condition de veiller aux risques de conflits d'intérêt avec les candidats. Une autre atteinte à la concurrence est la durée jugée excessive de la plupart des DSP, notamment quand on y ajoute les avenants de prolongation. Les raisons de cette absence peuvent aussi se trouver dans la charge administrative des procédures de passation pour des entreprises petites ou moyennes.

Pour finir, le rapport fait des **recommandations d'évolutions législatives et d'autres des pratiques contractuelles**, seules ces dernières retenant ici notre attention car immédiatement applicables :

« 1. Prévoir systématiquement dans les contrats de délégation de service public des clauses garantissant aux entités locales délégantes un retour financier lorsque le résultat dépasse significativement les prévisions initiales ou actualisées.
2.Définir systématiquement dans les contrats de délégation de service public des pénalités proportionnées à l'absence de réalisation par l'entreprise délégataire des objectifs fixés par le contrat et les appliquer de même systématiquement.
3. Dans le cadre du contrat initial et d'avenants à celui-ci, négocier étroitement le niveau de la

rentabilité de la délégation de gestion, y compris après déduction des frais de siège et des achats de biens et de services facturés par des sociétés de l'entreprise délégataire au-delà des prix observables sur les marchés concernés.
4. Dans le cadre du contrat de délégation de service public ou d'avenants ultérieurs, définir exhaustivement les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public visées par l'article L . 3131-2 du code de la commande publique qui sont communiquées à l'autorité délégante.
5.Dans le cadre du contrat de délégation de service public et de ses avenants ultérieurs, identifier précisément les biens de retour, de reprise et propres à l'entreprise délégataire, immatériels comme matériels, prévoir les modalités d'un suivi détaillé de l'inventaire de ces trois catégories de biens et assurer ce suivi tout au long de la vie du contrat.
6. Prévoir dès le contrat initial les conséquences d'une résiliation anticipée de la délégation de service public pour l'entreprise délégataire et l'autorité délégante.
7. Conclure avec l'entreprise délégante, une ou deux années à l'avance, un protocole d'accord visant à sécuriser le bon fonctionnement du service public jusqu'au terme de la délégation et la transmission des informations nécessaires à la continuité du service ».

Ce rapport servira sans doute à pousser les parties à adopter ces recommandations alors que certaines parties, publiques ou privées, pouvaient être récalcitrantes jusqu'alors à mettre en place certaines bonnes pratiques, à l'image du compte d'exploitation prévisionnel ou du protocole de fin de contrats.

CE, 13 mars 2025, 498701, *Société Nord Sud Architecture*, classé B : Le délai de standstill ne s'applique pas au marché de maîtrise d'œuvre passé à l'issue d'un concours, même si l'acheteur se soumet volontairement à un tel délai.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le Conseil d'Etat suit ici les conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune, proposant de rejeter le pourvoi du conseil du requérant qui avait pourtant fait flèche de tout bois. Le requérant avait été désigné lauréat d'un concours avec un autre candidat, et une négociation s'était engagée avec les deux lauréats pour attribuer le marché de maîtrise d'œuvre, débouchant sur le choix du 2eme candidat alors que le requérant avait été classé 1er du concours. Après rejet d'un référé précontractuel en raison de la signature du marché, le requérant avait déposé un référé contractuel arguant de ce que le délai de standstill n'avait pas été respecté.

Le **premier moyen** tenait donc à la **qualification**, jugée erronée selon le pourvoi, **par le juge du référé contractuel de *« procédure passé sans publicité ni mise en concurrence »*** alors qu'on sait que le délai de standstill ne s'applique qu'aux seules *« procédures formalisées »* (article R. 2182-1 CCP). Le rapporteur public rejette tant les arguments de droit interne que de droit européen. Sur le **droit interne**, la lecture combinée de différents articles pouvait conduire à juger que l'on était bien en présence d'une **procédure non formalisée** : alors que le Code classe le concours dans les techniques d'achats et non dans les procédures, l'article R. 2122-6 ajoute que *« L'acheteur peut passer un marché de services sans publicité ni mise en concurrence préalables avec le lauréat ou l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations »*. En sens inverse, l'article R. 2172-2 dispose que *« Pour les acheteurs soumis au livre IV, [c'est-à-dire les maîtres d'ouvrage], les marchés de maîtrise d'œuvre qui répondent à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée sont négociés en application de l'article R. 2122-6, avec le ou les lauréats d'un concours restreint organisé dans les conditions des articles R. 2162-15 à R. 2162-21 »*. Mais pour le rapporteur public, cet article a *« pour unique objet de rendre obligatoire le concours pour la passation des marchés de maîtrise d'œuvre dont le montant est supérieur aux seuils européens, sous réserve de certaines exceptions énumérées dans les alinéas qui suivent, et la référence à la procédure formalisée n'a pas d'autre signification »*.

Les arguments de **droit européen** ne le convainquent pas davantage, quand bien même le conseil du requérant avait habilement essayé d'invoquer le fait qu'il fallait interpréter le droit interne à la lumière du droit européen car il ne pouvait pas, au seul stade de la cassation, soulever l'inconventionnalité du droit interne. L'article 2 ter de la directive dite *« recours »*, lequel résulte de la directive 2007/66/CE du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE prévoit la possibilité de dérogations au délai de standstill dans plusieurs hypothèses, parmi lesquelles le cas prévu au a), à savoir *« si la directive 2004/18/CE n'impose pas la publication préalable d'un avis de marché au Journal officiel de l'Union européenne »*. Or le 4 de l'article 32 de la Directive 2014/24 prévoit qu' *« Il est possible de recourir à la procédure négociée sans publication préalable pour des marchés publics de services lorsque le marché considéré fait suite à un concours organisé conformément à la présente directive et est, en vertu des règles prévues dans le cadre du concours, attribué au lauréat ou à un des lauréats de ce concours »*. Le rapporteur public ajoutait toutefois :

« Certes, il est vrai par ailleurs, ainsi que le fait valoir le pourvoi, que l'article 79 de la même directive prévoit que : « Les pouvoirs adjudicateurs qui entendent organiser un concours font connaître leur intention au moyen d'un avis de concours », lequel doit le cas échéant indiquer s'ils « entendent attribuer un marché de services ultérieur en vertu de l'article 32, paragraphe 4 ». Mais il nous semble que cet avis de concours ne doit pas être confondu, compte tenu de l'économie générale des dispositions de la directive, avec l'avis de marché : les concours sont effectivement soumis à la publication préalable d'un avis de concours, mais les marchés passés à leur suite avec un lauréat de ce concours ne sont en revanche pas soumis à la publication préalable d'un avis de marché. Or c'est bien au seul avis de marché que fait référence l'article 2 ter de la directive « recours », de sorte que le marché conclu avec le lauréat d'un concours nous paraît bien entrer dans le champ de l'exception au respect d'un délai de « standstill » prévue au a) des dispositions de cet article ».

Il **rejette enfin un certain nombre d'arguments d'opportunité** mis en avant par le requérant, dont un fait débat : *« Un lauréat du concours ne pourrait donc se prévaloir utilement, selon nous, que de manquements postérieurs à la décision de l'acheteur de le déclarer lauréat. Mais, puisque la phase de négociation et de passation du marché postérieure au concours est dispensée de toute nouvelle formalité de publicité et de mise en concurrence et qu'on ne saurait violer des règles qui ne s'appliquent pas, des manquements de l'acheteur public à ses obligations postérieurement au concours, s'ils ne sont sans doute pas radicalement impossibles, ne peuvent être que rares »*. On ne saurait trop souligner que, bien que dispensé de publicité et de mise en concurrence, le principe d'égalité s'applique, tout comme le principe d'impartialité, dont le non-respect doit pouvoir être sanctionné. Or, même s'il est vrai que, comme le dit le rapporteur public, le référé contractuel est ouvert tout comme le recours *Tarn et Garonne*, cela n'a rien de comparable.

Cette lecture littérale et combinée des deux directives et des textes de droit interne, si elle se conçoit peut-être juridiquement, aboutit néanmoins à cette situation paradoxale que le lauréat d'un concours éliminé de la course à un marché de maîtrise d'œuvre se trouvera en pratique bien souvent moins bien placé que les candidats éliminés au stade du concours : il ne pourra déposer un référé précontractuel que si le marché n'a pas été signé avant. On aurait d'ailleurs pu avoir une approche, plus conforme à l'interprétation téléologique du droit de l'Union européenne que pratique la CJUE : *« il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, de tenir compte, non seulement des termes de celle-ci, mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie »* (CJUE, 21 décembre 2023, *Dobeles Autobusu Parks e.a.*, C-421/22, EU:C:2023:1028, point 40 ainsi que la jurisprudence citée).

Le Conseil d'Etat juge en outre, répondant à un **second moyen**, que **l'acheteur public n'est pas tenu par le délai de standstill qu'il avait annoncé**. Il ne s'agit que de l'application de la décision *Grand Port maritime du Havre* du 19 janvier 2011 (n° 343435, p. 11) disposant que la loi fixe limitativement les manquements qu'il entre dans l'office du juge du référé contractuel de sanctionner et qu'en conséquence ce délai n'est pas applicable si la personne publique méconnaît un délai de suspension qu'elle a elle-même librement fixé alors que rien ne l'y contraignait (pour une délégation de service public, CE, 25 octobre 2013, *Commune de la Seyne-sur-Mer*, n° 370393, T. p. 704 et, pour un marché passé selon une procédure adaptée, CE, 17 décembre 2014, *Communauté de communes du canton de Varilhes*, n° 385033). On peut y voir une dérogation au principe jurisprudentiel selon lequel l'administration doit en principe respecter les règles de procédure qu'elle a décidé librement de s'imposer (en matière de passation de contrat, CE, 10 octobre 1994, *Ville de Toulouse*, n°108691, T. p. 746).

Le pourvoi entendait invitait cependant le Conseil d'Etat à revenir sur cette jurisprudence, ce que rejette le rapporteur public en reprenant les arguments de Gilles Pellissier dans de précédentes conclusions :

« la circonstance qu'un pouvoir adjudicateur ait informé un candidat évincé de qu'il suspendrait la signature du contrat pendant un certain délai ne saurait avoir pour effet de rendre applicables à ce contrat des dispositions qui ne lui sont pas applicables et, si ce choix de la personne publique de suivre une procédure peut l'obliger à la respecter, il ne saurait en revanche modifier les compétences du juge ».

On aurait pu avoir une autre approche, pour qui s'attache à l'idée de sécurité juridique : cette jurisprudence, même confirmée ici, n'est pas toujours connue et une telle annonce est de nature à laisser légitimement croire que le requérant a le temps de déposer un référé précontractuel…avant de se trouver forclos si le marché a été signé dans l'intervalle comme en l'espèce.

CAA Marseille, 28 février 2025, 23MA01629, Société GVC Services : La procédure de choix d'un titulaire d'une convention d'occupation du domaine public doit respecter le principe de transparence qui s'applique aussi sur la composition de l'entité chargé du choix.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le commentaire est disponible à l'AJDA.

CAA Marseille, 3 mars 2025, 24MA00756, Société Suez Eau France : Une demande indemnitaire fondée sur l'interprétation d'une clause contractuelle n'a pas à respecter ni le délai de deux mois de l'article R 421-1 du CJA ni le délai « Czabaz ».

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

À vrai dire, **la question allait de soi pour une demande indemnitaire qui aurait été faite après l'entrée en vigueur de l'article 24 du décret du 7 février 2019** qui a ajouté un dernier alinéa à l'article R 421-1 du CJA selon lequel *« Le délai prévu au premier alinéa n'est pas applicable à la contestation des mesures prises pour l'exécution d'un contrat »*.

Mais les faits de l'espèce étaient antérieurs. Un délégataire avait d'abord demandé au juge d'interpréter une clause de son contrat, ce qui avait donné lieu à un arrêt du Conseil d'Etat renvoyant à la CAA de Marseille le soin de réinterpréter ladite clause en raison d'une dénaturation. Celle-ci a estimé, par un arrêt n° 17MA04419 du 13 avril 2018 devenu définitif, que le délégataire pouvait percevoir le produit de la *« part fonctionnement »* des contributions dues par certaines communes. La société Suez a alors obtenu du tribunal administratif de Nice la condamnation de la communauté d'agglomération à lui verser une somme de 2 245 284,90 euros TTC, jugement dont il a été fait appel.

La commune ayant (uniquement) soulevé la forclusion, l'apport de l'arrêt est de rejeter celle-ci.

En effet, la Cour juge *« les dispositions des articles R. 421-1 et R. 421-2 du code de justice administrative sont inapplicables aux mesures prises pour l'exécution d'un contrat, ainsi que l'a depuis précisé l'article R. 421-1 du code de justice administrative dans sa rédaction issue de l'article 24 du décret du 7 février 2019. En l'absence de stipulation contractuelle le prévoyant, aucun délai de recours n'a donc commencé à courir »*, y compris le délai « *Czabaj* » (CE Ass. 13 juillet 2016, n° 387763) précise la cour.

Pour le rapporteur public François Point, que nous remercions vivement pour la transmission de ses conclusions, *« le dernier alinéa de l'article R.421-1, qui n'est entré en vigueur qu'à compter du 10 février 2019, n'a fait qu'éclaircir la portée du texte, les décisions mentionnées au premier alinéa de l'article R. 421-1 du code de justice administrative ne désignant que les actes unilatéraux de l'administration »*. Et de citer un arrêt, mentionné aux tables, ayant jugé que *« que la procédure de réclamation préalable décrite ci-dessus, notamment le délai de six mois pour saisir le juge du contrat à la suite de la notification à l'entrepreneur de la décision prise sur les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général, résulte des clauses contractuelles auxquelles ont souscrit les parties en signant le marché, qui organisent ainsi des règles particulières de saisine du juge du contrat ; que, dès lors, si en vertu des dispositions alors applicables de l'article R. 104 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, désormais reprises à l'article R. 421-5 du code de justice administrative, les délais de recours contre les décisions administratives ne sont opposables qu'à la condition d'avoir été mentionnés, ainsi que les voies de recours, dans la notification de la décision, ces dispositions n'étaient pas applicables au rejet par le maître de l'ouvrage de la réclamation préalable formée par les entrepreneurs à l'encontre du décompte général »* (CE, 29 décembre 2008, *M. Jean-Jacques Bondroit*, n° 296948).

Il est vrai cependant que le Conseil d'Etat a pu juger que ce délai *Czabaj* jouait, pour un recours *Tropic* ou *Tarn-et-Garonne*, dans le cas où la publicité du contrat n'a pas été régulière mais où le requérant a, néanmoins, eu connaissance de sa conclusion (CE 19 juillet 2023, *Société Seateam Aviation*, n° 465308 ; CE 19 juillet 2023, *Société Prolarge*, n° 465309). Mais l'on peut admettre que cette jurisprudence vaut sauf texte contraire et que tel était certainement le cas, même implicitement, de l'article R 421-1 du CJA avant le décret du 7 février 2019 : par *« décision »*, le texte visait probablement celles prises dans un cadre extracontractuel, même s'il est vrai que des *« décisions »* de la personne publique sont bien prises dans le cadre de l'exécution de contrats administratifs.

CJUE, 13 février 2025, *SIA*, C-684/23 : Un opérateur interne, au sens du règlement n°1370/2007, choisi sans mise en concurrence peut être candidat, sous conditions, à un contrat de transport par bus ouvert à la concurrence.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cette affaire permet d'**illustrer certaines spécificités du règlement européen n°1370/2007** du 23 octobre 2007 relatif aux **services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route**. La question posée par une juridiction lettone portait sur les **conditions de mise en œuvre d'une relation *« in house »*** compte tenu de certaines exigences de ce règlement. En effet, si la possibilité de passer un **contrat sans publicité ni mise en concurrence** est prévue par ce règlement, c'est **sous de strictes conditions**. Si le règlement fait allusion à la nécessité d'un contrôle analogue, il ajoute que l'opérateur interne et toute entité sur laquelle celui-ci a une influence, même minime, exercent leur activité de transport public de voyageurs sur le territoire de l'autorité locale compétente, nonobstant d'éventuelles lignes sortantes et autres éléments accessoires à cette activité se prolongeant sur le territoire d'autorités locales compétentes voisines, et ne participent pas à des mises en concurrence concernant la fourniture de services publics de transport de voyageurs organisés en dehors du territoire de l'autorité locale compétente. Par ailleurs, *« un opérateur interne peut participer à des mises en concurrence équitables pendant les deux années qui précèdent le terme du contrat de service public qui lui a été attribué directement, à condition qu'ait été prise une décision définitive visant à soumettre les services de transport de voyageurs faisant l'objet du contrat de l'opérateur interne à une mise en concurrence équitable et que l'opérateur interne n'ait conclu aucun autre contrat de service public attribué directement »*.

La principale question posée était la suivante : lorsqu' un opérateur interne auquel a été précédemment attribué directement un contrat de service public par une autorité locale compétente, participe à une procédure d'attribution par voie de mise en concurrence, doit-on vérifier qu'il respecte ces conditions ?

Pour la Cour :

« d'une part, les autorités compétentes, lorsqu'elles envisagent d'attribuer un contrat de service public de transport de voyageurs relevant du champ d'application dudit règlement, sont tenues d'avoir recours soit à la procédure d'attribution directe, soit à la procédure d'attribution par voie de mise en concurrence, et, d'autre part, lorsque ces autorités optent pour cette dernière procédure, elles doivent l'ouvrir à tout opérateur, y compris aux opérateurs internes relevant d'autres autorités compétentes ayant bénéficié d'une attribution directe par celles-ci. Il ressort ainsi du libellé des dispositions pertinentes du règlement no 1370/2007 que l'article 5, paragraphe 2, troisième alinéa, sous c), de ce règlement énonce des conditions de validité des seules procédures d'attribution directe, si bien que la participation d'un opérateur interne ayant bénéficié d'une telle attribution directe à une procédure d'attribution par voie de mise en concurrence, au sens de l'article 5, paragraphe 3, dudit règlement, en violation de l'une des conditions énoncées à cet article 5, paragraphe 2, troisième alinéa, sous c), est uniquement susceptible d'affecter la validité de cette attribution directe, mais non celle de sa participation à la procédure d'attribution par voie de mise en concurrence ».

Au passage, la cour précise bien que ce règlement ne s’applique qu’aux contrats de transport qui ont la qualité de concessions, et que cette notion doit s’interpréter à la lumière de la directive 2014/23. Si le contrat est qualifiable de marché, le règlement ne s’appliquera pas.

Brèves pour la période de novembre 2024 à mars 2025 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 25 févr. 2025, 490616, *Société Entreprise rénovation génie civil*

► **Consulter la décision.**

La résiliation aux torts exclusifs ne rend pas inutile les prestations exécutées avant la résiliation et qui doivent donc être payées, quitte à ce qu'une action en responsabilité pour faute soit engagée ultérieurement.

« Pour juger que la commune de La Croix-Valmer n'était pas tenue de payer à la société ERGC le prix des prestations d'études que le groupement titulaire du marché avait réalisées avant la résiliation de celui-ci, la cour administrative d'appel de Marseille a relevé que ces prestations avaient été privées d'utilité pour la commune en raison de cette résiliation et que, dès lors que celle-ci avait été prononcée aux torts exclusifs du titulaire, ce dernier n'avait pas droit à être rémunéré des prestations en cause, rendues inutiles par sa seule faute. En statuant ainsi, alors que la résiliation du contrat ne faisait pas perdre au titulaire son droit contractuel au paiement des prestations qu'il avait exécutées avant cette résiliation, fût-elle prononcée à ses torts exclusifs, le maître d'ouvrage ayant la faculté de rechercher par ailleurs, le cas échéant, la responsabilité contractuelle du titulaire s'il estime que ces prestations se sont révélées inutiles par sa faute, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit. »

Trib. UE, 18 déc. 2024, T-776/22, *TP c/ Commission*

► **Consulter la décision.**

L'exclusion du membre d'un groupement pour manquement grave lors d'un précédent marché nécessite une appréciation individualisée.

« 81 Les déclarations de la Commission lors de l'audience corroborent l'analyse du contenu de la décision attaquée. En effet, les motifs de la décision attaquée relatifs aux conditions prévues à l'article 136, paragraphe 1, sous e), du règlement financier 2018 et, en particulier, au constat du manquement de la requérante à ses obligations contractuelles figurent dans les première et troisième parties de cette décision, qui en compte six. Or, s'agissant, tout d'abord, de la première partie de la décision attaquée, il y est fait référence, d'une part, au « contractant », appellation par laquelle est désigné, par convention figurant au considérant 1 de la décision attaquée, le consortium, et, d'autre part, à la requérante « en tant que partie du contractant », c'est-à-dire en tant que membre solidairement responsable du consortium, ainsi qu'il ressort d'une lecture d'ensemble de la décision attaquée, laquelle est confirmée par le point 24 du mémoire en défense. Par conséquent, dans la première partie de la décision attaquée, il n'est fait référence qu'à des comportements attribués au consortium. En particulier, aux considérants 20 à 22 de cette décision, il est indiqué, en ce qui concerne les conclusions figurant dans la sentence partielle du tribunal arbitral, que le « contractant » a été reconnu responsable entièrement ou partiellement des défauts de l'ouvrage et qu'il a été constaté qu'il avait manqué à plusieurs de ses obligations contractuelles. S'agissant, ensuite, de la troisième partie de la décision attaquée, consacrée à l'évaluation de la situation factuelle sur laquelle la

Commission s'est fondée pour constater un manquement de la requérante à ses obligations contractuelles, il n'y est fait référence qu'aux manquements de la requérante « en tant que partie du contractant », c'est-à-dire en tant que membre solidairement responsable du consortium. Tel est le cas, en particulier, aux considérants 84 à 92 de la décision attaquée, auxquels la Commission, en reprenant les conclusions figurant dans la décision partielle du tribunal arbitral, a rappelé quelles obligations contractuelles avaient été méconnues. S'agissant, enfin, d'une lecture d'ensemble de la décision attaquée, il n'apparaît pas que, pour constater un manquement de la requérante à ses obligations contractuelles, la Commission se soit fondée sur d'autres constats que ceux opérés par le tribunal arbitral. Or, il résulte des deux sentences du tribunal arbitral que celui-ci s'est prononcé sur la responsabilité contractuelle solidaire des membres du consortium, sans distinguer la responsabilité individuelle de chacun d'eux.

82 Il résulte de ce qui précède que, aux fins de l'application de l'article 136, paragraphe 1, sous e), du règlement financier 2018, la Commission s'est fondée sur la responsabilité conjointe et solidaire de la requérante, en tant que membre du consortium, sans prendre en compte son comportement individuel.

83 Il résulte de tout ce qui précède, dès lors que l'ordonnateur compétent, avant d'adopter, sur le fondement de l'article 136, paragraphe 1, sous e), du règlement financier 2018, une mesure d'exclusion à l'égard d'une personne ou d'une entité, doit évaluer le comportement de cette personne ou de cette entité de manière concrète et individualisée, à la lumière de tous les éléments pertinents (voir point 74 ci-dessus) et que, en l'espèce, la Commission s'est bornée à se fonder sur la responsabilité conjointe et solidaire de la requérante, en tant que membre du consortium, sans prendre en compte son comportement individuel (voir point 82 ci-dessus), que le premier moyen invoqué par la requérante est fondé. »

CAA Paris, 18 déc. 2024, 23PA01591, *Société Onet Services*

► **Consulter la décision.**

Le titulaire d'un marché de service à prix forfaitaire a droit au paiement convenu même en cas de suspension temporaire à la suite d'un dégât des eaux.

« Il résulte de l'instruction que la rémunération du marché avait en l'espèce fait l'objet, pour sa part forfaitaire, d'un prix global et annuel, avec une facturation mensuelle par douzièmes. En vertu des dispositions précitées, l'ordre donné, sans référence au contrat, par l'EPDDCSI à la société Onet Services de suspendre pour partie les prestations des mois de mars et avril 2021, qui équivalait à une diminution de la quantité des prestations exécutées au cours de l'année 2021, était ainsi sans incidence sur le prix du marché et le droit de la société au paiement d'un douzième du prix convenu pour ces deux mois. En tout état de cause, il résulte de l'instruction, qu'eu égard à la nature de la prestation et à celle du sinistre à l'origine de la fermeture, le prestataire a nécessairement dû, à la reprise de son intervention le 26 avril 2021, effectuer des travaux supplémentaires pour compenser un défaut partiel d'entretien durant un peu plus de sept semaines. L'EPDDCSI n'est donc pas fondé à se prévaloir de la règle du service fait pour justifier la suspension du versement du prix forfaitaire du marché. »

CAA Versailles, 18 déc. 2024, 22VE02630

► **Consulter la décision.**

Indemnisation du concurrent irrégulièrement évincé d'un dialogue compétitif, l'offre retenue étant supérieure au maximum budgétaire annoncé par l'acheteur public.

« Il est constant qu'à l'issue de la dernière phase de négociation, l'offre finale du groupement Snøhetta, même après déduction du coût des travaux de désamiantage de 480 000 euros HT, était d'un montant supérieur à 28 millions d'euros HT. Du fait de cette irrégularité et de l'impossibilité de négocier après la fin de la dernière phase de négociation, la commune de Nanterre n'avait d'autre choix que de rejeter cette offre. Elle ne peut utilement faire valoir qu'aux termes de cette offre, un travail de concertation et des études approfondies devaient être menés afin de rentrer dans l'enveloppe de 28 millions d'euros HT et qu'in fine, l'acte d'engagement signé postérieurement fixe l'enveloppe financière prévisionnelle à 28 millions d'euros HT. »

CAA Bordeaux, 6 nov. 2024, 22BX03145

► **Consulter la décision.**

Le motif d'intérêt général justifiant un abandon de projet entrainant une résiliation unilatérale est soumis à un contrôle approfondi.

« 3. Il résulte de l'instruction, et en particulier de la décision du 16 avril 2019, que le pouvoir adjudicateur a décidé d'abandonner le projet de travaux en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution de la phase réalisation et d'une évolution du besoin. Il en résulte également, d'une part, que, malgré les travaux ayant conduit à la définition du projet de rénovation et de sécurisation de l'accueil du commissariat de police de Pessac, le SGAMI Sud- Ouest a été confronté, pendant la phase de conception du marché, à une évolution des besoins des services utilisateurs en termes de sécurité des installations n'entrant pas dans les prescriptions techniques du contrat qui, contrairement à ce que soutient la société Roncarolo, ne résulte pas d'une insuffisante définition de l'objet du marché. D'autre part, il résulte des nombreux échanges intervenus entre le SGAMI Sud-ouest et la société Roncarolo que les difficultés de cette dernière pour établir une décomposition du prix forfaitaire et global (DPGF) conforme à l'acte d'engagement ne sont pas exclusivement imputables à cette évolution du périmètre des prestations. Ainsi, en l'absence de faute démontrée de l'administration dans la préparation du marché, la société Roncarolo, qui ne conteste pas que la poursuite du marché aurait conduit à une modification substantielle des prestations par rapport aux besoins exprimés lors de la consultation, n'est pas fondée à soutenir que la décision du SGAMI Sud-Ouest d'abandonner le projet ne répondait pas à un motif d'intérêt général. Elle n'est donc pas fondée à demander que la résiliation soit requalifiée aux torts de l'administration. »

CAA Toulouse, 3 déc. 2024, 22TL21574

► **Consulter la décision.**

Il y a partage de responsabilité, suite à l'effondrement d'un mur, entre le maitre d'ouvrage public et le maitre d'œuvre privé qui n'assurait pas la direction des travaux.

« 10. Il résulte de l'instruction, et notamment du rapport établi par l'expert désigné en référé par le tribunal administratif de Montpellier, que le sinistre s'est produit le 14 mars 2012, sur la section 2 du projet, laquelle était constituée d'un mur de soutènement au pied duquel se trouvait un perré et d'un rideau de palplanches pour la réalisation de quais d'appontage des bateaux. Ce désordre a consisté dans le basculement du mur de soutènement vers le canal, ce qui a provoqué une fracture dans le corps de remblai de l'ancienne chaussée. Cet accident, qui a conduit à l'arrêt des travaux, puis à la résiliation du marché, a pour cause, selon les conclusions du rapport d'expertise, les vibrations importantes produites par l'utilisation d'un matériel de vibro-fonçage inadapté, conjugué à la consistance sablonneuse du sol. Si la société IGIOA soutient qu'elle a, à plusieurs reprises, demandé la réalisation de sondages supplémentaires, les documents auxquelles elle se réfère sont antérieurs à la signature du marché de maîtrise d'œuvre du 23 novembre 2010, lequel avait précisément pour objet la confirmation des choix techniques du projet. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que, comme le relève l'expert dans son rapport, les deux expertises géotechniques établies par la société Hydrogéotechnique en 2002 et 2009, dont la société IGIOA soutient qu'elle les a intégrées dans le dossier de consultation des entreprises, ont porté sur la section 1 du projet et non sur la section 2 concernée par l'accident survenu le 14 mars 2012. À cet égard, il ne résulte pas de l'instruction que la société IGIOA aurait demandé la production d'études géotechniques concernant la section 2 de l'ouvrage propres à prévenir la réalisation de l'accident survenu le 14 mars 2012. Dans ces conditions, les désordres consécutifs au basculement du mur de soutènement engagent la responsabilité contractuelle de la société Igioa vis-à-vis du département de la Haute-Garonne. Toutefois, il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'expertise, que les désordres en litige ont aussi pour cause les fautes commises par l'entreprise Bauland dans l'exécution des travaux de fonçage, cette dernière ayant choisi un matériel de vibro-fonçage inadapté à la nature du sol. De même, les désordres en cause engagent la responsabilité du département de l'Hérault, maître d'ouvrage s'étant réservé la mission de direction de l'exécution des travaux. Dans les circonstances de l'espèce, au regard des conclusions du rapport d'expertise qui ne sont pas sérieusement contestées, il sera fait une juste appréciation de la part de responsabilité devant revenir à la société IGIOA en la fixant à 50 % du montant des préjudices subis par le département. »

CAA Versailles, 14 nov. 2024, 21VE02630

► **Consulter la décision.**

Il n'y a pas de fait du prince pour des concessionnaires de parkings faute d'imprévisibilité dans le cas de la réduction de circulation.

« 5. La société Indigo Infra France soutient que les mesures de restriction de la circulation automobile édictées par la Ville de Paris dans le centre de la capitale postérieurement à la conclusion des contrats telles que, notamment, le réaménagement et la piétonnisation des voies sur berges rive droite en 2012 et rive gauche en 2013, la fermeture définitive du transit nord-sud dans le tunnel des Halles en 2015, l'adoption par délibération du " programme 2015 de zone 30 " visant à favoriser le

déplacement " doux ", de même que l'adoption du plan vélo 2015-2030 et la création d'une zone de circulation restreinte par arrêté en 2007, n'étaient prévisibles, ni dans leur principe, ni dans leurs effets et qu'il existe une corrélation déterminante entre la diminution de la circulation automobile à Paris et celle de la fréquentation horaire des parcs de stationnement Lobau et Madeleine qu'elle exploite. Il résulte toutefois de l'instruction que la Ville de Paris avait engagé une politique publique de réduction de la circulation automobile bien avant la signature des contrats de concession en cause, dont la société requérante ne pouvait ignorer les effets, à moyen et long terme, à la date de leur signature. Dès le 1er octobre 2007, le conseil de Paris avait en effet adopté un Plan climat de déplacement dont l'objectif était la réduction des émissions de gaz carbonique des véhicules circulant dans Paris intra-muros à raison de 25 % à l'horizon 2013 et de 60 % en 2020, en donnant la priorité aux moyens de transport alternatifs à la voiture. Le 14 avril 2010, soit avant la signature des contrats de concession en cause, le maire de Paris avait également annoncé dans la presse le projet de la Ville de reconquérir les berges de la Seine en réduisant la circulation automobile rive droite, et en interdisant la circulation rive gauche. Cette politique de baisse de la circulation automobile dans la capitale ne pouvait être ignorée par la société requérante en sa qualité de professionnelle du secteur du stationnement en milieu urbain, attributaire de plusieurs concessions pour l'exploitation de parkings bien antérieurement à 2011. Surtout, il résulte de l'instruction que les dossiers de consultation remis aux candidats lors de la passation des marchés en cause mentionnaient les objectifs de la Ville de Paris consistant à favoriser une baisse de la circulation automobile et faisaient obligation aux attributaires de s'inscrire dans la démarche du Plan climat adopté visant, notamment, à renforcer les offres de transports alternatifs ou le covoiturage. Ainsi, si le trafic automobile a diminué en moyenne de 3,4 % par an entre 2011 et 2019, l'affirmation voire l'accentuation de cette baisse ne pouvait être ignorée par la société requérante lorsqu'elle s'est engagée, comme l'ont retenu à bon droit les premiers juges, au point 4 de leur jugement. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction que la part des pertes d'exploitation et du manque à gagner imputable aux mesures incriminées serait d'une ampleur suffisante pour caractériser une atteinte à l'équilibre économique des contrats de concession de nature à ouvrir un droit à indemnisation de la société Indigo Infra France sur le fondement du fait du prince. 6. Au surplus, s'il résulte de l'instruction qu'au cours de la période considérée d'exécution des contrats, la maire de la Ville de Paris a continué d'adopter des mesures restreignant la circulation automobile à proximité des secteurs concernés, il n'est pas établi que les déficits d'exploitation enregistrés seraient directement imputables auxdites mesures. En effet, par les pièces qu'elle produit, la société requérante n'établit pas que la baisse de fréquentation des parcs Lobau et Madeleine résulterait directement et/ou exclusivement de la politique incriminée de la Ville et non d'autres facteurs, tels que l'existence d'offres concurrentes plus attractives, l'amélioration des modes de transport en commun, ou encore l'augmentation des tarifs horaires appliqués dans les parcs de stationnement en cause les rendant moins attractifs. Au demeurant, il résulte de l'instruction que le chiffre d'affaires dû aux abonnements souscrits au sein du parc Madeleine-Tronchet a atteint en 2019 un montant supérieur à celui de 2012. Aussi, la corrélation déterminante entre la diminution de la fréquentation horaire des parcs et la diminution du trafic automobile dans Paris n'est pas établie de façon certaine. »

CAA Versailles, 14 nov. 2024, 21VE02630

► **Consulter la décision.**

Il y a partage de responsabilité, entre le concédant et le concessionnaire, en cas de résiliation imposée par un tribunal à la suite d’avenants ayant illégalement modifié le contrat de concession et la provision pour gros entretien et renouvellement constitue un bien de retour.

« 17. En premier lieu, il résulte de l'instruction, en particulier des deux jugements susvisés du tribunal administratif de Cergy-Pontoise du 19 décembre 2014, que les avenants n° 3 et n° 9 à la convention de concession de chauffage urbain ont substantiellement modifié l'équilibre financier de cette convention et prolongé sa durée pour une période supplémentaire de 17 ans dans des conditions de nature à les faire regarder comme constituant de nouveaux contrats. Le tribunal administratif a jugé que les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales ne permettaient pas la conclusion de tels avenants et que la délibération du conseil municipal du 21 décembre 2011 autorisant le maire à les signer n'avait pas respecté les règles de mise en concurrence préalable prévues par les dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales. Ainsi, en autorisant la signature de tels avenants, la commune de Clichy-la-Garenne a commis une faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de son ancien concessionnaire. 18. En second lieu, si la société SDCC fait valoir qu'il existait, avant l'intervention des jugements précités, une incertitude quant à la portée des dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales modifiées par la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour le logement, celles-ci ayant autorisé la prolongation d'une délégation de service public lorsque le délégataire est contraint, à la demande du délégant, de réaliser des investissements matériels non prévus au contrat initial de nature à modifier l'économie générale de la délégation et qui ne pourraient être amortis pendant la durée de la convention restant à courir que par une augmentation de prix manifestement excessive, elle a néanmoins elle-même commis une faute en signant de tels avenants dont elle ne pouvait exclure, compte tenu notamment de son expérience et de l'importance du groupe auquel elle appartient, qu'ils étaient susceptibles d'être regardés comme constituant un nouveau contrat. Toutefois, contrairement à ce que soutient la commune, il n'est pas établi que la société SDCC connaissait, dès l'origine, l'illégalité de ces avenants et qu'elle aurait manqué à son obligation de loyauté en s'abstenant d'en informer la commune. La société SDCC ne saurait davantage être regardée comme s'étant placée dans une situation illégitime excluant tout droit à réparation sur un fondement quasi-délictuel. Par ailleurs, un rapport d'observations provisoires de la chambre régionale des comptes d'Ile-de-France du 29 juillet 2016, non remis en cause par le rapport d'observations définitives qui suivra, indique que le conseil de ville lui a remis une note le 12 décembre 2011 l'incitant à signer ces avenants, ce conseil ayant joué " un rôle essentiel dans le choix de la solution qui a été ensuite annulée par le juge ". Dans les circonstances de l'espèce, la société SDCC ayant elle-même été assistée lors de la préparation de ces avenants de ses propres conseils, les parties doivent être regardées comme ayant contribué chacune pour moitié à la survenance des préjudices dont il est demandé réparation. (…) 24. Il résulte de l'instruction, en particulier des comptes rendus annuels établis par la société SDCC au titre des exercices 2012 et suivants, que le concessionnaire a constitué chaque année des provisions au titre des travaux de gros entretien renouvellement (GER). Au 31 décembre 2012, le solde de la provision GER s'établissait à la somme de 2 237 677 euros. Fin 2015, il s'élevait à la somme de 2 072 447 euros. Le compte rendu pour 2016 fait apparaître que le compte GER a été approvisionné d'un montant de 232 916 euros au titre de l'exercice 2016 et qu'il a fait l'objet d'une reprise de provision à hauteur de 396 064 euros pour la période allant du 1er janvier au 30 avril 2016. Ainsi, ce compte GER a permis au concessionnaire de financer les travaux de gros entretien renouvellement sur le réseau concédé au moins depuis 2012. En annexant à l'avenant n° 9 au contrat de concession, un compte d'exploitation prévisionnel faisant apparaître un compte " charges P3 GER ", la commune de Clichy-la-Garenne et la société SDCC ont entendu prévoir la constitution annuelle de provisions par le concessionnaire au titre des dépenses

de gros entretien renouvellement. D'ailleurs, l'article 6 de l'avenant n° 9 au contrat stipule que le concessionnaire s'engage à présenter à la collectivité les dépenses à réaliser en année N au titre du GER dans le dernier trimestre de l'année N-1 et que le concessionnaire et la collectivité s'engagent à revoir tous les trois ans, si nécessaire, le plan GER. A supposer même que les ouvrages restitués par l'ancien concessionnaire se trouvaient en bon état lors de la résiliation du contrat en 2016, ce que conteste cependant la société CEVE, la commune est fondée à demander la restitution des sommes ayant fait l'objet de provisions en vue de l'exécution de travaux de gros entretien renouvellement pour des montants excédant ce que ceux-ci exigeaient, conformément aux principes précédemment rappelés. Ainsi, alors même que le contrat de concession a été résilié avant son échéance prévue en 2032, la société SDCC n'est pas fondée à soutenir que leur restitution représente un enrichissement sans cause pour la commune voire pour le nouveau concessionnaire, aucun élément ne permettant de remettre en cause le bien-fondé des provisions constituées par la société SDCC. Par suite, la commune est fondée à demander la restitution du solde du compte GER. »

L'essentiel du droit des contrats publics, avril 2025, n° 15

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 17 mars 2025, n° 491682, *Société Eiffage Construction Sud-Est*, classé B : Le titulaire d'un marché de travaux à prix global et forfaitaire a droit au paiement des travaux supplémentaires faits à la demande, même verbale, du maître de l'ouvrage ou du maître d'œuvre. 2

CE 17 mars 2025, n° 492664, *Commune de Béthune*, classé A : La possibilité de regrouper plusieurs services publics dans un unique ensemble contractuel ne peut permettre de déroger aux règles qui s'imposent pour la dévolution et l'exploitation de ces services. 5

CJUE, 20 mars 2025, *Associazione Nazionale Italiana Bingo – Anib*, C-728/22 à C-730/22 : Il n'est pas possible de modifier des concessions par voie législative sans respecter les règles de modifications prévues par la directive concessions. 8

Règlements 2024/2747 du 9 octobre 2024, 2024/3110 du 27 novembre 2024 et 2025/40 du 19 décembre 2024 : L'impact de trois règlements européens sur les marchés publics. 11

Brèves pour la période de janvier à mars 2025 :..... 14

CE, 17 mars 2025, n° 491682, *Société Eiffage Construction Sud-Est*, classé B : Le titulaire d'un marché de travaux à prix global et forfaitaire a droit au paiement des travaux supplémentaires faits à la demande, même verbale, du maître de l'ouvrage ou du maître d'œuvre.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Pour bien comprendre la portée de cet arrêt, il faut partir de ce qui est jugé depuis longtemps, sur deux aspects, et de courants jurisprudentiels contradictoires sur un autre aspect.

Ce qui est bien établi depuis 1975, ce sont les deux situations suivantes : **si des travaux supplémentaires (ou modificatifs)**, c'est-à-dire non prévus au marché conclu à prix global et forfaitaire, **sont faits à la suite d'un ordre de service écrit**, le juge se borne à **appliquer le contrat** puisque l'actuel article 13 du CCAG travaux le prévoit – même s'il peut y avoir parfois débats sur le montant de ces « prix nouveaux » (article 13.3 du CCAG actuel) qu'impliquent ces travaux supplémentaires ou modificatifs. Le **non-paiement des travaux supplémentaires entraine la responsabilité contractuelle** pour faute de la personne publique (CE, 17 février 1978, *Société Compagnie française d'entreprises*, n° 99193, 99436, au Recueil). En revanche, des travaux supplémentaires faits **à l'initiative du titulaire n'ouvrent pas droit au paiement**, **sauf s'il est en mesure de prouver qu'ils étaient indispensables au regard des règles de l'art**, standard très exigeant. Le fondement de cette toute dernière solution a, un temps, été recherché dans l'enrichissement sans cause avant que l'arrêt Canari de l'abandonne, fort logiquement tant l'enrichissement sans cause vise généralement le cas de travaux accomplis en l'absence de marché ou de marché annulé, au profit de celle de la responsabilité contractuelle (CE, Section, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, n° 93704). Le caractère indispensable de tels travaux traduit un accord implicite des parties pour que de tels travaux soient compris dans l'objet du contrat, sans pour autant être compris dans le prix global et forfaitaire initial... En quelque sorte, ces travaux supplémentaires auraient dû être prévus dans le contrat initial et correspondent à des travaux supplémentaires tacitement et obligatoirement ajoutés au marché, à condition d'en augmenter le prix. Seule l'opposition expresse de la personne publique fait obstacle à ce paiement (CE, 2 juillet 1982, *Société routière Colas*, n° 23653, au Recueil ; CE, 27 mars 2020, *Société Géomat*, n° 426955, aux Tables).

La troisième situation concerne le cas intermédiaire, c'est-à-dire **la zone grise** : **des travaux non prévus au contrat ont été accomplis, sans être prévus par un ordre de service écrit ni être indispensables à l'exécution du contrat dans les règles de l'art**. En pareil cas, **deux courants jurisprudentiels se dégageaient** de la jurisprudence. Le premier, présenté comme *« binaire »* par le rapporteur public Nicolas Labrune dans ses conclusions limpides, considère que la troisième situation n'ouvre pas droit à paiement, seules les deux premières la permettant. Du moins cela pouvait résulter de la rédaction de certains arrêts, il est vrai par une interprétation a contrario toujours délicate pour le premier : le CCAG *« ne fait pas obstacle à l'indemnisation de travaux supplémentaires réalisés sans ordre de service du maître d'ouvrage, mais indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art »* (CE, 14 juin 2002, *Ville d'Angers*, n° 219874, T. p. 812). Plus nettement, toutefois, par une décision *Société Entrasudo* (CE 3 octobre 1979, n°08585, aux Tables), le Conseil d'État a pu conclure qu'*« en l'absence d'un ordre conforme aux stipulations contractuelles (…) l'entrepreneur n'est en droit*

d'obtenir (…) que le paiement de travaux supplémentaires qui se seraient révélés indispensables à l'exécution de l'ouvrage suivant les règles de l'art » et que tel était le cas de travaux *« effectués seulement sur l'ordre de l'architecte de l'opération ou en accord avec lui »*. On comprend que la CAA de Marseille ait pu en déduire que la demande en l'espèce devait être rejetée, ce que casse ici le Conseil d'État.

Car c'était ignorer un **autre courant jurisprudentiel plus généreux résultant de l'arrêt *Canari*** lui-même : le rapporteur public Labrune indiquait ainsi que *« la lecture binaire de la décision Commune de Canari est abusive, cette décision, de même que son fichage, faisant bien référence à la possibilité d'un ordre verbal et n'exigeant la preuve du caractère indispensable des travaux supplémentaires que lorsque l'entreprise n'a reçu aucun ordre du maître d'ouvrage sous quelque forme que ce soit »* et d'ajouter à propose de l'arrêt le plus problématique, *Société Entrasudo* précité, *« son fichage permet d'en comprendre mieux la portée réelle : la décision n'envisage en réalité qu'un cas particulier où les stipulations du marché faisaient obstacle à l'indemnisation de travaux supplémentaires accomplis sans l'ordre du représentant du maître de l'ouvrage et à la seule demande de l'architecte »*. On peut ajouter qu'un arrêt, certes classé C, allait dans le sens de la lecture trinaire ici adoptée : dans un arrêt de 2022, il était indiqué que *« l'entreprise peut également solliciter l'indemnisation des travaux supplémentaires utiles à la personne publique contractante lorsqu'ils sont réalisés à sa demande »*, laquelle peut émaner de son maître d'œuvre (CE, 10 juin 2022, *Société VATP*, n°451334).

On doit remarquer toutefois que **le Conseil d'État ne reprend pas cette condition de l'utilité des travaux** dans l'arrêt commenté pour se cantonner à celle de la « demande » de la personne publique :

« Lorsque le titulaire d'un marché public de travaux conclu à prix global et forfaitaire exécute des travaux supplémentaires à la demande, y compris verbale, du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre, il a droit au paiement de ces travaux, quand bien même la demande qui lui en a été faite n'a pas pris la forme d'un ordre de service notifié conformément à ce que prévoient en principe les stipulations du cahier des clauses administratives générales ».

En somme, le fait que le CCAG ne prévoit que le cas de l'ordre de service écrit ne signifie pas pour autant qu'il interdit une demande verbale, qu'elle émane du maître de l'ouvrage ou du maître d'œuvre. Tout est certes alors affaire de preuve, mais il n'y avait pas de débats en l'espèce. Cette preuve peut, par exemple, résulter *« des observations du maître d'œuvre, agissant pour le compte du maître de l'ouvrage, sur le projet de décompte final établi par la société »* (arrêt *Société VATP* précité). On peut imaginer qu'en fait tout moyen de preuve pourrait être rapporté, comme des emails, des comptes-rendus de chantier, voire des témoignages d'autres entreprises. En revanche, le Conseil d'État ne semble pas inclure le cas d'un accord tacite, contrairement, par exemple, à l'acceptation tacite des sous-traitants 21 jours après l'envoi des documents les concernant (R. 2193-4 CCP).

Cette interprétation souple du CCAG traduit une **approche pragmatique du Conseil d'État**, la réalité de la vie des chantiers ne devant pas conduire à un formalisme trop rigoriste. Et si le maître d'ouvrage n'est pas satisfait de l'accord verbal donné par son maître d'œuvre, il lui est loisible de se retourner contre ce dernier, qui n'est pas dans une relation de mandataire qui exclurait toute responsabilité à son égard dès lors qu'il agirait dans le cadre de son mandat, à condition toutefois d'établir une faute. Une telle faute pourrait être établie si les travaux supplémentaires étaient ordonnés par le maître d'œuvre pour *« rattraper »* sa propre faute commise dans la conception ou la direction des travaux. En dehors de ce cas, il pourrait être difficile d'identifier une faute du maître d'œuvre, sauf à établir l'absence d'utilité des travaux supplémentaires, alors même que ce critère bien avoir été abandonné

pour le cas de l’entreprise dans l’arrêt commenté.

Il est à noter enfin que l’arrêt parle de rémunération et non d’indemnisation, contrairement à la demande du requérant et aux conclusions du rapporteur public. La différence n’est pas que sémantique, le paiement d’un prix étant soumis à la TVA quand l’indemnisation ne l’est pas. Mais il est difficile de savoir si, en utilisant cette expression, le Conseil d’État a entendu viser les deux – laissant ainsi aux parties le choix entre paiement ou indemnisation - ou seulement le paiement.

CE 17 mars 2025, n° 492664, *Commune de Béthune*, classé A : La possibilité de regrouper plusieurs services publics dans un unique ensemble contractuel ne peut permettre de déroger aux règles qui s'imposent pour la dévolution et l'exploitation de ces services.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Les faits de l'espèce sont importants pour comprendre la portée de la décision, ainsi qu'ils ressortent de l'arrêt lui-même et des conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune. La commune de Béthune et la société Q-Park France avaient conclu en 2005 un contrat de délégation du service public du stationnement sur voirie, un contrat de concession pour la construction et l'exploitation d'un parc public de stationnement souterrain, un contrat d'affermage pour la rénovation et l'exploitation d'un parc public existant et un quatrième contrat dit « commun » comportant des stipulations applicables à l'ensemble de ces contrats.

Suite à un audit commandé par la Commune en 2011, à un rapport défavorable de la chambre régionale des comptes et une plainte pour favoritisme et escroquerie déposée par la commune mais ayant donné à une ordonnance de non-lieu en 2016, la commune a cherché à déposer en 2019 un recours « Béziers I » afin d'obtenir l'annulation de l'ensemble des contrats en invoquant plusieurs vices, tous, rejetés par le Conseil d'État qui confirme ainsi l'arrêt de la CAA de Douai.

Le **premier moyen rejeté** par le Conseil d'État concernait **l'existence d'un vice du consentement**, dont on sait qu'il peut effectivement conduire à l'annulation d'un contrat administratif, que ce soit à la demande d'une partie ou d'un tiers. Le Conseil d'État reprend ici la formule de l'arrêt *Béziers I*, concernant *« un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement »*. Il rejette ce moyen comme **manquant en fait**, mais on peut se demander s'il n'aurait pas dû le rejeter comme inopérant puisqu'il juge que *« la cour n'a pas davantage dénaturé les pièces du dossier en jugeant que, malgré les irrégularités et imprécisions relevées par la chambre régionale des comptes et par le cabinet d'audit que la commune avait mandaté, les documents préparatoires à la passation des contrats ne comportaient pas une présentation et une analyse des offres erronées ou biaisées, de nature à induire en erreur ou à tromper le conseil municipal sur les motifs justifiant le choix de l'attributaire ou l'économie générale des contrats, en particulier s'agissant du montant de la subvention d'équipement allouée au délégataire et de l'engagement de la commune à verser une contribution financière dans l'hypothèse où les recettes de stationnement payant sur voirie seraient inférieures aux recettes prévisionnelles »*. Autrement dit, il n'exclut pas qu'il puisse y avoir vice du consentement du conseil municipal, qui aurait ainsi été trompé par l'exécutif communal puisqu'il est fait allusion à l'analyse des offres. Or, il semble difficile d'admettre un tel vice du consentement *« interne »* à la personne publique, sauf à considérer qu'est visée en réalité la notion plus large de vice de consentement (voir, sur le caractère a priori opérant du moyen, CE, 8 octobre 2014, *Commune d'Entraigues-sur-la-Sorgue*, n° 370588, sur l'emploi de l'expression *« vice de consentement »*, voir par exemple CE, 13 octobre 2023, 464955, classé B). Il aurait peut-être fallu ajouter un *« en tout état de cause »*.

Mais c'est **concernant la validité du contrat** que l'**apport de l'arrêt** est le plus important. Certes, il reprend le considérant de principe adopté en 2016 : *« aucune disposition législative ni aucun principe*

général n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts ; qu'elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux » (CE, 21 septembre 2016, *Communauté urbaine du Grand Dijon et Société Keolis*, n°399656, 399699, T.). Il avait ainsi admis que *« les services de transport urbain, de stationnement et de mise en fourrière, qui concourent à l'organisation de la mobilité des habitants sur le territoire de la communauté urbaine, présentaient entre eux un lien suffisant et décider de les confier à un délégataire unique afin d'assurer une coordination efficace entre les différents modes de transport et de stationnement, dont une partie significative des usagers est identique »*. On peut tout à fait admettre qu'il en allait a fortiori de même en l'espèce, s'agissant du stationnement seulement.

Mais l'arrêt commenté va plus loin. En premier lieu, **il étend ce principe au cas d'un unique ensemble contractuel** comme c'était le cas en l'espèce. Le rapporteur public passa beaucoup plus de temps à revenir sur cette notion (aussi appelée par la CAA ensemble contractuel indissociable) en distinguant, au regard de la jurisprudence, deux types de situations : celles où l'ensemble contractuel est imposé en ce sens qu'un contrat ne peut exister sans l'autre (contrat accessoire d'un principal, accord-cadre) de ceux qui reposent sur des associations de contrats qui pourraient produire des effets par eux-mêmes, comme celui en l'espèce. En deuxième lieu et surtout, **le Conseil d'État suit son rapporteur public pour ajouter une condition dans la mesure où le regroupement de services publics posait ici des questions de légalité propres à seulement certains des services regroupés** alors que dans l'affaire de Dijon précitée, le seul moyen invoqué tenait à l'interdiction de contenir de clauses par lesquelles le délégataire prend à sa charge l'exécution de services ou de paiements étrangers à l'objet de la délégation, ce qui n'était pas propre à tel ou tel service public regroupé. Aussi, le Conseil d'État ajoute un nouveau considérant de principe en indiquant que :

« S'il est ainsi loisible à l'autorité délégante de regrouper au sein d'un même contrat ou d'un unique ensemble contractuel des services différents et de les confier à un même opérateur économique, un tel choix ne saurait lui permettre de déroger aux règles qui s'imposent à elle pour la dévolution et l'exploitation de ces services ».

Et de préciser que, s'agissant de la durée :

« dans le cas où la délégation des différents services est prévue pour une durée unique qui n'apparaît pas justifiée pour chacun d'entre eux, une telle durée unique ne peut alors être valablement prévue que si l'exploitation conjointe des services considérés est de nature à assurer une meilleure gestion de ceux-ci et si la durée unique correspond à la durée normalement attendue pour que le concessionnaire puisse couvrir les charges d'exploitation et d'investissement de l'ensemble des services ainsi délégués, compte tenu des contraintes d'exploitation, des exigences du délégant et de la prévision des tarifs payés par les usagers ».

On le voit, la condition initiale négative et discrétionnaire (ne pas conférer un périmètre manifestement ni regrouper des services manifestement sans lien) se transforme en condition positive sans référence au caractère manifeste (meilleure gestion et durée normalement attendue). Le contrôle du juge est alors plus exigeant, même s'il semble lié aux moyens invoqués : il semble que la justification du regroupement est plus grande dès qu'elle implique de contrôler des règles qui ne s'imposent qu'à certains services ou du moins dont l'application dépend des services, à l'image de la durée. Appliquant ce raisonnement, le Conseil d'État estime que la cour n'a pas commis de

dénaturation en jugeant que la durée de 30 ans n'était pas excessive, en dépit de l'existence de subventions et de services qui, pour deux d'entre eux (stationnement de surface et gestion d'un parc existant), n'impliquait pas de gros investissements, faisant ainsi une analyse globale de l'équilibre de l'ensemble contractuel.

Le troisième moyen invoqué tenait à la prétendue illégalité d'un mécanisme de contribution publique venant, sous certaines conditions, compenser une diminution des recettes de stationnement payant sur voirie par rapport aux estimations prévisionnelles calculées par le délégataire (au-delà d'un différentiel de 15 %, la commune devait combler ce delta à hauteur de la moitié de celui-ci et jusqu'à hauteur de 300 000 euros annuels). C'est précisément le caractère systématique de cette compensation depuis 2005 qui est à l'origine de tous les litiges, y compris pénaux. Ce moyen se subdivisait en deux branches.

La première concernait le non-respect du principe d'équilibre budgétaire des SPIC communaux (L. 2224-1 CGCT) alors que le rapporteur public nous rappelait que telle était la nature du stationnement sous-terrain, contrairement au stationnement de surface, ce qui ne laisse pas d'étonner. L'argument ne prospère pas plus, la CAA n'ayant pas commis de dénaturation en que la commune n'établissait pas que les investissements nécessités par la construction d'un nouveau parc de stationnement souterrain et par la rénovation et l'entretien du parc de stationnement existant pourraient, eu égard à leur importance et au nombre d'usagers, être financés sans augmentation excessive des tarifs, une des exceptions au principe susvisé.

La deuxième branche concernait le non-respect du droit des aides d'État et plus précisément des conditions posées par la jurisprudence Altmark s'agissant des compensations d'obligations de service public. Contrairement à la célèbre affaire de la SNCM, le juge estime ici que la commune n'apporte pas la preuve que les conditions d'Altmark n'étaient pas remplies, il est vrai que dans l'affaire SNCM, la demande émanait d'un tiers et la charge de la preuve semblait plus équilibrée (CE 25 octobre 2017, n°403335, *Société Corsica Ferries*).

Au final, il est sans doute regrettable pour la commune que certains moyens n'aient été soulevés qu'en cassation et donc rejetés car nouveaux (à l'image du caractère excessif de la marge bénéficiaire, de l'ordre de 30 %), ni qu'elles n'aient pas cherché à obtenir la résiliation à titre subsidiaire, plus facile à obtenir que l'annulation alors que le contrat court jusqu'en 2035 avec une somme conséquente à verser annuellement au délégataire alors même qu'il est bénéficiaire...

Il est à noter que l'arrêt est également fiché sur un autre aspect, d'ordre contentieux cette fois. Les dispositions du CJA sur la médiation n'obligent pas le juge administratif à ordonner une médiation, même quand les parties sont d'accord, et il n'a même pas à répondre explicitement à cette demande.

CJUE, 20 mars 2025, *Associazione Nazionale Italiana Bingo – Anib*, C-728/22 à C-730/22 : Il n'est pas possible de modifier des concessions par voie législative sans respecter les règles de modifications prévues par la directive concessions.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Si l'affaire présente des originalités factuelles, s'agissant d'un litige entre des opérateurs privés mais aussi avec une agence étatique et s'agissant d'une concession du jeu de Bingo, la solution adoptée n'en présente pas moins un intérêt pour toutes les concessions soumises à la Directive 2014/23. Était en cause la validité du régime dit *« de prorogation technique »* par lequel le gouvernement italien avait prolongé la durée de validité de certaines concessions et, en contrepartie, prévu une obligation le paiement d'une redevance mensuelle, augmentée par la suite, une interdiction de transfert de leurs locaux et, une obligation d'accepter ces prorogations afin d'être autorisés à participer à toute procédure de réattribution de ces concessions à l'avenir.

Le souhait de prolonger partait d'un bon sentiment : le régime antérieur à la directive concession supposait une mise en conformité cette directive impliquant un *« l'alignement temporel »* des points de départ de l'ensemble des concessions du secteur concerné et donc la prorogation de certaines. Un litige est né des difficultés financières de certains concessionnaires dus à cette nouvelle redevance puis à l'épidémie de Covid-19 qui conduit la Cour à juger la modification opérée par la législation est contraire à la Directive concessions.

L'arrêt, dans ses paragraphes 73 et 74, juge tout d'abord, en dépit d'un considérant de la directive, que **les règles de modifications ne concernent pas que les parties au contrat** :

« l'article 43 de la directive 2014/23 a procédé à une harmonisation exhaustive des hypothèses dans lesquelles, d'une part, les concessions peuvent être modifiées sans pour autant que l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution de concessions conformes aux règles établies par cette directive soit nécessaire à cet effet et, d'autre part, une telle procédure d'attribution est requise en cas de modification des conditions de la concession ; qu'il ne ressort pas du libellé de cet article 43 que celui-ci viserait uniquement les modifications effectuées à la suite d'une négociation entre le concessionnaire et le pouvoir adjudicateur, à l'exclusion des modifications imposées unilatéralement par la voie législative. Dans ce contexte, le fait que le considérant 75 de la directive 2014/23 précise qu'une modification substantielle de la concession atteste l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles de celle-ci ne peut limiter le champ d'application dudit article 43, tel qu'il ressort du libellé clair de ce dernier ».

L'arrêt est ensuite intéressant en ce qu'il passe au crible les modifications opérées par la législation au crible des hypothèses autorisant les modifications et plus particulièrement celle de la **modification non substantielle** et de la **modification inférieure à 10 %** du montant de la concession :

- La modification ne peut trouver sa source dans une clause du contrat puisqu'elle est législative ;

- Pour la circonstance imprévue, les travaux ou services devenus nécessaires et le remplacement d'un nouveau concessionnaire, il appartiendra à la juridiction de renvoi de les examiner faute pour elle d'avoir fait état d'aucune cause particulière la justifiant quand elle a saisi la Cour de justice ;

- Pour la modification substantielle, la Cour prend le soin d'argument longuement :

« 83 En vertu de l'article 43, paragraphe 4, première phrase, de la directive 2014/23, une modification doit être considérée comme étant substantielle « lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement ».
84 Ainsi que le considérant 75 de cette directive l'indique, l'objectif de cette disposition est de veiller à ce qu'une nouvelle procédure d'attribution de concession soit engagée lorsque des modifications substantielles sont apportées à la concession initiale, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue.
85 À cet égard, il est constant qu'une modification ayant notamment pour effet de renouveler ou de prolonger la durée d'une concession au-delà de celle prévue lors de l'attribution initiale de celle-ci rend les caractéristiques de cette concession substantiellement différentes de celles prévues initialement, puisqu'elle affecte un élément essentiel du contrat concerné, et que, si cette nouvelle caractéristique d'un élément essentiel de ce contrat avait été incluse dans la procédure initiale, cette dernière aurait attiré davantage de participants. Dès lors, une telle modification doit être considérée comme étant substantielle, les autres effets produits par cette modification ne pouvant qu'avoir accentué le caractère substantiel de celle-ci ».

La Cour juge ainsi que **toute prolongation est, par nature, substantielle**, alors qu'une formule passée aurait pu laisser entrevoir une porte : dans son arrêt du 18 septembre 2019, *Commission c/ Italie* ; elle avait jugé qu'*« Il est constant que la modification du terme de la concession, lequel a été porté au 31 décembre 2046 en vertu de la convention unique de 2009, offre un important laps de temps supplémentaire à la SAT pour assurer l'exploitation du tronçon reliant Livourne à Cecina et que, dans la mesure où ce concessionnaire se rémunère au moyen de cette exploitation, il augmente considérablement sa rémunération. Cette prorogation de 18 ans et de 2 mois de la durée initiale de cette concession constitue, par conséquent, en vertu des principes rappelés au point 58 du présent arrêt, une modification substantielle des conditions de la concession existante »*. Une interprétation a contrario aurait pu conduire à dire qu'un laps de temps non important n'entrainait pas une modification substantielle. Tel n'est donc pas le cas.

Enfin, elle apporte des précisions s'agissant du calcul de 10 % : sur ce dernier point, la Cour ajoute qu' *« en cas de modification ayant pour effet, notamment, de prolonger la durée d'une concession, pour que celle-ci relève du cas de figure envisagé à l'article 43, paragraphe 2, de cette directive, cette augmentation, majorée de la conversion en unités de temps des éventuels autres effets de cette modification sur les facteurs pris en compte afin de déterminer la valeur initiale de ladite concession, ne doit pas représenter plus de 10 % de la durée initiale de celle-ci »*. Elle précise que :

« 92 Certes, le régime de prorogation technique comporte également, pour le concessionnaire concerné, ainsi que le souligne la juridiction de renvoi dans la question unique dans l'affaire C-730/22, une interdiction de transfert de ses locaux et une obligation d'accepter toute prorogation décidée par le législateur national afin d'être autorisé à participer à toute procédure de réattribution de la concession concernée à l'avenir.

93 Toutefois, l'ajout d'une telle obligation ou interdiction ne saurait, en tout état de cause, conduire à ramener l'incidence de l'augmentation de la durée des concessions sur la valeur initiale de la concession concernée en dessous du seuil de 10 %. En effet, la première de ces modifications a précisément eu pour effet d'obliger les concessionnaires concernés à poursuivre leur activité dans les mêmes conditions que celles servant à déterminer la valeur initiale de leur concession, tandis que la seconde, si elle restreint les droits de ces concessionnaires, n'apparaît pas pour autant susceptible d'exercer une influence sur la valeur de ces concessions, telle que celle-ci est définie à l'article 8 de la directive 2014/23 ».

Cette interprétation stricte de la directive rompt donc avec la souplesse qui avait semblé émerger de l'arrêt sur le Pont de Gênes, qui doit donc être perçu comme un arrêt d'espèce.

Enfin, sur un **dernier point**, la Cour juge qu'**un droit national peut priver l'autorité adjudicatrice du pouvoir d'engager, à la demande d'un concessionnaire, une procédure administrative visant à modifier les conditions d'exploitation de la concession concernée, lorsque des événements imprévisibles et indépendants de la volonté des parties influent de manière significative sur le risque d'exploitation de cette concession**.

Règlements 2024/2747 du 9 octobre 2024, 2024/3110 du 27 novembre 2024 et 2025/40 du 19 décembre 2024 : L'impact de trois règlements européens sur les marchés publics.

► **Consulter le texte du règlement 2024/2747.**
► **Consulter le texte du règlement 2024/3110.**
► **Consulter le texte du règlement 2025/40.**

Commentaire des règlements européens :

On sait que la commande publique est de plus en plus *« éclatée »* juridiquement alors que le Code de la commande publique avait quasiment regroupé dans un document unique tout ce qui la concerne. Si le droit national n'est pas en reste, **cette cause d'éclatement est surtout européenne**, en particulier **du fait de l'adoption soit de directives (CRSD, CS3D) ou de règlements qui n'ont pas à être transposés en droit interne**. Les trois règlements européens commentés ici alimentent un peu plus cette dispersion des sources, car tous contiennent des dispositions relatives aux marchés publics.

Le **premier règlement établit *« un cadre de mesures relatives à une situation d'urgence dans le marché intérieur et à la résilience du marché intérieur »*** et modifiant le règlement (CE) no 2679/98. Il concerne des situations d'alerte et d'urgence définies comme suit à l'article 3 : le *« mode d'alerte dans le marché intérieur» est « un cadre permettant de faire face à la menace d'une crise susceptible de se transformer en une situation d'urgence dans le marché intérieur dans les six prochains mois »* ; le *« mode d'urgence dans le marché intérieur »* est *« un cadre permettant de faire face à une crise ayant des conséquences négatives considérables sur le marché intérieur qui perturbent gravement la libre circulation des biens, des services et des personnes ou, lorsqu'une telle perturbation grave a fait ou risque de faire l'objet de mesures nationales divergentes, le fonctionnement des chaînes d'approvisionnement du marché intérieur »* ; enfin la *« crise »* est *« un événement exceptionnel, inattendu et soudain, naturel ou d'origine humaine, de nature et d'ampleur extraordinaires, qui se produit à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union, qui a ou peut avoir des conséquences négatives graves sur le fonctionnement du marché intérieur et qui perturbe la libre circulation des biens, des services et des personnes ou perturbe le fonctionnement des chaînes d'approvisionnement du marché intérieur »*.

Ce règlement comporte un titre V relatif à *« la passation des marchés publics »* qui lui-même comporte trois chapitres. Le premier règle le cas de *« la passation de marchés publics par la Commission pour le compte ou au nom des États membres »* pendant un mode d'alerte ou un mode d'urgence. Il fixe la procédure de saisine de la Commission par au moins deux États membres puis le mandat qui lui est confié et le droit applicable pour la passation, en l'occurrence le règlement du 23 septembre 2024 n°2024/2509 relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (lui-même calqué sur la directive 2014/24 pour ce qui concerne la passation des marchés publics de la Commission). Il vise donc à donner un cadre permanent d'intervention de la Commission en pareil cas, alors que la crise de la Covid-19 avait contraint les États membres a donné un mandat ad hoc, ainsi que l'a illustré l'arrêt *Association Bon Sens* (CE, sect., 22 mars 2024, n° 471048, Lebon) que nous avions commenté (*JCP G*, 2024). Rien n'est dit dans ce règlement sur les juridictions compétentes, ce qui devrait conduire la Commission à renouveler des clauses attributives de compétence aux juridictions belges comme dans l'affaire *Association Bon sens*.

Le deuxième chapitre est relatif à la passation conjointe de marchés pendant les modes d'alerte et

d'urgence entre la Commission et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices *« en vue de fournir des biens et des services d'importance critique ou des biens et services nécessaires en cas de crise »*, ce qui semble plus restrictif que les situations d'alerte ou d'urgence. L'originalité tient à ce que les États membres peuvent acquérir, louer ou prendre en crédit-bail intégralement les capacités ainsi acquises conjointement. Le troisième chapitre a trait à la *« Passation de marchés par les États membres pendant le mode d'urgence »* et non pendant le mode d'alerte. Il comporte un premier article sur la consultation et la coordination en ce qui concerne la passation de marchés individuels par les États membres prescrivant aux États membres de tout mettre en œuvre *« en vue de s'informer mutuellement et d'informer la Commission sur les procédures de passation de marchés en cours pour les biens et services nécessaires en cas de crise »*. Plus particulièrement, les États membres doivent s'informer *« mutuellement au sujet de l'intention de l'un de leurs pouvoirs adjudicateurs ou de l'une de leurs entités adjudicatrices de lancer des procédures de passation de marchés pour des biens et services nécessaires en cas de crise, consultent les autres États membres et la Commission sur la forme de passation de marché la plus appropriée; et coordonnent leurs procédures de passation de marchés en cas de situation d'urgence dans le marché intérieur dans un esprit de solidarité entre les États membres »*. Le deuxième article concerne la possibilité d'introduire une clause d'exclusivité dans l'accord régissant la passation de marchés par la Commission pour le compte ou au nom d'un ou de plusieurs États membres participants ou la passation conjointe de marchés entre la Commission et un ou plusieurs États membres participants *« en vertu de laquelle les États membres participants s'engagent à ne pas acquérir les biens nécessaires en cas de crise ou les services nécessaires en cas de crise en question par d'autres canaux et à ne pas mener de négociations parallèles »*. Il prévoit tout de même la possibilité pour les États membres de lancer leur propre procédure de passation de marchés pour l'acquisition de quantités supplémentaires *« sous réserve de l'accord de la Commission et après consultation de tous les autres États membres participants »*. On sent l'influence des initiatives disparates, voire erratiques, constatées pendant l'épidémie de Covid-19.

Le **deuxième règlement** commenté 2024/3110 du 27 novembre 2024 et abrogeant le règlement n° 305/2011 **établit des règles harmonisées de commercialisation pour les produits de construction**. Il contient un chapitre XII intitulé *« Mesures incitatives et marchés publics »* dont un article, le 83, concerne les *« marchés publics écologiques »* pour lesquels la Commission doit adopter des actes délégués pour spécifier *« des exigences minimales obligatoires en matière de durabilité environnementale pour les produits de construction »*, sans qu'une échéance ne soit fixée. Les procédures de passation de marchés des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices devront respecter des exigences minimales, mais uniquement *« lorsque les marchés exigent des performances minimales en matière de durabilité environnementale pour les produits de construction en ce qui concerne leurs caractéristiques essentielles couvertes par des spécifications techniques harmonisées »*. Mais ils peuvent très bien établir des exigences plus ambitieuses en matière de durabilité environnementale, soit liées *« aux caractéristiques essentielles couvertes par des spécifications techniques harmonisées » soit liées « à d'autres caractéristiques essentielles »*.

Ces exigences minimales obligatoires en matière de durabilité environnementale fixées dans les actes délégués peuvent prendre la forme de spécifications techniques, de critères de sélection des candidats, de conditions d'exécution du marché ou de critères d'attribution du marché. On a du mal à comprendre comment des exigences minimales peuvent passer par la définition de critères d'attribution.

Enfin, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent, à titre exceptionnel, décider de ne pas appliquer ces exigences minimales :

« lorsque, après une consultation préalable du marché conformément à l'article 40 de la directive 2014/24/UE et à l'article 58 de la directive 2014/25/UE, il a été constaté que le produit de construction requis ne peut être fourni que par un opérateur économique spécifique et qu'il n'existe pas d'alternative ou de substitut raisonnable; qu'aucune offre appropriée ou demande de participation appropriée n'a été déposée en réponse à une procédure de passation de marchés antérieure; ou que l'application du paragraphe 1 ou l'incorporation du produit de construction requis dans les travaux de construction obligerait ce pouvoir adjudicateur ou cette entité adjudicatrice à supporter des coûts disproportionnés ou entraînerait une incompatibilité ou des difficultés techniques. Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices peuvent présumer que les différences de valeur estimée du marché supérieures à 10 %, basées sur des données objectives et transparentes, sont disproportionnées ».

Voilà des perspectives de travail pour les ingénieurs et les juristes.

Le **troisième et dernier règlement** commenté **est *« relatif aux emballages et aux déchets d'emballages »*** modifiant le règlement (UE) 2019/1020 et la directive (UE) 2019/904 et abrogeant la directive 94/62/CE.

Son chapitre X est intitulé *« marchés publics écologiques »* et ne contient qu'un seul article, le 63. Il n'est pas d'application immédiate puisqu'il prescrit à la Commission d'adopter des actes d'exécution précisant les exigences minimales obligatoires pour les marchés publics d'ici le 12 février 2030 *« pour lesquels les emballages ou les produits emballés représentent plus de 30 % de la valeur estimée des marchés ou de la valeur des produits utilisés par les services faisant l'objet du marché »*. Il faudra donc procéder à ce calcul pour chaque produit acheté. Ces exigences minimales concernent ce qui est visé aux articles 5 à 11 du règlement, c'est-à-dire des exigences de durabilité et sur des éléments spécifiés dans l'article 63 qui, si l'on comprend bien, permette d'atténuer le respect de ces exigences puisqu'il faut tenir compte notamment de *« la capacité économique des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices d'acheter des emballages ou des produits emballés plus durables sur le plan environnemental, sans entraîner de coûts disproportionnés »*, de *« la situation du marché des emballages ou des produits emballés concernés au niveau de l'Union » ou encore des « effets des exigences sur la concurrence »*.

Ensuite, ces exigences peuvent prendre la forme de spécifications techniques, de critères de sélection ou de conditions d'exécution du marché. Une possibilité de dérogation est prévue pour des motifs de sécurité publique ou de santé publique.

À l'heure où l'on parle de simplification de la commande publique, on peut se demander si ces prescriptions propres aux marchés publics étaient bien nécessaires et il n'aurait pas suffi de se contenter d'une réglementation minimale européenne applicable pour tout acheteur, qu'il soit public ou privé.

Brèves pour la période de janvier à mars 2025 :

Textes officiels

Arrêté du 13 janvier 2025 fixant les modalités de déclaration de la part des dépenses relatives à l'acquisition de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées

► **Consulter l'arrêté.**

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 17 mars 2025, n° 490773 et 490786, *Société Union Technique du Bâtiment, Région Île-de-France*

► **Consulter la décision.**

Des devis ne sont pas des demandes de paiement déclenchant les intérêts moratoires :

« 9. En premier lieu, si la société UTB soutient que les devis qu'elle a transmis au maître d'œuvre le 20 mars et le 29 août 2013 constitueraient le point de départ du délai de paiement des sommes que la région Ile-de-France a été condamnée à lui verser, ces devis, qui se bornaient à évaluer les surcoûts résultant selon elle de l'allongement de la durée des travaux décidé par ordres de service du maître d'ouvrage, ne peuvent être regardés comme des demandes de paiement au sens des dispositions citées au point 8. 10. Par suite, et en l'absence de demande de paiement antérieure, le délai de paiement doit être regardé comme ayant commencé à courir à compter de la réception par le maître d'ouvrage de la réclamation formée contre le décompte général. »

CE, 24 mars 2025, n° 499221, *Préfet de Police*

► **Consulter la décision.**

Modification substantielle du règlement de consultation et obligation de reporter le délai de remise des offres :

« Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que pour juger que le préfet de police de Paris avait manqué à ses obligations de mise en concurrence en ne reportant pas le délai de remise des offres après avoir modifié le règlement de la consultation, la juge des référés a estimé que cette modification, qui portait sur une des caractéristiques des échantillons de pantalons à remettre par les candidats, devait « être regardée comme une modification substantielle des conditions de la consultation ». Si le préfet de police soutient que la juge des référés a commis une erreur de droit en qualifiant la modification de substantielle alors que les dispositions de l'article R. 2151-4 du code de la commande publique citées au point précédent imposent la prolongation du délai de remise des offres en présence de modifications importantes, cette erreur est restée sans incidence sur la caractérisation du manquement, une modification substantielle étant nécessairement importante et imposant, par là-même, à l'acheteur de prolonger le délai de remise des offres. 8. En quatrième lieu, c'est par une appréciation souveraine exempte de dénaturation que la juge des référés du tribunal administratif de Paris a estimé qu'en ne reportant pas une nouvelle fois le délai de remise des offres,

fixé au 23 avril 2024, pour tenir compte de la modification apportée, le 3 avril précédent, au cahier des clauses techniques particulières, le préfet de police n'avait pas laissé aux soumissionnaires un délai suffisant pour leur permettre d'adapter ou de reprendre leurs échantillons de pantalons, alors même que le pouvoir adjudicateur avait, le 12 avril 2024, offert aux candidats la faculté de remettre des échantillons conformes aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières dans sa version antérieure à la modification du 3 avril concernant les poches des pantalons, en y joignant deux échantillons de tissus intégrant la proposition de nouvelles poches conformes au cahier modifié. »

CAA LYON, 30 janv. 2025, 23LY03966, *Sarl Beaufils* et CAA Marseille, 20 janv. 2025, n° 23MA01617, *Société Provence Alpes Connect*

► **Consulter la décision 23LY03966.**
► **Consulter la décision 23MA01617.**

Deux CAA n'appliquent pas un contrôle approfondi de l'indemnité de résiliation pour motif d'intérêt général, lequel est apprécié souplement :

« 7. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant. Si l'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations contractuelles, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités fait toutefois obstacle à ce que ces stipulations prévoient une indemnité de résiliation qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation. » (CAA LYON, 30 janvier 2025, 23LY03966, Sarl Beaufils)

« En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé. En revanche, rien ne s'oppose à ce que des stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration (…) 15. Il ressort des termes de la délibération n° 2018-064 du 20 décembre 2018 par laquelle le conseil du syndicat mixte a décidé la résiliation de la convention de délégation de service public que celle-ci a été justifiée par l'inutilité de l'intervention publique dans le déploiement des réseaux très haut débit, compte tenu du développement d'une initiative privée rendant envisageable un déploiement sans financement public intégral des infrastructures. Ces considérations constituent un motif d'intérêt général qui justifiait la résiliation de la convention. Ces considérations expliquent d'ailleurs la décision du Gouvernement, intervenue au cours de l'année 2017, de suspendre le financement des réseaux d'initiative publique par le Fonds national pour la Société numérique (FSN) géré par la Caisse des dépôts et consignations, en privilégiant le recours à des opérateurs privés dans le cadre d'appels à manifestation d'intérêts. Ainsi que le précisent les stipulations précitées de l'article 44 de la convention, ce motif, tenant au défaut des cofinancements publics, constitue un motif d'intérêt général. 16. Si la société PACT

soutient que ces motifs sont insuffisamment démontrés, elle n'apporte aucun élément de nature à en démentir l'exactitude. Elle n'apporte pas plus d'éléments de nature à critiquer le montant de l'économie évoquée par le syndicat mixte. Elle n'établit dès lors pas que la résiliation aurait en réalité été justifiée par un autre motif, tenant au retard accumulé dans la livraison des prises ou du caractère intenable des objectifs de déploiement. 17. Dès lors que la volonté du syndicat mixte d'économiser des fonds publics en cédant le réseau existant à un opérateur privé est établi, il n'appartient pas au juge administratif d'apprécier la pertinence de ce choix au regard de ses inconvénients, en termes patrimonial et stratégique. 18. Par ailleurs, la circonstance que la résiliation du contrat est justifiée par la volonté de supprimer un service public rendu inutile par le développement d'une initiative privée n'est pas de nature à lui ôter son caractère de résiliation pour motif d'intérêt général, ce motif résultant de l'économie réalisée par les financeurs publics. » (CAA Marseille, 20 janv. 2025, n° 23MA01617, Sté Provence Alpes Connect)

CAA Lyon, 16 janv. 2025, n° 23LY03563, *Société Union technique du bâtiment*

► **Consulter la décision.**

Notion d'offre irrégulière et distinction entre demande de précision et demande de régularisation :

« 4. En premier lieu, le pouvoir adjudicateur ne peut attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation. Il est tenu d'éliminer, sans en apprécier la valeur, ni pouvoir les modifier ou les rectifier, les offres incomplètes, c'est-à-dire celles qui ne comportent pas toutes les pièces ou renseignements requis par les documents de la consultation et sont, pour ce motif, irrégulières.5. Il résulte, d'une part, de l'instruction que le dossier de consultation des entreprises pour l'attribution des lots n° 6 et n° 28 comportait une décomposition du prix global forfaitaire (DPGF) que les candidats devaient compléter en indiquant, pour chaque produit, un prix unitaire et un prix total correspondant aux quantités prévues. En vertu du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) commun à ces lots, les DPGF ainsi complétées avaient vocation à intégrer les pièces contractuelles. En conséquence, et alors qu'aucune variante n'était par ailleurs autorisée, il n'appartenait pas, contrairement à ce que soutient la société Union technique du bâtiment, aux candidats de vérifier, voire de modifier, les quantités ainsi fixées par le pouvoir adjudicateur, seul responsable de l'évaluation de son besoin. Il est constant que, pour chacun de ces deux lots, la société Union technique du bâtiment a modifié les quantités prévues par le pouvoir adjudicateur pour y substituer celles qu'elle estimait nécessaires à la réalisation du projet. Compte tenu des modifications ainsi apportées par la société Union technique du bâtiment à ces documents, ses offres ne respectaient pas les exigences de la consultation. D'autre part, s'agissant du lot n° 6, il résulte de l'instruction que la DPGF comprenait une rubrique 6.1.3.17 portant sur sept unités d'" aération avec compresseur ". Alors même que le cahier des clauses techniques particulières (CCTP) du marché de ce lot présentait cette installation comme seulement éventuelle, il appartenait aux candidats de compléter l'ensemble des mentions requises par la DPGF. La société Union technique du bâtiment s'est abstenue de chiffrer cette rubrique, sans que, comme elle prétend, aucune rubrique 6.1.4.12 ne comporte un tel chiffrage. Par suite, son offre était incomplète. Enfin, s'agissant du lot n° 28, il résulte de l'instruction qu'alors que le CCTP de ce marché exigeait un habillage en zinc de 0,70 mm d'épaisseur tant pour la couverture que pour le bardage, seul un zinc de 0,65 mm était prévu dans l'offre de la société Union technique du bâtiment pour la couverture. Dès lors, son offre ne répondait pas, à cet égard, aux exigences formulées dans les

documents de la consultation, sans qu'elle ne puisse utilement se prévaloir ni de la faible différence entre les épaisseurs ainsi prévues, ni des préconisations d'un document technique unifié, auquel le CCTP aurait, en tout état de cause, dérogé. Compte tenu de ce qui précède, et alors même qu'aucune autre irrégularité ne résulterait de l'absence de renseignement du tableau de la fiche produit du lot n° 28 compte tenu des indications mentionnées en introduction de cette fiche, ses offres devaient être écartées comme irrégulières, tant pour le lot n° 6 que pour le lot n° 28, sans que le pouvoir adjudicateur n'ait été préalablement tenu ni de lui demander des précisions, ni d'engager la procédure de régularisation prévue par l'article R. 2152-2 précité.6. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que, par courriers électroniques du 26 mars 2021 et du 7 avril 2021, le pouvoir adjudicateur a demandé des précisions à trois candidats sur des matériaux qu'ils entendaient utiliser. Contrairement à ce que soutient la société Union technique du bâtiment, ces demandes, qui ne révèlent pas une incomplétude des offres de ces candidats, n'ont pas été de nature à leur permettre une régularisation de leurs offres. Ainsi, aucune procédure de régularisation, telle que prévue par l'article R. 2152-2 du code de la commande publique, n'a été engagée par le pouvoir adjudicateur. Le pouvoir adjudicateur n'étant par ailleurs nullement tenu de mettre en œuvre une telle procédure, la société Union technique du bâtiment n'est pas fondée à invoquer une rupture d'égalité entre les candidats, au motif que cette procédure n'a pas été engagée à son égard. Enfin, elle ne peut davantage utilement reprocher au pouvoir adjudicateur, qui n'a pas rejeté son offre comme anormalement basse, de ne pas avoir exigé des précisions en application de l'article L. 2152-6 du même code, ni invoquer un formalisme excessif, qui n'est pas de nature à caractériser une rupture d'égalité. Par suite, le moyen tiré d'une telle rupture d'égalité doit être écarté. »

CAA Nantes, 10 janv. 2025, n° 23NT00594

► **Consulter la décision.**

Il n'est pas besoin de démontrer le caractère plus avantageux de la quasi-régie d'une SPL ni de la mettre en concurrence avec d'autres sociétés détenues par la collectivité publique :

« Il ne résulte d'aucune disposition législative ou règlementaire ou des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne que le recours à un contrat de quasi-régie serait subordonné à la démonstration de son caractère plus avantageux qu'une solution d'externalisation et à une motivation spécifique. D'autre part, il ne résulte d'aucune disposition législative ou règlementaire ou des décisions de la Cour de justice de l'Union européenne que la circonstance que Nantes Métropole exercerait un contrôle analogue sur d'autres sociétés d'économie mixte, exerçant dans le même ressort géographique et assurant les mêmes prestations que la société LAD-SPL, aurait obligé cette collectivité publique à suivre des mesures de publicité et de mise en concurrence préalables entre ces sociétés. »

CAA Lyon 16 Janvier 2025, 24LY01164, *Commune de la Chapelle d'Abondance*

► **Consulter la décision.**

Fixation de l'indemnité du concurrent évincé en cas de résiliation postérieure de la concession :

« 17. Compte tenu de ce qui a été exposé au point précédent, la résiliation prononcée le 22 février 2017 l'aurait été quel que soit le candidat retenu. Le préjudice subi par la société CALD n'est, dès lors, en lien avec l'irrégularité de la procédure de passation, qui est seule invoquée, que dans la limite de la durée maximale d'exécution que le contrat aurait pu connaitre avant d'être résilié. En l'absence d'autre fondement de responsabilité invoqué, l'indemnisation de la société CALD doit ainsi être opérée au titre du manque à gagner perdu du fait de son éviction irrégulière, dans la limite temporelle qui vient d'être indiquée.

En ce qui concerne le montant du préjudice :
18. Le manque à gagner d'une entreprise candidate à l'attribution d'un contrat de délégation de service public, évincée à l'issue d'une procédure irrégulière, est évalué par référence au montant théorique de bénéfices résultant de la soustraction du total du chiffre d'affaires non réalisé de l'ensemble des charges variables et de la quote-part des coûts fixes qui aurait été affectée à l'exécution du marché si elle en avait été titulaire. Compte tenu du risque inhérent à l'exécution d'un tel contrat, il incombe aussi au juge d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain, en tenant compte notamment, s'agissant des contrats dans lesquels le titulaire supporte les risques de l'exploitation, de l'aléa qui affecte les résultats de cette exploitation et de la durée de celle-ci.
19. A l'appui de son offre, la société CALD a produit deux comptes d'exploitation prévisionnels. Le premier compte d'exploitation prévisionnel, " Evasion ", a été établi sur la base d'une offre commerciale de forfaits dans la continuité de l'offre jusque-là proposée par la société CALD dans le cadre de la régie intéressée. La marge nette est de 493 853 euros sur les douze ans du contrat. Le second compte d'exploitation, qui fait apparaître une marge nette de 864 012 euros, se fonde sur la création d'un forfait plus rentable, le forfait " Liberté ", qui nécessite des accords avec les stations voisines. La mise en œuvre de ce second forfait présentant ainsi un caractère incertain et éventuel, les données figurant dans ce second compte d'exploitation ne peuvent servir de base suffisamment certaine à la détermination du préjudice subi par la société. En outre, lors de l'examen des offres, la commune, qui a jugé que l'offre de la société CALD était sérieuse, a néanmoins noté que les données de la société CALD reposaient sur une approche " optimiste " de croissance du chiffre d'affaires de la station, d'autant plus incertaine que la durée du contrat était particulièrement longue. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction que le second compte d'exploitation, qui repose sur des bases incertaines et l'éventualité d'accords conclus avec des tiers, puisse être retenu comme suffisamment probant. C'est donc la base d'analyse constituée par le premier compte d'exploitation prévisionnel, non sérieusement contesté, qui doit être retenue comme base d'analyse, sous réserve de l'aléa qui affecte inévitablement les résultats de cette exploitation et de la durée de celle-ci, qui doivent conduire à moduler cette évaluation sur la durée totale du contrat. En l'espèce, il a été dit que le contrat conclu avec la société SELCA l'a été le 10 novembre 2016 et qu'il a été résilié le 22 février 2017. Il ne résulte pas de l'instruction que le calendrier aurait été sensiblement différent si l'offre de la société CALD avait été retenue. Sur la durée très brève d'exécution précédant la résiliation qui aurait dû être prononcée et en l'absence d'aléa marqué sur une telle durée très limitée, l'évaluation du manque à gagner peut être faite sans abattement. En retenant une durée d'exécution maximale de trois mois et demi avant qu'une résiliation d'intervienne, le préjudice de la société CALD tenant au manque à gagner s'élève ainsi, prorata temporis, à 12 003,37 euros. 20. Toutefois, dans l'hypothèse où le préjudice de manque à gagner subi par un candidat évincé qui avait une chance sérieuse d'emporter le contrat est inférieur au coût de présentation de son offre, la somme qui lui est allouée ne peut être inférieure à ce dernier montant, que l'irrégularité de la procédure de passation l'a en tout état de cause conduit à engager en vain. En l'espèce, cependant, l'essentiel des montants demandés par la société au titre du coût de présentation de son offre correspond au coût salarial, sans que soit établi

que la société aurait, en vue de la procédure de passation, spécialement recruté des personnels, de telle sorte que ce coût ne correspond à aucun frais supplémentaire mais à la seule utilisation de ses moyens normaux sans surcoût lié à la procédure de passation. Les seuls frais supplémentaires invoqués, au titre des déplacements, repas et frais divers, et qui peuvent être regardés comme en lien avec la procédure de passation, se limitent à la somme totale de 2 340 euros, en supposant que le seul tableau dressé par la société et produit au tribunal puisse être regardé comme suffisamment probant. Ce montant étant inférieur au manque à gagner perdu dont la société CALD est fondée à demander le remboursement, c'est le montant du manque à gagner, tel qu'il a été exposé au point 19 du présent arrêt, qui doit dès lors être alloué à cette société. 21. Il résulte de ce qui précède que le préjudice de manque à gagner subi par la société CALD dont elle est fondée à demander le remboursement par la commune de la Chapelle d'Abondance doit être évalué au montant de 12 003,37 euros. »

CAA Douai, 8 janv. 2025, n° 22DA02385, *Communauté de communes Falaises du Talou*

► **Consulter la décision.**

Renonciation à conclure un contrat de concession pour motif d'intérêt général lié à la Covid-19 :

« 2. Une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat. Elle peut décider, sous le contrôle du juge, de renoncer à le conclure pour un motif d'intérêt général. 3. Il ressort des termes de la délibération en litige que, pour justifier de sa renonciation à conclure le contrat, la communauté de communes " Falaises du Talou " s'est notamment fondée sur un motif tenant à l'évolution de ses besoins depuis la publication de l'avis précité du 1er mars 2020 intervenue avant la crise sanitaire de la Covid-19 et résultant des nouvelles pratiques funéraires constatées lors de celle-ci et de leur nécessaire prise en compte dans le dimensionnement du crématorium et les modalités d'accueil du public et des professionnels. Il ressort des pièces du dossier, notamment de la comparaison du programme de consultation de la procédure initiale avec celui de la seconde procédure mise en œuvre et ayant conduit à la construction et à la mise en service du crématorium, que la communauté de communes a augmenté le nombre attendu de places de stationnement en portant celui-ci de quarante à soixante-quinze dont cinq réservées aux personnes à mobilité réduite. Elle a également revu le dimensionnement du futur crématorium en portant la surface utile intérieure du bâtiment à 650 m2 maximum en vue notamment de bénéficier de propositions architecturales intégrant une surface plus importante des espaces dédiés à l'accueil du public par rapport au règlement initial qui n'imposait le respect de cette même surface qu'au titre de l'emprise au sol du bâtiment. De même, le nouveau document de la consultation imposait aux candidats d'intégrer, dans la conception architecturale du bâtiment, un espace spécifique, non prévu initialement, d'entreposage d'un cercueil, sécurisé et avec contrôle d'accès, afin de permettre aux services de pompes funèbres de disposer d'un accès permanent au crématorium, 24 heures sur 24, en vue d'y déposer un cercueil, avec également un dispositif automatique spécifique d'ouverture et de fermeture du portail. Compte tenu de la portée de ces nouvelles attentes de la communauté de communes et de sa volonté de bénéficier à ce titre de nouvelles propositions concurrentes, et eu égard au large pouvoir d'appréciation dont dispose l'administration en la matière, l'appelante n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en estimant que cette évolution des besoins caractérisait un motif d'intérêt général lui permettant de renoncer à conclure le contrat. Si la société OGF conteste également le bien-fondé du second motif

d'intérêt général initialement invoqué par la communauté de communes tiré des risques juridiques et indemnitaires en cas de recours d'un concurrent évincé, il résulte de l'instruction que la communauté de communes aurait pris la même décision si elle s'était fondée exclusivement sur le motif d'intérêt général tiré de l'évolution de ses besoins. Dans ces conditions, c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Rouen a annulé la délibération en litige en estimant qu'aucun motif d'intérêt général n'était caractérisé en l'espèce. »

CAA Bordeaux, 9 janv. 2025, n° 24BX01011, *Communauté d’agglomération du Sud*

► **Consulter la décision.**

Le vendeur professionnel est irréfragablement présumé avoir connaissance des vices cachés comme en droit civil.

L'essentiel du droit des contrats publics, mai 2025, n° 16

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 17 avril 2025, n° 501427, *Société Consortium Stade de France*, classé B : Il n'y a pas de conflits d'intérêts lorsqu'une autorité concédante fixe comme critère de choix la solidité des engagements des candidats pris auprès de tiers. 2

CJUE, 29 avril 2025, C-452/23, Fastned Deutschland GmbH & Co. KG : Les règles relatives à la modification des concessions s'appliquent même si le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité in house et sans que le requérant puisse contester l'attribution directe initiale ; les notions de travaux ou services devenus nécessaires et de nature globale sont d'interprétation stricte. 6

CE, 12 mai 2025, n°492917, *SNCF Réseau*, et n°494301, *INRAE*, classés C : Le formalisme des cahiers des charges types est d'interprétation stricte et peut conduire à une dénaturation par les cours qui ne le respecte pas. 10

Commission européenne, QandA sur l'application des arrêts Kolin et Qingdao : La Commission européenne publie un « Questions and Answers » sur la participation au marché public des soumissionnaires de pays tiers non couverts au regard de la jurisprudence récente de la cour de justice - CJUE 22 Octobre 2025 C-652/22, Kolin et 13 Mars 2025, C-266/22, Qingdao sur l'application des arrêts KOLIN (C-652/22,) et QINGDAO (C-266/22). 13

Brèves pour la période de février 2025 : 15

CE, 17 avril 2025, n° 501427, *Société Consortium Stade de France*, classé B : Il n'y a pas de conflits d'intérêts lorsqu'une autorité concédante fixe comme critère de choix la solidité des engagements des candidats pris auprès de tiers.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cette affaire est classée B sur le point évoqué, mais est intéressante au regard de tous les moyens invoqués – et rejetés – par le requérant, concessionnaire sortant de l'exploitation du Stade de France.

L'arrêt intervient dans le cadre d'un **référé précontractuel**, de sorte que le Conseil d'État était ici juge de cassation, ce qui peut expliquer en partie le rejet du pouvoir en cassation contre l'ordonnance du juge du référé du tribunal administratif de Montreuil, qui avait également rejeté le recours du candidat malheureux, délégataire sortant.

Sur la question du **potentiel conflit d'intérêts**, le rapporteur public Nicolas Labrune a justement précisé que **la transposition française est plus étendue que les directives marchés publics et concessions** puisque le Code de la commande publique vise *« toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession »* (article L. 3123-10 du Code de la commande publique), et pas seulement les acheteurs et autorités concédantes comme dans les directives. Cette rédaction **correspond** d'ailleurs **au champ d'application du principe général du droit d'impartialité**, dont le Conseil d'État a depuis longtemps dit qu'il s'appliquait à toutes les personnes qui jouent un rôle dans le processus de sélection (CE, 24 juin 2011, *Ministre de l'écologie, du développement durable, des transports et du logement*, à propos d'un conseil de l'État). Mais en l'espèce, le **moyen manque en fait**, le Conseil d'État estimant que **l'autorité concédante n'a pas fait participer les fédérations sportives**, *« qui n'étaient pas susceptibles d'en influencer l'issue, au déroulement de la procédure de passation de la concession »*. L'argumentation n'était pourtant pas dénuée de pertinence puisque **l'État avait prévu un critère de choix relatif au *« niveau »* et à la *« fermeté »* des engagements obtenus des fédérations sportives nationales par les deux candidats**. Le requérant mettait en avant des liens existants entre la FFR et GL Events, seul candidat admis à continuer la procédure de passation dans le cadre d'une troisième phase de négociation. Sur ce point, le Conseil d'État diverge non seulement du juge du référé du Tribunal administratif de Melun, mais aussi des conclusions de Nicolas Labrune qui tous les deux estimaient qu'il n'y avait pas eu de conflits d'intérêts caractérisés après avoir admis que le principe d'impartialité s'appliquait à la FFR. On peut suivre l'argument du rapporteur public : *« Et, de ce fait, dans la mesure où les fédérations sont impliquées dans la procédure de passation à travers leurs négociations avec les candidats, il nous paraît difficile d'imaginer ne pas leur appliquer l'exigence d'impartialité »*. **Le Conseil d'État semble ici adopter une position qui nous paraît un peu trop formelle, en affirmant que les fédérations n'étaient pas susceptibles d'en influencer l'issue**. On ne sait, il est vrai, si c'est parce qu'elles ne le pouvaient pas en tout état de cause, parce que ne participant pas formellement au processus, ou si c'est parce qu'en l'espèce, le poids de ce critère était relatif. Mais le fait que la pondération de ce critère n'est pas précisée dans l'arrêt, alors que les conclusions indiquaient qu'il représentait une des

3 composantes du critère n°4, lui-même pondéré à 20 %, laisse à penser que c'est plutôt la première explication qui est la *« bonne »*, même si elle nous paraît critiquable.

Le rejet d'autres moyens est aussi sujet à discussion, à commencer justement par **le critère d'attribution du *« niveau »* et de la *« fermeté »*** des engagements obtenus par les candidats de la part des fédérations sportives nationales concernées (FFF et FFR). Le requérant invoquait le fait que, par ce critère, l'État avait ainsi délégué illégalement son pouvoir d'appréciation des offres à des tiers à la procédure de passation du contrat. Cet argument est **rejeté par le Conseil d'État, car nouveau au stade de la cassation**. La lecture des conclusions laisse voir qu'**il pouvait y avoir discussion sur ce point**, c'est-à-dire sur le fait que ce moyen n'avait pas été soulevé en tant que tel devant le juge de 1ère instance. C'est la raison pour laquelle le rapporteur public avait aussi pris le soin de dire qu'il n'était pas fondé :

« Mais rappelons que le « niveau et la fermeté des engagements obtenus des fédérations » était seulement l'un des éléments d'appréciation de la « crédibilité du plan d'affaires du futur concessionnaire », laquelle ne constituait qu'un des trois éléments d'appréciation mentionnés au titre du critère n° 4 (avec le « partage des risques entre l'État et le concessionnaire » et « la fermeté et la robustesse de son plan de financement »), et que ce critère n° 4 ne pesait qu'à hauteur de 20 % de la note totale. Dans ces conditions, nous peinons à considérer que l'État aurait renoncé à exercer sa compétence en s'en remettant complètement à l'appréciation des fédérations pour évaluer la meilleure offre. Et, surtout, le poids conféré aux fédérations par le critère d'évaluation n°4 nous paraît en réalité être inhérent au choix même de l'État de ne définir ses besoins qu'en termes fonctionnels et de laisser chaque candidat négocier avec les fédérations, dont nous vous avons déjà entretenu ».

Autant nous sommes d'accord avec l'idée qu'une telle précision n'était pas nécessaire au titre de la définition des besoins – moyen d'ailleurs rejeté par ailleurs à juste titre selon nous – autant **il est discutable d'admettre la légalité d'un tel sous-critère**, que ce soit eu égard au fait de déléguer illégalement sa compétence qu'au regard de la transparence de ce sous-critère. Il nous paraît en effet laisser une trop grande marge d'appréciation à la personne publique au regard des exigences de transparence. Certes, son poids très relatif n'entachait peut-être pas d'illégalité la procédure, mais il n'aurait pas été inutile que le juge précise qu'un tel critère n'a pas lieu d'être dans une procédure de passation. Il est vrai que la place des fédérations n'était pas remise en cause au regard de ce moyen, mais de celui – entre autres – de la rupture d'égalité des candidats compte tenu du rôle de tiers, suivant l'arrêt de Section *Commune d'Houlgate* du 10 mars 2006 (n° 264098 et autres, p. 138, en l'occurrence compte tenu du rôle du ministre de l'intérieur en matière de casinos). Sur ce dernier point, le contrôle du juge de cassation est limité, se contentant de dire que le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en estimant *« que ni la circonstance que la société Consortium Stade de France était le concessionnaire sortant ni les liens que la société GL Events Venues entretenait avec la Fédération française de rugby n'étaient de nature à caractériser une rupture d'égalité entre les soumissionnaires »*. On admettra ici que mettre en avant le fait qu'en tant que délégataire sortant, il y avait inégalité du fait des relations tendues avec les fédérations était pour le moins original… En revanche, il est permis de se demander si, au regard du critère de transparence, ce sous-critère ne revenait pas à « ainsi conféré en l'espèce une liberté de choix discrétionnaire » à l'autorité contractante, à l'image de ce qui a pu être jugé à propos d'un critère esthétique, de nature à porter atteinte au principe de transparence (CE, 28 avril 2006, *Ville de Toulouse*, n° 280197, classé B).

L'argument du rapporteur public selon lequel les deux candidats étaient encore en négociation non aboutie avec les fédérations concernées nous paraît d'ailleurs conforter l'idée de la non-pertinence

d'un critère. Selon nous, les rapports avec les fédérations auraient soit dû être établis en amont par l'État, soit laissée à la négociation en aval de la procédure, comme un élément relevant du risque d'exploitation, mais pas comme un élément à prendre en compte pour apprécier les offres.

On l'aura compris, **la place de ces tiers a pu nourrir plusieurs moyens qui**, même s'ils sont rejetés, **laissent quand même en sentiment de malaise**. Il aurait été préférable que le Conseil d'État, par un obiter dictum, précise davantage qu'il aurait fallu que l'utilisation future du stade par ces fédérations soit réglée en amont, ou à défaut que cela n'intervienne pas dans l'appréciation des offres.

Les autres moyens relevaient de plusieurs catégories, l'un étant aussi relatif à **un autre critère d'attribution s'agissant des *« éventuels engagements demandés à l'État et avantages économiques pour l'État »***, alors que le règlement de consultation précisait que *« ce critère évalue le niveau des éventuels subventions ou versements demandés à l'État au titre du contrat de concession ainsi que le niveau des redevances et autres flux financiers à verser par le concessionnaire à l'État »*. Le Conseil d'État juge que *« en estimant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que ce critère était suffisamment objectif et précis, alors même qu'il prenait en compte une donnée prévisionnelle relative au niveau des redevances variables, dès lors que l'autorité concédante disposait de données financières précises, assorties d'engagements contractuels des soumissionnaires quant aux modalités de calcul de la redevance variable, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit »*, ce qui paraît logique.

Sur l'**appréciation des candidatures**, on peut admettre que **le juge s'appuie sur le chiffre d'affaires des filiales de la société mère sans qu'il soit besoin d'exiger des engagements fermes** de ces dernières, compte tenu du droit des sociétés et qu'il suffisait alors d'indiquer que le chiffre d'affaires consolidé était *« supérieur à celui projeté pour l'exploitation du Stade de France »* : en effet, le contrôle du juge se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation en pareil cas. Il en va de même de l'appréciation des capacités techniques et professionnelles de GL Events Venues, qui entendait s'appuyer sur celles d'une autre société qui n'était pas sa filiale, le Conseil d'État se contentant ici d'une simple attestation du directeur général de la celle-ci indiquant que le candidat *« disposerait de l'ensemble des capacités, compétences et moyens de cette société pour l'exécution du contrat de concession »*, sans toutefois vérifier si le directeur général avait compétence pour engager la société. Enfin et surtout, le rapporteur public avait un doute sur la conformité de cette appréciation globale au regard des documents de consultation qui semblaient impliquer que le chiffre d'affaires provienne du candidat lui-même, mais il estimait qu'il n'y avait pas pour autant « dénaturation » des faits par le juge de première instance, ce que reprend le Conseil d'État.

Sur la **régularisation des offres pendant la procédure de négociation**, le Conseil d'État est amené à réitérer ce qu'il a pu juger dans l'arrêt *Société Ciné Espace Evasion* du 30 décembre 2024 (n°491266, commenté dans la newsletter de février 2025) : *« Ces dispositions ne s'opposent pas à ce que, lorsqu'elle recourt à la négociation, l'autorité concédante y admette, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, un soumissionnaire ayant remis une offre initiale irrégulière. Le respect de ce principe implique toutefois qu'elle ne puisse retenir un candidat dont la régularisation de l'offre se traduirait par la présentation de ce qui constituerait une offre entièrement nouvelle. En tout état de cause, l'autorité concédante est tenue de rejeter les offres qui sont demeurées irrégulières à l'issue de la négociation »*. Surtout les conclusions du rapporteur public permettent de préciser que cela est possible même si des offres intermédiaires sont encore irrégulières, y compris comme en l'espèce quand elle était irrégulière au stade de *« l'offre finale »*, mais qu'il restait encore une phase

de « mise au point » de l'offre avec un seul candidat retenu…ce qui est assez accommodant tout de même. Et l'on apprend par ailleurs qu'une telle régularisation était interdite selon le règlement de la consultation, mais que cela n'avait jamais été invoqué devant le premier juge et n'était donc pas invocable pour la première fois en cassation. Toutefois, le rapporteur public estimait que l'offre n'était pas en réalité irrégulière.

Enfin, sur **la durée du contrat**, le Conseil d'État estime que *« pour écarter le moyen tiré de l'illégalité, en raison de son caractère excessif, de la durée de la concession du Stade de France, fixée à trente ans alors que l'autorité concédante avait imposé aux candidats des travaux de faible ampleur tout en leur permettant de proposer des « travaux libres » de rénovation, restructuration ou extension, le juge des référés a relevé que les soumissionnaires disposaient d'informations précises et suffisantes relatives au périmètre de la concession, aux besoins de l'État, notamment quant à la nature et au type d'investissements attendus, et aux critères de sélection des offres, leur permettant de présenter utilement leur offre. En se fondant sur ce motif, par lequel il doit être regardé comme ayant estimé que la société Consortium Stade de France n'avait pas été lésée par le manquement qu'elle invoquait, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit »*. Au-delà du fait que le requérant n'a pas été lésé, le rapporteur public soulignait l'inopérance de ce moyen soulevé en référé précontractuel, ce qui peut être discuté.

Il reste que, eu égard aux offres très différentes faites par les deux candidats – 100 millions de travaux pour le candidat retenu, 400 millions pour le candidat rejeté, une telle option aurait pu justifier une variabilité de la durée, comme envisagé initialement (25 ou 30 ans), quand bien même il s'agissait principalement d'une concession de service.

Le sentiment général que se dégage de la lecture de cet arrêt et des conclusions renvoie à l'idée d'une certaine *« flexibilité »* laissée ici à l'autorité contractante. Serait-ce par ce que l'on était en présence d'une concession et non d'un marché, qui plus est de l'État et non d'une collectivité territoriale ?

CJUE, 29 avril 2025, C-452/23, Fastned Deutschland GmbH & Co. KG : Les règles relatives à la modification des concessions s'appliquent même si le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité in house et sans que le requérant puisse contester l'attribution directe initiale ; les notions de travaux ou services devenus nécessaires et de nature globale sont d'interprétation stricte.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Deux requérants devant les juridictions nationales, Fastned et Tesla, **contestaient la modification de 360 concessions de services**, faite en 2022 **à l'effet de faire installer**, **par les concessionnaires** d'aires d'autoroutes allemandes, **des bornes de recharge électriques**. Plusieurs questions préjudicielles ont été posées à la Cour de justice, même si certaines réponses devront être précisées par la juridiction de renvoi.

Elle indique qu'il s'agissait bien de concessions et non de marchés publics, alors qu'elle était interrogée sur la directive 2014/24. Ceci dit, cela n'a pas d'incidence puisque les règles sont identiques pour les marchés et les concessions, sauf pour les modifications de faible ampleur en matière de travaux (15 % pour les marchés de travaux dans l'article 72 de la directive 2014/24, 10 % pour les concessions de travaux dans la directive 2014/23).

L'**apport principal de l'arrêt** est d'**indiquer les rapports entre règles de modification et situation *in house***. En premier lieu, la Cour précise que **l'applicabilité des conditions de la modification d'une concession (ou d'un marché) dépend de la perpétuation de la situation *in house***. Pour la Cour, *« si, à la date de la modification d'un contrat de concession, le concessionnaire satisfait aux conditions prévues à l'article 17 de la directive 2014/23, cette modification peut, en tout état de cause, être effectuée sans nouvelle procédure d'attribution et indépendamment des conditions prévues à l'article 43 de cette directive. En revanche, si, à cette date, le concessionnaire ne satisfait plus aux conditions prévues à cet article 17, situation sur laquelle la juridiction de renvoi interroge la Cour, ladite modification ne peut être effectuée sans nouvelle procédure d'attribution que si les conditions prévues à cet article 43 sont respectées »* (§ 51 de l'arrêt, l'article 17 précité visant les entités in house). Cette prémisse est justifiée par les considérants qui suivent et qui permettent à la Cour de réfuter certains arguments du requérant qui estimait que les possibilités de modification ne s'appliquaient pas au sens où il y avait lieu de remettre les concessions en concurrence dès lors que la concession initiale n'avait pas été mise en concurrence.

La Cour commence par rappeler que **les règles applicables sont celles en vigueur au moment de la modification et non celles applicables au moment de la signature des concessions** (CJUE, 19 décembre 2018, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, C-375/17). Elle indique ensuite qu'**aucune disposition** de cet article 43 **ne permet de répondre à la question de savoir quelles sont les règles applicables à la modification des concessions dans le cas d'une concession initialement attribuées sans concurrence à une entité *in house***, **mais qui intervient à un moment où l'entité concernée n'est plus *in house***. La solution est donc purement prétorienne. En l'espèce, la société titulaire de la plupart des concessions concernées avait été privatisée en 1998. La Cour rejette à juste titre selon nous l'argument du requérant suivant lequel l'arrêt du 12 mai 2022, *Comune di*

Lerici (C-719/20) impliquerait une remise en concurrence. Dans cet arrêt, **la CJUE a interprété la disposition de l'article 43 paragraphe 1, sous d), comme interdisant le remplacement d'un concessionnaire par une autre entreprise sans remise en concurrence quand le contrat initial a été conclu sans mise en concurrence**. Il est vrai que les faits de l'espèce de 2022 étaient similaires à ceux de 2025 puisqu'on était en présence d'un contractant qui avait perdu sa qualité d'entité in house dans l'intervalle. Par analogie, le requérant estimait qu'il fallait également remettre en concurrence ici. Mais pour la Cour, la situation est différente : dans l'affaire de 2022, il y avait nouveau titulaire donc une *« nouvelle attribution de la concession »* alors que dans l'affaire commentée on était en présence d'une « modification de l'objet (…) qui ne relève donc pas de l'article 43, paragraphe 1, sous d), de la directive 2014/23 ». Elle ajoute même que *« exclure du champ d'application de ladite disposition les cas où une concession a été initialement attribuée à une entité in house et où le concessionnaire n'a plus cette qualité à la date de la modification de l'objet de cette concession limiterait la possibilité d'exercer cette marge de manœuvre pour un motif qui ne ressort ni du libellé ni du contexte de la même disposition et qui, dans ces conditions, ne saurait être considéré comme reflétant la volonté du législateur de l'Union »*.

Elle consacre ensuite de longs développements pour répondre à l'**argument selon lequel une demande d'annulation d'une modification devrait permettre de vérifier si le contrat initial a été régulièrement passé sans publicité ni mise en concurrence**. Elle analyse notamment la directive recours et sa logique, pour **rejeter** l'argument du requérant, au nom de la sécurité juridique : *« à cet égard, la fixation de délais de recours raisonnables sous peine de forclusion, tels que ceux établis par le droit national en application de l'article 2 septies de la directive 89/665, vise à faire en sorte, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que, après leur expiration, il ne soit plus possible de contester une décision du pouvoir adjudicateur ou de soulever une irrégularité de la procédure d'adjudication. La fixation de ces délais est compatible avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective et satisfait, en principe, à l'exigence d'effectivité découlant de la directive 89/665 (voir, en ce sens, arrêts du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, points 76 et 79, ainsi que du 11 septembre 2014, Fastweb, C-19/13, EU:C:2014:2194, point 58) »*. Cet arrêt complète donc celui qui avait indiqué qu'il n'y a pas lieu de vérifier, au moment de la modification, si le contractant présente toujours des éléments suffisants de fiabilité (CJUE, 7 novembre 2024, C-683/22, *Adusbef*, commenté dans la newsletter de novembre).

Le **principe de sécurité juridique** étant un principe du droit de l'Union européenne, la Cour rappelle qu'il s'oppose à ce que, *« dans le cadre d'une procédure de recours d'office enclenchée par une autorité de contrôle pour des motifs de protection des intérêts financiers de l'Union européenne, une nouvelle réglementation nationale prévoie, afin de contrôler la légalité de modifications de contrats de marché public, l'engagement d'une telle procédure dans le délai de forclusion qu'elle fixe, alors même que le délai de forclusion prévu par la réglementation antérieure, qui était applicable à la date de ces modifications, a expiré »* (CJUE, 26 mars 2020, *Hungeod e.a.*, C-496/18 et C-497/18). Autrement dit, ce n'est pas parce qu'une autorité européenne peut chercher à récupérer des fonds au motif du non-respect des règles de marchés publics ou de concessions que les autorités nationales peuvent rouvrir des délais de recours à la suite de cette démarche. Mais elle n'en tire pas ici une règle d'interdiction, simplement le fait que rien ne s'impose en la matière : *« il s'ensuit que ni l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 ni la directive 89/665 n'imposent aux États membres d'assurer que les juridictions nationales contrôlent, à titre incident et sur demande, la régularité de l'attribution initiale d'une concession à l'occasion d'un recours tendant à l'annulation d'une modification de celle-ci, lorsque ce recours est introduit après l'expiration de tout délai prévu par le droit national en application de l'article 2 septies de la directive 89/665 pour contester cette*

attribution initiale, par un opérateur faisant preuve d'un intérêt à se voir attribuer la seule partie de cette concession faisant l'objet de cette modification ». On peut donc imaginer que des États membres pourraient prévoir que le contrôle juridictionnel d'une modification peut conduire le juge à contrôler la légalité de l'attribution initiale.

Enfin, **la Cour vient préciser deux hypothèses de modification**, alors que dans un arrêt précédent elle avait précisé la notion de modification substantielle et le calcul des 10 % (CJUE, 20 mars 2025, *Associazione Nazionale Italiana Bingo – Anib*, C-728/22 à C-730/22, voir la newsletter d'avril 2025). La première concerne les **circonstances qu'une autorité diligente ne pouvait prévoir**, qui autorise donc une modification sous réserve qu'on ne change pas la nature globale de la concession. La Cour insiste sur ce que ces deux conditions impliquent : *« l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 permet une modification portant sur l'extension de l'objet de la concession initiale pour autant que, d'une part, la survenance de circonstances imprévisibles lors de l'attribution de cette concession rende cette modification nécessaire pour préserver l'exécution correcte des obligations découlant de ladite concession et, d'autre part, les travaux ou les services visés par cette extension, compte tenu de leur ampleur ou de leurs spécificités par rapport aux travaux ou aux services ayant fait l'objet de la même concession, n'impliquent pas un changement de la nature globale de cette dernière »* : l'incise ***« pour préserver l'exécution correcte des obligations découlant de ladite concession »* est nouvelle** et semble impliquer un **contrôle renforcé du juge**. Lu strictement, cela veut dire que les obligations découlant de la concession ne doivent pas être modifiées. En l'occurrence, il reviendra au juge national de s'assurer que les concessions de service annexes en cause impliquaient bien que les titulaires mettent en œuvre tout moyen permettant aux automobilistes d'assurer l'autonomie de leur automobile. S'il était seulement fait allusion aux *« stations-essence »* par exemple, cela pourrait conduire le juge à considérer que la modification opérée n'est pas nécessaire pour préserver l'exécution de correction des obligations. Et à supposer qu'il adopte une position inverse, encore faut-il s'assurer qu'il n'y a pas changement de nature globale « compte tenu de leur ampleur ou de leurs spécificités par rapport aux travaux ou services ayant fait l'objet de la même concession ». Il s'agit ici encore d'une incise nouvelle qui conduit à ce qu'il puisse y avoir un changement de nature globale du seul fait d'une ampleur des modifications, alors même qu'il n'y aurait pas changement des spécificités puisque c'est alternatif. C'est particulièrement restrictif ici aussi tant on pourrait admettre qu'une modification par l'ampleur importante entraîne une modification substantielle, mais ne remet jamais en cause la nature globale. On imagine ici qu'il faudra au moins augmenter la valeur de la concession (ou des marchés des entités adjudicatrices, ceux des pouvoirs adjudicateurs étant limités à 50 %) par deux voire trois fois au minimum pour qu'il y ait changement de nature globale.

Si cette hypothèse est donc d'interprétation stricte, que peut-on dire de l'autre hypothèse relative aux travaux ou services devenus nécessaires ? La Cour se borne à juger que *« cette juridiction devrait, notamment, vérifier, conformément audit article 43, paragraphe 1, sous b), i) et ii), que les travaux ou les services visés par la modification en cause au principal ne pouvaient pas, d'un point de vue économique et technique, et sans entraîner d'inconvénient majeur ou de multiplication de coûts pour le pouvoir adjudicateur, faire l'objet d'une concession autonome attribuée à la suite d'une procédure de mise en concurrence »*. Il conviendra donc de vérifier, à l'avenir, si les modifications envisagées ne peuvent faire l'objet d'une concession autonome. Appliquée aux bornes de recharge électrique, cette sorte de critère d'indissociabilité n'est pas évidente : les concessionnaires de stations-service sont-ils nécessairement les seuls opérateurs à pouvoir gérer ces bornes de recharge électrique ?

L'accident du pont de Gênes a permis de démontrer que, dans des cas tout à fait exceptionnels et

dramatiques, la Cour de justice fait preuve de flexibilité (arrêt *Adusbef* précité), mais qu'elle ne semble pas disposée à le démontrer dans d'autres circonstances.

CE, 12 mai 2025, n°492917, *SNCF Réseau*, et n°494301, *INRAE*, classés C : Le formalisme des cahiers des charges types est d'interprétation stricte et peut conduire à une dénaturation par les cours qui ne le respecte pas.

► **Consulter le texte de la décision n° 492917.**
► **Consulter le texte de la décision n° 494301.**

Commentaire de la décision :

Ces deux affaires illustrent l'**approche très rigoureuse du Conseil d'État en ce qui concerne le formalisme requis par les cahiers des charges types**, mais aussi des **cas assez rares de dénaturation des faits** par des cours administratives d'appel.

La première conduit même le Conseil d'État a cassé l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris qui avait adopté une attitude conciliante dans l'interprétation des stipulations du cahier des clauses et conditions générales (CCCG) Travaux de la SNCF. Aux termes de l'article 2.62 de celui-ci : *« Lorsque l'entrepreneur estime que les prescriptions d'un ordre de service appellent des réserves de sa part, il doit, sous peine de forclusion, les présenter par écrit au maître d'œuvre dans les quinze jours à compter de la notification de cet ordre »*. L'article 5.3 du même cahier dispose : *« Lorsque, en exécution des stipulations du marché, un document doit être remis, dans un certain délai, par l'entrepreneur au maître d'ouvrage, à la personne responsable du marché ou au maître d'œuvre, ou bien, réciproquement, doit être remis à l'entrepreneur, ou encore lorsque la remise d'un document marque le point de départ d'un délai, le document doit être remis au destinataire contre récépissé ou lui être adressé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception postal. La date du récépissé ou de l'avis de réception postal est retenue comme date de remise du document. / Toutefois, si le marché l'autorise, toute autre forme de transmission peut être utilisée à condition qu'elle permette de déterminer de manière certaine le signataire et la date de remise du document »*.

Pour le Conseil d'État :

« Il ressort des énonciations, non arguées de dénaturation, de l'arrêt attaqué que par un courrier du 3 août 2018 intitulé « ordre de service n° 21 », reçu le 9 août 2018, SNCF Réseau a notifié à la société Colas Rail le décompte mensuel n° 9, en lui précisant qu'il était inférieur à celui porté sur la facture d'acompte en raison de l'application de pénalités de retard. La société Colas Rail a contesté l'application de ces pénalités par un courrier du 23 août 2018 adressé en recommandé avec accusé de réception qui n'a été reçu que le 29 août 2018. Il a toutefois fait l'objet d'un envoi anticipé, dans le délai de quinze jours suivant la date de réception de l'ordre de service, par courrier électronique. En jugeant que la société Colas Rail était dès lors recevable à contester l'application des pénalités de retard qui ont été mises à sa charge dans le décompte général, alors qu'en l'absence de stipulation du marché autorisant une autre forme de transmission, son courrier de réserves ne pouvait être regardé comme ayant été régulièrement notifié à SNFC Réseau avant la date à laquelle la lettre recommandée avec accusé de réception a été reçue, soit au-delà du délai de quinze jours prévu par l'article 2-62 du CCCG, la cour a dénaturé les stipulations du CCCG Travaux SNCF ».

Il est quand même **rare** de voir des **cas de dénaturation** des clauses d'un contrat administratif.

Cette affaire fait ici application d'une précédente affaire *Société Systra* (CE, 15 mars 2019, n°416571,

B), qui avait jugé qu'*« en relevant, d'une part, que la circonstance que la société Systra avait doublé l'envoi du décompte général signé par un courriel transmis le 17 octobre 2013, alors que le délai de quarante-cinq jours n'était pas encore expiré, était dépourvue d'incidence sur l'écoulement du délai, et que, d'autre part, SNCF Réseau avait reçu ce décompte le 22 octobre 2013, soit après l'expiration du délai contractuellement fixé, la cour administrative d'appel de Paris a porté une appréciation souveraine sur les pièces dont elle était saisie exempte de dénaturation »*. Le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil a beau jeu de souligner ici sa surprise devant une solution contraire adoptée par… la même cour.

L'affaire est renvoyée devant celle-ci, l'issue semblant tracée s'agissant des pénalités de retard en question. Il restera à la Cour de se prononcer sur le bienfondé des autres prétentions des parties. La société réclamait initialement plus de cinq millions d'euros au titre de diverses demandes de rémunérations complémentaires, quand le tribunal administratif avait fixé le solde du marché à 2 millions d'euros HT environ… au profit de la SNCF, le tout pour un marché de travaux initialement fixé à un peu moins de 5 millions d'euros.

La deuxième affaire n'est guère plus favorable à l'entreprise requérante, même si les montants sont moindres s'agissant d'un lot *« menuiseries extérieures et façades »*. Le tribunal avait rejeté la demande de la société de condamner l'INRAE au paiement d'une somme d'environ 68 000 euros et fait droit à la demande reconventionnelle de l'INRAE à hauteur de 52 000 euros, contrairement à la Cour administrative d'appel de Toulouse qui lui avait accordé la somme de 68 000 euros pour solde du marché. Suite au pourvoi en cassation, le Conseil d'État annule l'arrêt et renvoie l'affaire devant la même cour. Le motif d'annulation tient ici encore à la dénaturation des pièces du dossier ayant conduit la CAA à estimer, de manière erronée, qu'un DGD tacite était né. Pour le Conseil d'État : *« En estimant que la société Entreprise Carré avait notifié au maître d'ouvrage, le 17 mars 2020, son « projet de décompte général » du marché en litige, conformément aux stipulations de l'article 13.4.4 du cahier des clauses administratives générales, alors que ce courrier du 17 mars 2020 constituait en réalité une réponse de la société Entreprise Carré à un document intitulé « décompte général », signé le 11 mars 2020, qui correspondait à un décompte de la seule « tranche optionnelle n° 1 » du marché notifié par l'INRAE le 13 mars précédent, la cour administrative d'appel de Toulouse a dénaturé les pièces du dossier »*.

Le rapporteur public explique pourquoi la cour a *« conféré au courrier du 17 mars 2020 un sens grossièrement erroné tant par rapport à son contenu qu'à son contexte »* :

« Pourtant, cette transmission, qui n'était aucunement présentée comme la notification d'un projet de décompte général, correspondait à une simple réponse à un document signé le 11 mars 2020 qui, même s'il était formellement intitulé « décompte général », ne correspondait pas au décompte général du marché litigieux dans son ensemble, mais seulement à un décompte de sa « tranche optionnelle n° 1 », qui avait été notifiée par l'INRAE le 13 mars précédent. Certes, le même courrier du 17 mars 2020 incluait, parmi des dizaines de pages d'annexes, un document intitulé « projet de décompte général définitif », mais celui-ci ne correspondait pas à un projet de décompte général, mais à une copie du projet de décompte final que la société avait déjà adressé le 15 novembre 2019 (il était d'ailleurs signé par l'entreprise titulaire avec pour date le 31 octobre 2019) et auquel le maître d'ouvrage n'avait pas expressément répondu. Il n'avait donc absolument pas la portée qui lui est prêtée ».

On notera que le CCAG travaux de 2014 applicable à l'espèce, comme l'actuel d'ailleurs, exigeait justement du titulaire l'envoi d'un *« projet de décompte final »* (13.3.3), le projet de décompte

général relevant du maître d'œuvre (13.3.4). Mais l'on sait que, depuis le CCAG 2014, en l'absence d'un tel document, l'entreprise peut envoyer elle-même ce « projet de décompte général qui peut se transformer en DGD tacite. On peut donc admettre que la cour ait effectivement dénaturé les pièces en confondant, semble-t-il, projet de décompte final et projet de décompte général.

Les cas de dénaturation sont plutôt rares. Sur les **63 autres affaires pertinentes** (c'est-à-dire en excluant les décisions d'admission du pourvoi en cassation et les dénaturations procédurales) disponibles sur Arianeweb dans lesquelles était invoquée devant le Conseil d'État **une dénaturation des stipulations ou des pièces du dossier en matière de marché public**, **onze concluent à la dénaturation**, **quatre fois en faveur de la personne publique** (CE 29 décembre 2023, 470274 ; CE, 3 décembre 2012, 347940 ; CE, 16 décembre 2009, 305567 ; CE, 21 mars 2007, 281796), **sept fois en faveur de l'entreprise** (CE, 12 juin 2019, 421545 ; CE, 20 juin 2018, 408507, CE, 9 juin 2017, 396851 ; CE, 9 janvier 2015, 370576 ; CE, 27 janvier 2011, 330523, CE, 11 juillet 2008, 275289 ; CE, 1er juillet 2005, 263672). Si l'on ajoute les deux affaires commentées, on arrive à un total de 13 affaires sur 65, soit 20 % de chance. Mais si l'on devait ajouter les non-admissions en cassation, il est probable que ce pourcentage devrait alors être divisé par 3 ou 4…

En définitive, seule l'affaire commentée dans la précédente newsletter, relative aux travaux supplémentaires ordonnés verbalement, a montré la flexibilité du Conseil d'État en matière de respect du formalisme issu des clauses contractuelles, mais on pouvait considérer qu'il s'agissait d'un cas non réglé par les CCAG (CE, 17 mars 2025, n° 491682, *Société Eiffage Construction Sud-Est*, classé B).Pour le reste, le formalisme requis par les clauses doit être respecté scrupuleusement.

Commission européenne, QandA sur l'application des arrêts Kolin et Qingdao : La Commission européenne publie un « Questions and Answers » sur la participation au marché public des soumissionnaires de pays tiers non couverts au regard de la jurisprudence récente de la cour de justice - CJUE 22 Octobre 2025 C-652/22, Kolin et 13 Mars 2025, C-266/22, Qingdao sur l'application des arrêts KOLIN (C-652/22,) et QINGDAO (C-266/22).

► **Consulter le QandA.**

Commentaire du texte :

Une fois n'est pas coutume, c'est un QandA ("*Questions and Answers*"), publiée en anglais, qui fait l'objet d'un commentaire, l'occasion de revenir sur ces deux arrêts qui présentent une certaine importance s'agissant d'opérateurs non couverts par un accord international relatif à l'accès aux marchés publics.

Un des **premiers apports** de ce QandA est justement d'apporter des **éléments sur les pays non couverts par un accord**, c'est-à-dire ceux qui sont **hors AMP, espace économique européen ou accord bilatéral comportant des règles sur les marchés publics** (CETA entre l'UE et le Canada par exemple). Il existe un site dédié (https://webgate.ec.europa.eu/procurementbuyers/#/procumementlocation), mais comme un éventuel défaut ne décharge pas une autorité contractante de sa responsabilité dit le QandA, il convient de se reporter, pour l'AMP à https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_app_agree_e.htm et pour les accords internationaux contenant des dispositions sur les marchés publics à https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/negotiations-and-agreements_en.

Par ailleurs, le QandA précise plusieurs points :

- Les pouvoirs adjudicateurs/entités adjudicatrices ne sont pas tenus d'évaluer si l'accès au marché public du pays tiers a été accordé de manière réciproque et équitable (pour le cas où il existe un accord)
- L'arrêt Kolin ne se prononce pas sur l'accès des biens (ou services) originaires de pays non couverts et non régis par les engagements internationaux de l'Union
- Les principes de l'arrêt Kolin s'appliquent à toute procédure de passation de marchés publics, indépendamment des seuils de l'UE et de la valeur de l'offre
- L'arrêt Kolin ne dit rien des groupements d'entreprises ou des sous-traitants, mais il appartient à chaque pouvoir adjudicateur / entité adjudicatrice de décider au cas par cas d'admettre ou non la participation d'opérateurs économiques de pays non couverts à une procédure de passation de marché spécifique, soit en leur propre nom, soit en tant que membres de consortiums ou en tant que sous-traitants.
- L'article 9 de la directive 2014/24 sur les Marchés publics passés et concours organisés en vertu de règles internationales n'est pas affecté par l'arrêt Kolin

- Des dispositions nationales prises sur cette question sont illégales, car adoptées en violation de la compétence exclusive de l'UE (arrêt Qingdao). En conséquence, il appartient au pouvoir adjudicateur de décider d'accepter ou d'exclure les opérateurs économiques des pays non couverts en écartant des dispositions nationales qui fixeraient un cadre. Il peut le faire au cas par cas (à l’avance ou pendant la procédure) ou en adoptant une approche uniforme non contraignante (y compris en visant à exclure systématiquement les tiers non couverts ou au contraire à les traiter sur un pied d’égalité avec les concurrents européens ou encore en adaptant le résultat résultant de la comparaison entre les offres soumises par ces opérateurs et celles soumises par d'autres opérateurs)
- En revanche, les voies de recours dont disposent les opérateurs de pays tiers non couverts relèvent exclusivement du droit national, sans qu’il existe un droit au recours garanti par le droit européen pour ces tiers non couverts. Et il appartient aux autorités nationales compétentes d'identifier d'autres dispositions nationales (qui ne transposent pas le droit de l'Union en matière de marchés publics) sur lesquelles ces opérateurs économiques peuvent se fonder.

En attendant donc que la réforme des directives se saisisse, éventuellement, de cette question, il appartient à chaque autorité contractante de déterminer le régime applicable à des cocontractants issus de pays tiers « non couverts ». Si les autorités contractantes françaises sont peut-être moins concernées que celles des pays de l’Est européen, il peut néanmoins arriver qu’elles aient affaire à, par exemple, des entreprises turques ou chinoises et il convient de réfléchir à la manière dont ces offres vont être traitées.

Brèves pour la période de février 2025 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CAA Marseille, 17 Février 2025, n° 24MA02194, C+

► **Consulter la décision.**

Responsabilité in solidum et évaluation des responsabilités respectives des constructeurs tenus par la garantie décennale :

« 30. Par ailleurs, il incombe au juge administratif, lorsqu'est recherchée devant lui la responsabilité décennale des constructeurs, d'apprécier, au vu de l'argumentation que lui soumettent les parties sur ce point, si les conditions d'engagement de cette responsabilité sont ou non réunies et d'en tirer les conséquences, le cas échéant d'office, pour l'ensemble des constructeurs. De même, dans l'hypothèse où les constructeurs sont tenus in solidum à la réparation de désordres décennaux, il lui incombe d'évaluer le montant du préjudice au regard de l'argumentation que lui soumettent l'ensemble de ces parties, et d'en tirer les conséquences, le cas échéant d'office, pour l'ensemble des constructeurs. 31. Ainsi qu'il a été dit au point 13, la société SME a présenté une contestation sérieuse du coût des travaux de reprise. Alors même que la société Artelia ne reprend pas à son compte cet argumentaire, il y a lieu d'en tirer les conséquences pour la société Artelia. »

CAA Paris, 12 Février 2025, n° 24PA03389

► **Consulter la décision.**

Un maitre d'ouvrage public ne peut obtenir le sursis à exécution d'un jugement ayant prononcé la restitution des garanties, à la suite d'un prolongement contesté de la garantie de parfait achèvement, sans risque d'insolvabilité de l'entreprise :

« 6. Le SMTU du Grand Nouméa expose que la suppression des sûretés dont il bénéficiait emporterait la perte définitive du " levier financier " lui permettant d'obtenir la reprise des travaux par l'entreprise attributaire et, à tout le moins, des conséquences financières pour lui difficilement réparables, le montant des travaux de reprise étant évalué à l'équivalent de 9 millions d'euros, représentant 4 % de ses recettes réelles de fonctionnement et près de 100 % des crédits budgétaires disponibles en investissement. Il se prévaut également des difficultés financières qu'il rencontre qui rendent impossible une avance des fonds pour la reprise du tracé. Il invoque, enfin, la situation extrêmement dégradée en Nouvelle-Calédonie depuis le 13 mai 2024, le mobilier urbain et les abords des voies réservées y ayant subi de fortes dégradations. 7. Toutefois, alors qu'il n'est pas même allégué que la société Ménaouer aurait rencontré des difficultés pour constituer les sûretés requises lors de la signature du marché, le syndicat requérant n'établit pas que la situation financière actuelle de cette entreprise, dont ni le chiffre d'affaires ni le résultat des dernières années ne sont évoqués, la mettrait dans l'impossibilité, si besoin était, de couvrir le montant des réparations des désordres subsistant. En l'absence de tous éléments attestant notamment d'une baisse d'activité à laquelle serait confrontée l'entreprise titulaire du marché, il n'est ainsi pas justifié de ce que sa situation financière serait durablement obérée, avec le risque associé pour l'appelant de perdre définitivement les

sommes en litige de 2 025 686 et 3 385 517 francs CFP dans l'attente qu'il soit statué sur l'appel interjeté. Il n'y a pas lieu, dès lors, d'ordonner qu'il soit sursis à l'exécution du jugement attaqué sur le fondement des dispositions précitées de l'article R. 811-16 du code de justice administrative. »

CAA Nantes, 28 Février 2025, 23NT02468

► **Consulter la décision.**

Des fuites de pluie ne conduisent pas nécessairement à rendre un ouvrage public impropre à sa destination :

« Il résulte de l'instruction, en particulier du rapport d'expertise judiciaire du 19 mai 2021, corroboré par le rapport de la société Assnet Assistance du 4 avril 2018 et les procès-verbaux de constat d'huissier des 6 juin 2019, 11 juin 2020 et 19 août 2020, que la salle multimédia, la salle d'archives et le bureau des bibliothécaires de la médiathèque de Montauban-de-Bretagne subissent des infiltrations d'eau en cas de pluie compte tenu d'une rupture de la continuité du dispositif mis en œuvre pour étancher le voile béton armé enterré et d'une défectuosité de l'appui des menuiseries extérieures. Cela se traduit par des taches et l'endommagement de certains panneaux des plafonds de ces salles voire l'écoulement d'eau sur leurs sols. 4. La commune de Montauban-de-Bretagne soutient que ces désordres rendent l'ouvrage impropre à sa destination. Toutefois, il résulte de l'instruction qu'ils ne concernent que trois salles et ne prennent toute leur ampleur qu'en cas de pluie importante. Si la commune fait valoir qu'ils perturbent le travail des agents de la médiathèque et l'usage des lieux et dégradent prématurément les embellissements, il n'est pas allégué que cela aurait conduit à la fermeture, même temporaire de ces salles ou à l'endommagement de livres, archives ou équipements informatiques et électriques qui s'y trouvent. Il ne résulte pas davantage de l'instruction que les employés et usagers de l'ouvrage ne pourraient pas y mener leurs activités normales, en toute sécurité, et que les biens qui y sont entreposés n'y seraient pas protégés, sous certaines conditions ou aménagements. Par ailleurs, il n'est pas allégué que ces infiltrations pourraient s'aggraver à plus long terme au point d'affecter la solidité de l'immeuble et de compromettre sa destination. Dans ces conditions, en raison de leur caractère ponctuel et limité, ces infiltrations ne suffisent pas à rendre l'ouvrage impropre à sa destination ou à porter atteinte à sa solidité. Par suite, la commune de Montauban-de-Bretagne n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande au titre de la responsabilité décennale des constructeurs. »

CAA Lyon, 13 Février 2025, n° 23LY00690

► **Consulter la décision.**
► **Voir aussi la décision CAA Nantes, 28 févr. 2025, n° 24NT00999, *Sté Vert Marine*, à propos de l'indemnisation du manque à gagner du concurrent irrégulièrement évincé d'une concession affectée par la Covid-19.**

L'évaluation du manque à gagner en cas de résiliation d'une concession pour motif d'intérêt général ne saurait être théorique :

« 4. La société requérante soutient qu'elle a été privée d'un gain supplémentaire qu'elle évalue à la somme de 87 729 euros. Elle fait valoir que, conformément au modèle économique d'un contrat de concession, où le concessionnaire dégage un niveau croissant de bénéfice après avoir commencé à amortir ses investissements et engagé des dépenses pour l'amélioration de la rentabilité du contrat, elle avait vocation, après avoir constaté des déficits au titre des exercices clos en 2012 et 2013, à percevoir un bénéfice croissant jusqu'à la fin de la concession en 2024. Elle soutient que, dans de telles conditions, l'exercice clos en 2018, au titre duquel elle a réalisé des investissements élevés afin de réparer les fuites sur le réseau, doit être exclu, compte tenu de son caractère exceptionnel, de la base de calcul de son bénéfice moyen et qu'il convient de ne retenir que le seul exercice clos en 2019, dont le niveau plus élevé de bénéfice, qui est le résultat des investissements effectués antérieurement, devait nécessairement perdurer et s'amplifier au titre des exercices ultérieurs.
5. Toutefois, la requérante, qui se borne à un exposé théorique de la croissance attendue de ses résultats, n'apporte à l'appui de sa démonstration aucun élément extrait de sa propre exploitation, permettant d'établir que, comme elle le soutient, son bénéfice avait vocation à atteindre annuellement 79 000 euros à compter de l'exercice clos en 2020, alors notamment que le bénéfice moyen dégagé depuis le début du contrat est inférieur à 10 000 euros annuels et que seuls quatre des sept exercices d'exploitation ont été bénéficiaires, démentant ainsi les perspectives de croissance linéaire qu'elle invoque. Par ailleurs, il résulte de l'instruction que les dépenses réalisées au titre de l'exercice clos en 2018 afin de réparer les fuites sur le réseau, dès lors qu'elles représentent des charges inhérentes à la délégation qui lui a été confiée, ne présentent pas un caractère exceptionnel justifiant qu'elles soient neutralisées du calcul de son manque à gagner. La société ne produit en outre aucun élément permettant de démontrer que les fuites d'eau qu'elle a dû réparer en 2018, qui constituent un risque d'exploitation de son contrat, ne pouvaient affecter d'autres sections du réseau au cours des exercices à venir. Enfin, la durée importante du contrat de concession, fixée à douze ans, induit un aléa supplémentaire qui doit nécessairement être intégré dans l'évaluation du préjudice. Dans ces conditions, la requérante n'est pas fondée à soutenir que son manque à gagner excèderait la somme, qui lui a été allouée par le syndicat, de 121 100 euros, correspondant à 28 833 euros par an sur la durée restant à courir du contrat. »

CAA Marseille, 7 Février 2025, 23MA03063

► **Consulter la décision.**

La Covid-19 ne constituait pas, pour un marché de partenariat d'un stade, un case de force majeure mais seulement d'imprévision :

« Toutefois, et en tout état de cause, la survenance de la pandémie du covid-19, si elle a perturbé l'activité du stade de Nice et entraîné des difficultés financières, n'a pas constitué un événement faisant irrésistiblement obstacle à l'exécution de tout ou partie des obligations contractuelles par la société Nice Eco Stadium, mais un bouleversement, d'ailleurs temporaire, des conditions d'exploitation seulement susceptible d'être couvert par une indemnité d'imprévision. Dès lors, les stipulations précitées de l'article 45.3 du contrat de partenariat ne pouvaient recevoir application. »

CAA Bordeaux, 20 Février 2025, n° 23BX00399

► **Consulter la décision.**

La Covid-19 et l'ordonnance du 25 mars 2020 n'empêchent pas la résiliation d'une convention d'occupation du domaine privé pour raisons financières :

« 8. En deuxième lieu, aux termes de l'article 1er de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19 : " Sauf mention contraire, les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire déclaré par l'article 4 de la loi du 23 mars 2020 susvisée, augmentée d'une durée de deux mois. ". L'article 6 de la même ordonnance dispose que : " En cas de difficultés d'exécution du contrat, les dispositions suivantes s'appliquent, nonobstant toute stipulation contraire, à l'exception des stipulations qui se trouveraient être plus favorables au titulaire du contrat : (...) 2° Lorsque le titulaire est dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un contrat, notamment lorsqu'il démontre qu'il ne dispose pas des moyens suffisants ou que leur mobilisation ferait peser sur lui une charge manifestement excessive : a) Le titulaire ne peut pas être sanctionné, ni se voir appliquer les pénalités contractuelles, ni voir sa responsabilité contractuelle engagée pour ce motif. / (...) 7° Lorsque le contrat emporte occupation du domaine public et que les conditions d'exploitation de l'activité de l'occupant sont dégradées dans des proportions manifestement excessives au regard de sa situation financière, le paiement des redevances dues pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public est suspendu pour une durée qui ne peut excéder la période mentionnée à l'article 1er. (...) ".

D'une part, la société " Institut Marin du Bien Être et du Bien Vieillir " est fondée à soutenir que les dispositions précitées du 2° de l'article 6 de l'ordonnance du 25 mars 2020 pouvaient être invoquées en mai 2021, dans la mesure où elles étaient nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation, pour régler, au lieu et place des stipulations contractuelles, les difficultés d'exécution des contrats conclus ou en cours d'exécution pendant la période mentionnée à l'article 1er de l'ordonnance, soit entre le 12 mars et le 23 juillet 2020 inclus. Toutefois, il demeure qu'une partie des sommes dont le paiement lui était demandé correspondait à des dettes contractées préalablement à la période d'urgence sanitaire et qu'elle n'établit pas plus en appel qu'en première instance qu'elle était dans l'impossibilité de payer les sommes dues à la commune ou que leur paiement aurait fait peser sur elle une charge manifestement excessive alors qu'elle pouvait prétendre aux aides relevant du fonds de solidarité à destination des entreprises particulièrement touchées par les conséquences économiques, financières et sociales de la propagation de l'épidémie de covid-19. »

CAA Marseille, 17 Février 2025, n° 24MA01086

► **Consulter la décision.**

Un marché était bien à prix unitaire et il y avait bien diminution de plus de 20 % de la masse des travaux décidée par avenant ouvrant droit à indemnité :

« En ce qui concerne la nature du marché: 4. Aux termes de l'acte d'engagement portant sur le lot n° 4, le montant de 1 965 096,40 euros hors taxes du marché conclu entre la métropole Nice Côte d'Azur et la société Razel-Bec est un montant qui résulte de l'application à des quantités prévisionnelles des prix figurant sur le bordereau des prix unitaires. En outre, le cahier des clauses administratives particulières applicable à ce lot prévoit en son article 3.1. que : " Les travaux faisant l'objet des lots suivants sont réglés par application des prix unitaires dont le libellé est donné dans le bordereau des prix constitué par le pouvoir adjudicateur : / - Lot 3 : Génie civil ; voirie et réseaux divers - Lot 4 : Revêtement de sol, béton " et en son article 3.2 " Un ou des sous-détails des prix unitaires pourront être demandés en cours d'exécution du marché, dans les conditions prévues à l'article 10.3.4 du CCAG travaux ". Ensuite, sur demande de la Cour, la société Razel-Bec a produit le bordereau de prix unitaires du marché. Il s'en déduit que contrairement à ce qu'affirme la collectivité, le marché conclu avec la société appelante est un marché à prix unitaires et non un marché à prix global et forfaitaire. En ce qui concerne la diminution du montant des travaux : 5. Aux termes des stipulations de l'article 16 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux et portant sur la " Diminution du montant des travaux " : " 16.1. Si la diminution du montant des travaux, par rapport au montant contractuel, est supérieure à la diminution limite définie à l'alinéa suivant, le titulaire a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette diminution au-delà de la diminution limite. / La diminution limite est fixée : / - pour un marché à prix forfaitaires, à 5 % du montant contractuel ;/ - pour un marché sur prix unitaires, à 20 % du montant contractuel ; / - pour un marché dont l'ensemble des prestations est rémunéré suivant une formule mixte dans les conditions définies à l'article 11.2.3, à la moyenne des diminutions limites correspondant aux divers modes de rémunération intervenant dans la formule, cette moyenne étant pondérée au prorata de l'importance respective de l'intervention de chacun de ces modes. / Si le marché comporte, suivant les travaux, plusieurs des modes de rémunération ci-dessus, la diminution limite est fixée à la somme des diminutions limites afférentes respectivement à chacun des montants contractuels partiels de travaux relevant des modes dont il s'agit. / 16.2. (...). / Le titulaire a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe, dans sa demande d'indemnisation, d'apporter au pouvoir adjudicateur toutes les justifications nécessaires à la détermination du montant des indemnités dans un délai de trente jours à compter de la date d'effet de la réception ou de la date de notification de la résiliation du marché. 6. Le montant contractuel du marché s'établit à 1 937 200,79 euros hors taxes, compte tenu du montant initial de 1 965 096,40 euros hors taxes et de la révision des prix qui s'établit au montant négatif de -27 895,61 euros. Le montant réglé à la société étant de 1 406 528,52 euros, la diminution du montant des travaux s'élève à 530 672,27 euros, soit 27,39 % du montant contractuel. Dès lors, la société appelante est fondée à solliciter l'indemnisation de la marge attendue sur un montant de travaux correspondant à 7,39 % (27,39 % - 20 %) de la masse initiale, soit 143 232,11 euros, ainsi que de la sous-couverture des frais généraux. Compte tenu du taux de marge qu'elle estime à 11,50 %, lequel n'est pas sérieusement contredit par la métropole Nice Côte d'Azur et apparaît vraisemblable, il sera fait une juste appréciation de ce préjudice, dans son ensemble, en l'évaluant à 19 000 euros. »

CAA Nantes, 28 févr. 2025, n° 23NT03747

► **Consulter la décision.**

Un dépassement du prix d'acquisition estimé par la DDFIP est illégal faute d'intérêt public local suffisant et malgré une réévaluation postérieure par la DDFIP :

« En premier lieu, il ressort des pièces du dossier que le terrain à acquérir comporte une maison d'habitation d'une superficie utile de 65 m², à l'état d'abandon depuis plusieurs années et qui est vouée à la démolition, sur une parcelle d'une superficie totale de 1 823 m². Par un avis du 22 septembre 2020, la directrice départementale des finances publiques du Finistère a estimé que la valeur vénale de ce bien immobilier s'élevait à 270 000 euros, hors coût de démolition avec une marge d'appréciation de 10 %, soit un seuil haut de 297 000 euros. Par la délibération contestée, la commune de Fouesnant a autorisé l'acquisition de ce bien au prix de 350 000 euros, hors frais de démolition, soit un prix supérieur de 17,84 % à la fourchette haute de l'estimation issue de l'avis du 22 septembre 2020 de la direction départementale des finances publiques du Finistère et de 29,6 % par rapport au prix estimé. Si la commune a produit un second avis de la directrice départementale des finances publiques du Finistère, daté du 20 octobre 2021, mentionnant, pour le même bien, un prix de 350 000 euros, cet avis est postérieur de dix mois à la délibération contestée du 17 décembre 2020 et il n'indique pas que le premier avis était erroné mais uniquement qu' " il y a eu une demande de réexamen du dossier, compte tenu de l'augmentation des prix des biens depuis le début de la crise sanitaire ainsi que de leur rareté sur le marché immobilier fouesnantais " et que " le service revoit à la hausse l'évaluation précédente et valide la valeur négociée par le consultant à savoir 350 000 euros hors coût de démolition. ". Si la commune de Fouesnant a produit un tableau faisant état de plusieurs ventes immobilières, elle n'a pas précisé les dates des transactions en cause, alors que M. Esnault a apporté en première instance des éléments précis non contestés permettant de démontrer que les biens n'étaient pas comparables. Au vu de ces éléments, il n'est pas établi que l'estimation du bien en cause à 270 000 euros hors coût de démolition était erronée à la date de la délibération contestée. L'écart entre le prix estimé par la directrice départementale des finances publiques du Finistère le 22 septembre 2020 et le prix finalement retenu par le conseil municipal dans la délibération contestée est ainsi substantiel.

5. En second lieu, si la commune de Fouesnant indique qu'elle a souhaité ne pas léser le vendeur du fait de l'évolution prévisible des prix de l'immobilier postérieurs à la crise sanitaire, elle n'apporte aucun élément à l'appui de ses allégations et en particulier sur la prévisibilité de cette évolution. Enfin, la commune de Fouesnant se prévaut de l'intérêt public " fort " à acheter ces parcelles, afin de lui permettre de créer une réserve foncière pour ensuite agrandir le pôle culturel " l'Archipel ", au vu des caractéristiques des parcelles, suffisamment grandes, et de leur localisation, en face du pôle culturel actuel, en plein centre-ville. Cependant, ce projet d'agrandissement n'en est qu'à ses prémices, le débat d'orientation budgétaire pour l'année 2020 se bornant à mentionner " qu'une réflexion devra par ailleurs être menée sur l'évolution de ses locaux qui se révèlent en partie inadaptés au regard du niveau de fréquentation des usagers (conservatoire et médiathèque) et du confort de travail des agents (tous services confondus) ", ce qui vient relativiser fortement l'intérêt public dont se prévaut la commune. Par conséquent, l'écart significatif entre le prix retenu par la commune et l'estimation faite par la direction départementale des finances publiques du Finistère le 22 septembre 2020 n'est pas justifié par un intérêt public local suffisant. »

L'essentiel du droit des contrats publics, juin 2025, n° 17

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 10 juin 2025, 495479, 495480, 495481, *Association Agir pour l'environnement et autres*, classé B : La clause relative à la durée et aux conditions de résiliation est dépourvue d'effet réglementaire. .. 2

CE, 20 mai 2025, 498461-498679, *Société La Forge de Longuyon*, classé B : Une collectivité publique peut demander au juge le recouvrement d'une créance après l'émission d'un titre exécutoire si elle justifie, d'une part, de vaines tentatives d'exécution du titre exécutoire qu'elle a préalablement émis, notamment sur des biens situés en France, et d'autre part, de l'utilité d'une décision rendue par une juridiction française pour le recouvrement de sa créance sur des biens ou fonds à l'étranger. 4

CE, 20 mai 2025, 491398, *Voies navigables de France c/ Département de l'Oise*, classé B : Est d'ordre public en cassation le moyen tiré de ce que la responsabilité contractuelle ne pouvait être invoquée dès lors que les parties au litige n'étaient pas liées par un contrat..... 6

CJUE, 12 Juin 2025, C-415/23 P, OHB System AG : Le recrutement d'un employé-cadre d'un soumissionnaire par un autre soumissionnaire concurrent peut conduire à un conflit d'intérêts dont le pouvoir adjudicateur doit tenir compte. 9

Brèves pour la période de mars à juin 2025 : 12

CE, 10 juin 2025, 495479, 495480, 495481, *Association Agir pour l'environnement et autres*, classé B : La clause relative à la durée et aux conditions de résiliation est dépourvue d'effet réglementaire.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Voici un nouvel épisode contentieux qui concerne le **projet d'autoroute de l'A69** entre Toulouse et Castres. Cette fois, les requérants avaient décidé de s'en prendre à la **clause relative à la durée de ce contrat de concession**, il est vrai un peu longue de 55 ans. Mais **faute de l'avoir fait dans les délais via un recours « Tarn-et-Garonne »** (CE, 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, 358994) **ou via un recours pour excès de pouvoir de type « Cayzeele »** (CE, 10 juillet 1996, 138536), **les requérants ne pouvaient que demander l'abrogation de la clause litigieuse puis demander l'annulation en excès de pouvoir du rejet de cette demande**, en l'occurrence implicite du fait du silence gardé par le ministre délégué auprès du ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires.

La recevabilité du recours dépendait donc de la question de **savoir si l'on était en présence d'une *« clause réglementaire »***, expression d'ailleurs ancienne, mais à qui avait été préférée en 1996 celle de *« dispositions à caractère réglementaire »*. Sans doute s'agissait-il alors de mieux faire le lien avec le régime de recevabilité des dispositions réglementaires contenues dans un acte unilatéral, et par là souligner le caractère très peu contractuel de ces dispositions. **On retrouve ici logiquement l'expression de clause réglementaire, qui a été utilisée d'ailleurs 82 fois par le Conseil d'État depuis l'arrêt Cayzeele, et qui consacre la nature duale de ces clauses, puisqu'elles emportent des droits ou obligations pour le concessionnaire**. On rappellera qu'en 1996, il s'agissait de parachever l'alignement contentieux des clauses réglementaires sur les dispositions réglementaires contenues dans des actes unilatéraux, commencé 80 ans plus tôt avec la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des décisions violant des dispositions réglementaires contenues dans un contrat (CE, 21 décembre 1906, 19167, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*).

Pour conclure au caractère non réglementaire de la clause litigieuse, le Conseil d'État commence par rappeler mot pour mot le considérant de principe qu'il a adopté dans un arrêt de 2018 (CE, 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération*, 404982) :

« S'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé. En revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel ».

Cette formulation n'est que la **mise en œuvre**, de manière plus précise, **des deux hypothèses traditionnelles** de clauses réglementaires : ce sont celles relatives *« à l'organisation et au*

fonctionnement du service » et celles relatives *« à la situation des usagers et du personnel »*, ces dernières produisant donc des effets sur les tiers. C'est le Doyen Léon Duguit (*Traité de Droit constitutionnel*, t. 3, édition 1928, p. 446), repris par le président P. Laroque (*Les usagers des services publics industriels*, Sirey, 1933, p. 27), qui avait identifié ces deux catégories, ajoutant qu'il s'agissait de dispositions qui se seraient retrouvées dans un règlement de service si le service public avait été exécuté en régie.

L'appliquant à la clause contestée, **le Conseil d'État estime que *« la clause d'un contrat de concession fixant la durée d'une concession autoroutière et les conditions d'une résiliation par le concédant, qui n'a pour objet que d'organiser les relations entre le concédant et le concessionnaire et de participer à la détermination du régime financier de la concession, est dépourvue de caractère réglementaire »***. Il faut dire que le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil apportait trois séries de sérieux arguments en faveur de cette solution. En premier lieu, *« l'acte réglementaire est, par nature, celui qui a une portée générale et impersonnelle »*, conduisant d'ailleurs le Conseil d'État a jugé que les clauses réglementaires sont divisibles par nature (CE, Section, 8 avril 2009, *Association Alcaly et autres*, n° 290604, p. 112), ce qui ne peut être le cas d'une clause relative à la durée. En deuxième lieu, *« une clause relative à la durée du contrat ne change rien à l'organisation ou au fonctionnement du service »*, sachant qu'une clause *« pouvant indirectement avoir des effets pour les tiers (…) ne saurait à elle seule permettre de les regarder comme réglementaires »* (CE, 31 mars 2014, *Union syndicale du Charvet et Union syndicale des Villards*, 360904, T. p. 745-819). Enfin, si la clause réglementaire est aussi celle qui consisterait en une disposition d'un règlement de service si le service était exploité en régie, telle n'est par nature pas le cas d'une clause relative à la durée d'un contrat. Dans ces conditions, il était en effet difficile de conclure à la nature réglementaire de cette clause.

En dépit de la référence aux *« concessions autoroutières »*, on ne doit pas se méprendre sur la portée de l'arrêt : sont bien concernées les clauses de durée de toutes les concessions et même des contrats administratifs plus généralement, la solution étant au moins transposable aux marchés, dont certains peuvent confier des missions de service public et donc potentiellement comporter des clauses réglementaires.

CE, 20 mai 2025, 498461-498679, *Société La Forge de Longuyon*, classé B : Une collectivité publique peut demander au juge le recouvrement d'une créance après l'émission d'un titre exécutoire si elle justifie, d'une part, de vaines tentatives d'exécution du titre exécutoire qu'elle a préalablement émis, notamment sur des biens situés en France, et d'autre part, de l'utilité d'une décision rendue par une juridiction française pour le recouvrement de sa créance sur des biens ou fonds à l'étranger.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cette affaire suppose de rappeler au préalable certains principes de base. **En droit administratif général**, **l'administration ne peut demander au juge ce qu'elle en droit de demander directement en vertu de son privilège du préalable** : tel est l'apport du célèbre arrêt *Préfet de l'Eure* (CE, 30 mai 1913, 49241, p. 583). Le rapporteur public dans l'affaire commentée, Romain Victor, rappelait la justification qu'en donnait le Doyen Hauriou dans son commentaire dudit arrêt : *« en principe, une administration publique, qui veut engager une discussion contentieuse, ne se porte point demanderesse devant le juge ; elle commence par se faire justice elle-même par ses propres moyens, c'est-à-dire par ses propres décisions exécutoires, et ainsi elle oblige son adversaire à prendre le rôle de demandeur, s'il ne préfère pas accepter la situation par elle établie. C'est ce qu'on appelle la procédure d'action directe ou procédure par décision exécutoire. Elle est fondamentale ; elle doit être employée toutes les fois qu'elle est possible (…) »* (Sirey 1915, III, p. 9). A ce principe, **l'arrêt *Département de l'Eure* a apporté une exception** de manière solennelle, après quelques antécédents, en 2016 (CE, 24 février 2016, 395194, p. 44) : il **ne s'applique pas en matière de créance contractuelle** et les personnes publiques ont alors le **choix entre émettre un titre exécutoire ou saisir le juge**. **Toutefois**, exception à l'exception, **ce choix se referme une fois que le titre exécutoire a été émis de sorte que la saisine du juge devient sans objet** (CE, 15 décembre 2017, *Société Ryanair Designated Activity Company et autre*, 408550). **L'apport de l'arrêt commenté est d'apporter une exception… à l'exception à l'exception**.

La demande redevient recevable *« lorsque la collectivité publique justifie, d'une part, **de vaines tentatives d'exécution du titre exécutoire** qu'elle a préalablement émis, notamment **sur des biens situés en France, et** d'autre part, **de l'utilité d'une décision rendue par une juridiction française pour le recouvrement de sa créance sur des biens ou fonds à l'étranger** »*.

Cette innovation jurisprudentielle est d'autant plus remarquable que le Conseil d'État finit par conclure qu'en l'espèce, la personne publique requérante ne se trouvait pas en pareille situation : *« VNF ne conteste pas sérieusement, par ces seules allégations, que la société débitrice, laquelle exploite son activité de production d'électricité en France, dispose en France d'actifs saisissables. Il ne justifie pas, en outre, avoir vainement tenté, avant de saisir le juge administratif, d'exécuter, en particulier auprès des débiteurs de cette société, les titres exécutoires qu'il a lui-même délivrés »*. Autrement dit, il s'agit d'une **innovation jurisprudentielle non nécessitée** par les faits de l'espèce, ce qui est tout de même plus satisfaisant pour éviter de donner un caractère rétroactif au *« revirement »* de jurisprudence.

Il est à noter que **les conclusions conduisaient au même dispositif**, mais sont contraires à l'arrêt

s'agissant des motifs sur un plan, semble-t-il. **Le rapporteur public estimait** tout d'abord qu'on n'était **pas en présence d'une créance contractuelle** au motif que VNF réclamait des sommes qui résulteraient d'une loi et d'un règlement : *« VNF ne réclame pas, en effet, une indemnité pour occupation irrégulière postérieure à une convention d'occupation expirée ou résiliée, comme dans les précédents SCI Marjenco et Thomas précités, mais le paiement d'un arriéré d'imposition (la taxe hydraulique, pour la période 2014-2019) et d'un arriéré de redevance domaniale (la redevance pour prise et rejet d'eau, pour la période 2020-2023), dont le produit lui est affecté par la loi pour constituer l'une de ses ressources propres »*. Il est vrai qu'on ne saurait exclure que le Conseil d'État a rejeté le moyen comme étant non fondé sans avoir pris parti sur son caractère recevable. Mais le fait qu'il n'ait pas indiqué *« en tout état de cause »* laisse penser qu'il a jugé que la créance était bien contractuelle. Elle l'était sans doute partiellement au moins, s'agissant de la redevance domaniale.

Du reste, le rapporteur public estimait qu'à supposer que la créance soit considérée comme contractuelle, s'agissant justement de la redevance domaniale, la jurisprudence Ryanair précitée pouvait ne pas s'appliquer et il envisageait donc la nouvelle exception introduite dans l'arrêt, tout en concluant lui aussi à l'inapplicabilité de cette exception en l'espèce. L'arrêt ne procède pas, en revanche, à cette distinction entre les deux types de créances.

Il reste à savoir si un jugement serait plus utile qu'un titre exécutoire pour le recouvrement de créance à l'étranger. Il est clair qu'un seul titre exécutoire ne sera pas efficace. Mais il n'est pas garanti qu'un jugement le saurait systématiquement, à l'inverse. C'est probablement pour cela que le Conseil d'État a estimé qu'il fallait que la personne prouve l'utilité de la demande. On peut se demander ce que cela recouvre, peut-être, le fait de prouver que des demandes d'exequatur sont déjà acceptées dans le pays en question.

Enfin, le **Conseil d'État ne se prononce pas sur l'interprétation du *Règlement n° 1215/2012***, dont l'article 36, paragraphe 1, prévoit qu'en matière civile et commerciale, toute décision rendue par une juridiction dans un État membre de l'Union européenne est reconnue dans les autres États membres. Il n'avait pas à le faire il est vrai, mais il est remarquable de noter que le rapporteur public a estimé qu'on n'était pas dans la matière civile et commerciale, *« s'agissant d'une redevance directement liée à une autorisation, par nature précaire et révocable, d'occupation du domaine public de l'État remis en gestion à VNF, qui dispose du pouvoir d'émettre des titres exécutoires »*.

Il rejoint ce qu'avait proposé, non pas en matière de convention d'occupation domaniale, mais de marchés publics et donc pour des motifs différents, Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions sur l'arrêt *Association Bon Sens* de 2024 commenté dans une précédente newsletter de la Chaire. Se bâtit peu à peu un édifice qui pourrait conduire à considérer que les contrats administratifs français n'entrent pas dans la matière civile et commerciale au sens des règles de droit international privé.

CE, 20 mai 2025, 491398, *Voies navigables de France c/ Département de l'Oise*, classé B : Est d'ordre public en cassation le moyen tiré de ce que la responsabilité contractuelle ne pouvait être invoquée dès lors que les parties au litige n'étaient pas liées par un contrat.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Voici une autre affaire concernant VNF, qui s'en sort mieux cette fois.

L'apport de l'arrêt est implicite, d'où le vif intérêt à lire les conclusions pour cette raison, mais aussi **pour comprendre**, et peut-être critiquer, **le fait pour le juge d'avoir conclu à l'absence de contrat**.

Les faits étaient les suivants : le département de l'Oise a entrepris en 2012 la rénovation du pont permettant le franchissement du canal du Nord à Noyon (Oise) puis a demandé, en application des stipulations d'un procès-verbal « de conférence » du 7 octobre 1960, la prise en charge d'une partie des coûts de ces travaux à Voies navigables de France (VNF), qui a refusé. Le département de l'Oise a émis le 10 octobre 2013 un titre exécutoire d'un montant de 412 000 euros à l'encontre de VNF, qui n'y a pas donné suite, mais le tribunal administratif d'Amiens, saisi par le département de l'Oise, a condamné VNF à verser au département une somme de 156 680 euros hors taxes au titre de sa responsabilité contractuelle. La Cour administrative d'appel de Douai ayant porté cette somme à un montant de 208 185,49 euros hors taxes, Voies navigables de France s'est pourvu en cassation.

Le **rapporteur public**, **Romain Victor**, explique la suite de la procédure :

« sa critique de cassation portait exclusivement sur l'analyse que les juges du fond ont faite des dispositions de l'article 3 du décret n° 91-796 du 20 août 1991, dont les dispositions ont été codifiées à l'article R. 4313-13 du code des transports, selon lesquelles « Sur le domaine qui lui est confié et pour l'exercice de ses missions, VNF est substitué de plein droit à l'État dans les droits et obligations de celui-ci, tels qu'ils résultent des conventions, contrats et concessions qu'il a conclus avec des tiers antérieurement à la création de l'établissement public ». L'établissement faisait valoir que la convention conclue entre le département et l'État ne portait pas « sur le domaine qui lui est confié », dès lors que le pont de Noyon appartient au domaine public routier du département, et que l'entretien de l'ouvrage était étranger à « l'exercice de ses missions ». Lorsque l'affaire a été inscrite une première fois devant vos 8ème et 3ème chambres réunies le 19 février dernier, nous vous avons fait part des raisons pour lesquelles la thèse de VNF ne pouvait pas être suivie, mais nous avons aussi soulevé la question de savoir si l'on entrait, au cas présent, dans le champ d'application des dispositions de l'article R. 4313-13 du code des transports, eu égard à la nature particulière du « procès-verbal de conférence » dont s'est prévalu le département de l'Oise, dès lors que ce document ne procède manifestement pas d'une convention, d'un contrat ou d'une concession au sens des dispositions de cet article. L'affaire a été rayée du rôle après séance et un moyen d'ordre public a été communiqué aux parties en application de l'article R. 611-7 du CJA».

C'est donc l'arrêt commenté qui conclut au moyen d'ordre public de l'existence ou non d'un contrat et au fait qu'en l'espèce, il n'y avait pas de contrat, ce qui conduit à annuler l'arrêt de la CAA

de Douai et à lui renvoyer l'affaire.

Au passage, cette requête n'était pas irrecevable dès lors qu'il est fait exception à la jurisprudence *Préfet de l'Eure* dans les cas où, soit la créance est contractuelle comme dans l'affaire commentée précédemment, soit le débiteur de la créance est une autre personne publique (CE, 31 mai 2010, *Société communauté d'agglomération Vichy Val d'Allier*, 329483, p. 173).

Sur la question de savoir s'il y avait contrat, **l'arrêt n'argumente pas**, **contrairement au rapporteur public**. Celui-ci entre dans le détail du contexte originel de reconstruction du pont, datant de 1960, sans doute aidé par la rapporteure, ingénieure des ponts détachée au Conseil d'État depuis 2022.

Pour appuyer sa demande de prise en charge par VNF des frais de réfection d'un pont à hauteur de 83 %, le département s'est fondé sur les mentions d'un procès-verbal dit *« de conférence »* établi en 1960 qu'il a analysé comme une répartition contractuelle des charges d'entretien et de réparation de l'ouvrage entre le département et l'État. La dénomination dudit PV est issue d'un décret du 4 août 1955, pris pour l'application d'une loi prévoyant le régime de travaux *« mixtes »*, à la fois civils et militaires, la *« conférence »* étant alors destinée à rapprocher les points de vue des autorités civiles et militaires.

Le Département de l'Oise, comme la CAA, a analysé ce document comme ayant procédé à une répartition conventionnelle de la charge d'entretien du pont – *« peut-être au bénéfice de l'analyse selon laquelle « l'ingénieur en chef des Ponts et Chaussées, chargé du service ordinaire de l'Oise à Beauvais », aurait signé au nom du département entendu comme collectivité territoriale, alors qu'il signait en tant que chef de ce qui était un service déconcentré de l'État, à l'échelon départemental »* précise le rapporteur public. Et d'ajouter : *« On indiquera sur ce point que c'est un décret de Napoléon III du 13 octobre 1851 qui a prévu que le service des Ponts et Chaussées – administration d'État – se divise en « service ordinaire, service extraordinaire et services détachés »* et que le service ordinaire *« comprend tous les services permanents »* et *« se subdivise en service général, service spécial, services divers »*, ledit service général comprenant *« la direction et l'exécution des travaux ordinaires des ponts et chaussées dans chaque département »*.

Or – pardon d'enfoncer cette porte ouverte – il faut être deux pour contracter, le contrat étant, comme l'indique le code civil, *« un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »*.

C'est là qu'on ne suit pas tout à fait le rapporteur public. **La théorie du *« contrat avec soi-même »* existe bien en droit privé**. Il est vrai qu'il s'agit alors d'un contrat signé par une même personne physique, agissant généralement pour elle-même d'une part et comme représentant d'une personne morale d'autre part. Il est vrai aussi que le nouvel article 1161 du Code civil, cité par le rapporteur public, a entendu mettre fin à cette possibilité en principe, pour éviter de devoir se poser systématiquement la question du conflit d'intérêts (*« un représentant ne peut agir pour le compte de deux parties au contrat ni contracter pour son propre compte avec le représenté. En ces cas, l'acte accompli est nul à moins que la loi ne l'autorise ou que le représenté ne l'ait autorisé ou ratifié »*).

Mais **en droit administratif**, **on pourrait très bien se départir de cette conception et**, **en particulier dans les hypothèses de *« double casquette »*** qui existaient avant les lois de décentralisation, à l'image du Préfet de département qui était aussi Président du Conseil général, on aurait très bien pu admettre une version administrativisée et donc plus étendue du contrat avec soi-même. Quant au

caractère très peu formalisé du contrat, on sait que le juge administratif ne s'arrête pas à cela et adopte une forme poussée du consensualisme : l'existence d'un contrat a déjà été déduite du croisement de deux actes de forme unilatérale (CE, 20 mars 1996, *Commune de Saint-Céré*, 150038 ; CE, 5 octobre 2005, *Commune de Maurepas*, 256362) et la signature du préfet apposée non sur la transaction elle-même, mais sur la lettre accompagnant son offre de transaction emporte consentement de l'État (CE, 10 février 2014, *Société Gecina*, 350265).

CJUE, 12 Juin 2025, C-415/23 P, OHB System AG : Le recrutement d'un employé-cadre d'un soumissionnaire par un autre soumissionnaire concurrent peut conduire à un conflit d'intérêts dont le pouvoir adjudicateur doit tenir compte.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

L'affaire commentée concerne un **marché de la Commission européenne**, en l'occurrence l'acquisition de satellites pour le système Galiléo, passé en son nom et pour son compte par l'Agence Spatiale Européenne. On sait que les marchés de la Commission sont soumis à des **règles formellement distinctes des directives marchés publics** (*Règlement financier (UE, Euratom) 2018/1046 du 18 juillet 2018*, applicable aux faits de l'espèce), mais **substantiellement similaires voire identiques**, au point d'ailleurs que le présent arrêt fait explicitement référence à l'article 57 de la directive 2014/24.

La **question des conflits d'intérêts** n'est pas nouvelle en droit de la commande publique puisqu'elle est précisément prévue comme motif d'exclusion non obligatoire à l'article 57 de la directive marchés publics 2014/24. Mais elle est **généralement illustrée en jurisprudence lorsqu'un employé ou un conseil d'un pouvoir adjudicateur est en situation de conflits d'intérêts avec un candidat**, par exemple parce qu'ancien employé. On rappellera à cet égard la jurisprudence *Applicam* :

« 5. Considérant qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence ; qu'en l'espèce, il résulte de l'instruction que, d'une part, M.A..., chargé par la région d'une mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage pour le marché litigieux, a non seulement contribué à la rédaction du cahier des clauses techniques particulières, mais aussi à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services de la région et qu'il a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse ; que, d'autre part, M. A...a exercé des responsabilités importantes au sein de la SA Applicam, en qualité de directeur qualité puis de directeur des opérations et des projets, et qu'ayant occupé ces fonctions du mois de décembre 2001 au mois d'avril 2013, il n'avait donc quitté l'entreprise que moins de deux ans avant le lancement de la procédure litigieuse ; que s'il ne résulte pas de l'instruction que l'intéressé détiendrait encore des intérêts au sein de l'entreprise, le caractère encore très récent de leur collaboration, à un haut niveau de responsabilité, pouvait légitimement faire naître un doute sur la persistance de tels intérêts et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie par la région Nord-Pas-de-Calais ; qu'il était au demeurant loisible à la région, qui avait connaissance de la qualité d'ancien salarié de la SA Applicam de M.A..., de mettre en œuvre, une fois connue la candidature de cette société, toute mesure en vue de lever ce doute légitime, par exemple en l'écartant de la procédure d'analyse des offres ; » (CE, 14 octobre 2015, 391105, Société Applicam et région Nord Pas-de-Calais).

C'est donc le doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur qui suffit à conclure à l'illégalité de la procédure de passation, contrairement à l'influence indue d'un candidat qui suppose une preuve effective (CE, 24 juin 2019, 428866, *Société EGBTI*) ou au cas d'un employé de l'acheteur passé dans le privé (CE, 12 septembre 2018, 420454, 420512, *Syndicat mixte des ordures ménagères de la vallée de*

Chevreuse, T. pp. 528- 768).

L'arrêt commenté est à cet égard **doublement original**. D'une part, il est **relatif à une situation dans laquelle**, **pendant la procédure de passation** (en l'occurrence un dialogue compétitif), **un « employé-cadre » d'un soumissionnaire a été débauché par un concurrent**. D'autre part, la **Cour de justice semble conclure à un conflit d'intérêts quasi-automatique**, comme en matière d'impartialité du pouvoir adjudicateur. Le « quasi » s'impose ici tant la formulation est, il est vrai, un peu ambiguë. La Cour juge en effet que *« s'il n'est pas porté atteinte au principe d'égalité par le seul fait du recrutement, pendant un dialogue compétitif, d'un employé-cadre d'un soumissionnaire concurrent qui peut détenir, de prime abord, des informations confidentielles sur l'offre de ce dernier, en particulier concernant la stratégie technique et le calcul du prix, il ne saurait être exclu que le soumissionnaire recrutant ait obtenu ces informations au moyen de ce recrutement et que ce dernier lui ait ainsi procuré un avantage indu lors de la procédure d'attribution. Or, cette circonstance serait susceptible de procurer au soumissionnaire recrutant des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires, entraînant nécessairement une détérioration de la situation concurrentielle de ces derniers. Une telle situation suffirait même, en principe, à justifier que l'offre du soumissionnaire recrutant ne soit pas prise en compte par le pouvoir adjudicateur »* (c'est nous qui soulignons).

Avant d'analyser la portée de l'arrêt, il faut revenir sur ce qui a conduit la Cour à annuler le jugement du Tribunal de l'Union européenne et a lui renvoyé l'affaire. Il est vrai que **le règlement financier ne fait aucunement référence aux situations de conflits d'intérêt**, **contrairement à la directive** qui non seulement prévoit l'exclusion d'un candidat lorsqu'*« il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 par d'autres mesures moins intrusives »*, mais même donne même une définition du conflit d'intérêt à son article 24, alinéa 2 : *« La notion de conflit d'intérêts vise au moins toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché »*. On le voit, cette définition ne prévoit pas explicitement la situation en cause dans l'affaire au principal, mais ne l'exclut pas puisqu'il est écrit « au moins ».

Ceci dit, **la Cour avait déjà sanctionné des situations de conflits d'intérêts par référence au principe d'égalité** sous l'empire de la directive 2004/18 qui ne comportait aucune référence aux conflits d'intérêts (CJUE, 12 mars 2015, *eVigilo*, C-538/13, point 15 ; CJUE, 17 mai 2018, *Specializuotas transportas*, C-531/16, point 32). C'est ici une divergence d'interprétation sur la portée de cette obligation qui conduit à une annulation du jugement du Tribunal. Celui-ci a en effet jugé qu'il ne devait contrôler le respect du principe d'égalité de traitement au regard seulement des critères d'exclusion prévus à l'article 136 du règlement financier, et non pas également de la jurisprudence de la Cour concernant l'exigence du caractère autonome et indépendant de l'offre ainsi que le niveau de preuve requis d'un soumissionnaire concurrent et que les précédents jurisprudentiels de la Cour n'étaient pas transposables à la situation en cause. C'est donc tout l'inverse que juge ici la Cour, sans plus de motivation.

Il reste que la **portée** de l'arrêt est **incertaine quant à la situation conduisant au conflit d'intérêts**, tant temporellement que personnellement : **le fait que cela ait eu lieu pendant le dialogue compétitif** (ou plus généralement pendant une procédure de passation) **est-il une condition nécessaire ? Qu'en est-il du statut et du rôle de la personne débauchée ?** On remarquera que la

Cour juge qu'il y a conflits d'intérêts *« dans une situation telle que celle en cause en l'espèce, caractérisée par le recrutement, par un soumissionnaire, au cours d'un dialogue compétitif, d'un directeur général administratif d'un soumissionnaire concurrent, ayant un accès étendu aux données du projet de l'offre de ce dernier, notamment dans la mesure où, par la suite, ce directeur a été placé à la tête du département chargé d'élaborer, dans le cadre de ce dialogue compétitif, l'offre soumise par le soumissionnaire ayant procédé à ce recrutement »*. On peut néanmoins penser qu'un débauchage avant le lancement d'une procédure ou d'un salarié placé moins haut dans la hiérarchie de l'entreprise pourrait néanmoins conduire à un conflit d'intérêts en fonction du statut et du rôle, mais alors peut-être de manière moins systématique.

Les **conséquences de l'annulation sont également incertaines**, faute pour la Cour d'avoir définitivement tranché le litige, puisqu'elle a estimé que :

« le Tribunal a commis une erreur de droit en omettant d'examiner l'argument d'OHB System visant à critiquer la méconnaissance, par la Commission, de son devoir de vérifier, en présence d'un élément objectif mettant en doute le caractère autonome et indépendant d'une offre, toutes les circonstances pertinentes ayant conduit à la présentation de cette offre, y compris l'existence d'éventuels conflits d'intérêts ainsi que de prendre les mesures appropriées afin de les prévenir, de les détecter et d'y remédier.
82. Le Tribunal n'ayant pas effectué cet examen, auquel il lui appartenait de procéder au regard de la jurisprudence constante, la Cour considère que le présent litige n'est pas en état d'être jugé. Il convient, dès lors, de renvoyer l'affaire devant le Tribunal ».

On perçoit néanmoins que cela devrait conduire à une annulation de la décision de la Commission, si jamais le Tribunal devait juger que l'argument du requérant ne manque pas en fait, c'est-à-dire si effectivement la Commission n'a pas pris les mesures appropriées pour prévenir, détecter et remédier à la situation de conflit d'intérêts. Tout alors résidera dans le fait de savoir si, par exception au principe selon lequel l'offre devait être rejetée dans la situation en cause, il pouvait être établi l'absence de conflits d'intérêts.

On aurait préféré une solution plus simple qui viserait à exclure automatiquement une telle offre au vu des circonstances. Peut-être faut-il y voir le fait qu'une procédure contradictoire doit être offerte à ladite entreprise avant toute décision d'exclusion.

Brèves pour la période de mars à juin 2025 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 5 juin 2025, 492192, *Mme F…A…*

► **Consulter la décision.**

Rien n'interdit qu'une augmentation tarifaire d'une concession inclue l'indemnisation de pertes de recettes liées à un nouveau tronçon et une telle augmentation n'est pas une aide d'État :

« aucune disposition ni aucun principe ne fait obstacle à ce que l'augmentation tarifaire inclue l'indemnisation des pertes de recettes que subira la société ASF en raison des reports de trafic résultant de la réalisation du nouveau tronçon. (…)
10. Dès lors que la clause tarifaire litigieuse, qui ne prévoit aucun dispositif de compensation financière de la société ASF par l'État, est relative à des péages acquittés par les usagers d'autoroutes, elle ne peut être regardée comme une aide accordée par l'État ou au moyen de ressources d'État au sens des stipulations de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne citées au point précédent. Par conséquent, les requérants ne peuvent utilement soutenir que la clause tarifaire litigieuse serait constitutive d'une aide d'État irrégulière en l'absence de notification à la Commission européenne. »

CE, 23 mai 2025, 500255, *Economat des armées*

► **Consulter la décision.**

La présence d'un salarié d'un candidat anciennement employé de l'acheteur n'est pas en elle-même illégale et la diffusion d'informations sur le contrat en cours ne porte pas atteinte à l'égalité des candidats au renouvellement :

« 5. En premier lieu, il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés s'est fondé sur la circonstance « qu'un salarié de la société Passman était précédemment employé, pendant plus de huit ans, à des fonctions opérationnelles comme administrateur de l'Economat » et que « ces fonctions ont perduré alors même que ce salarié exerçait des fonctions dans la société Passman » pour en déduire l'existence d'une atteinte aux principes d'égalité de traitement des candidats et d'impartialité. Toutefois, d'une part, la seule circonstance qu'un salarié d'une société candidate ait été employé par l'acheteur est, par elle-même, insusceptible d'affecter l'impartialité de ce dernier. D'autre part, en se fondant sur la seule « présence dans les effectifs de la société Passman, d'un salarié de la société issu de l'Economat », sans rechercher si ce salarié avait, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 2141-8 du code de la commande publique citées au point 4, eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats par sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché, le juge des référés a commis une erreur de droit.
6. En second lieu, il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que le juge des référés a également estimé que l'Economat des armées avait porté atteinte au principe d'égalité entre les candidats en diffusant, « lors de la mise en ligne du dossier de consultation des entreprises en vue du

renouvellement du contrat » « des informations portant sur le marché encore en cours et contenant, notamment, des éléments concernant le service et les prix pratiqués par la société Wifirst ». L'Economat des armées et la société Passman sont fondées à soutenir qu'en statuant ainsi, sans rechercher si les mesures prises par l'Economat des armées consistant à déclarer sans suite la première procédure de passation au cours de laquelle elle s'était produite et à laisser s'écouler un délai d'un an avant de lancer une nouvelle procédure de passation d'un marché structuré différemment avaient été de nature à remédier à cette diffusion accidentelle d'informations confidentielles, le juge des référés a commis une erreur de droit. »

CAA Douai, 19 mars 2025, 23DA02371, *Groupe hospitalier du Havre*

► **Consulter la décision.**

Il y a bien imprévision liée à l'augmentation du prix du gaz dans un marché donné ouvrant droit à l'indemnisation de 75 % du surcoût :

« 4. En premier lieu, il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de la commission de régulation de l'énergie (CRE) sur " le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel " paru le 1er juin 2022, que les marchés de l'énergie ont connu en Europe, au cours de l'année 2021, une crise d'approvisionnement sans précédent, portant les prix de gros à des niveaux historiques, en raison d'une vague de froid d'une ampleur exceptionnelle en Asie du Nord-Est, conduisant les pays asiatiques à proposer des prix d'achat du gaz nettement supérieurs aux prix proposés en Europe et contraignant celle-ci à recourir à des stockages de manière intensive afin de faire face à une forte baisse d'approvisionnement, de mesures adoptées par la Chine, le Japon et la Corée pour garantir un niveau de remplissage minimal de leurs stockages avant l'hiver 2021-2022, et de l'absence d'approvisionnement des stockages européens par la société Gazprom, durant le printemps et l'été 2021. Selon les auteurs du rapport, cette crise d'approvisionnement a eu pour conséquence une particulière volatilité des prix du gaz en Europe, qui ont atteint des niveaux totalement inédits, réagissant aux annonces imprévisibles et dictées par des considérations principalement politiques liées à l'approvisionnement en gaz depuis la Russie. À cet égard, et contrairement à ce que soutient le GHH, l'augmentation sans précédent du prix du gaz résulte d'abord des évènements précités, survenus au cours de l'année 2021, dont les conséquences ont encore été aggravées par la guerre déclenchée par le gouvernement russe en Ukraine le 24 février 2022, qui constitue également un évènement imprévisible pour les parties. Ainsi, si le marché du gaz connaît habituellement des variations de prix importantes, la situation de crise constatée à compter de 2021 a entraîné une augmentation exceptionnelle du prix du gaz dans des proportions qui n'ont pu être anticipées, avec un indice PEG Nord Month Ahead qui, retenant un prix du MWh à 20,493 euros en janvier 2021, a fixé ce prix à 63,71 euros en septembre 2021, 92,366 euros en octobre 2021, puis 115,24 euros en décembre 2021, tandis que sur le marché de gros européen Powernext, le prix du gaz a connu une augmentation de près de 214 % entre août et décembre 2021. Le prix est resté très élevé tout au long de l'année 2022, avec un indice PEG moyen de 112,042 euros, et n'a retrouvé un niveau comparable à janvier 2021 qu'au mois de mai 2023, avec un indice de 30,135 euros. Les critiques, portées dans un rapport de la cour des comptes du 15 janvier 2021, sur l'action de la CRE ne sont pas de nature à contredire les constatations et conclusions auxquelles celle-ci a procédé, de façon précise et circonstanciée, au vu de l'évolution du marché de l'énergie à compter de l'année 2021. Au demeurant, il ressort d'une circulaire du premier ministre du 30 mars 2022 relative à

l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières que " la hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier trimestre 2021, dont l'ampleur est accentuée par la crise en Ukraine, est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties ". Par ailleurs, si le GHH reproche à la société Dalkia d'avoir omis de se prémunir contre la volatilité du prix du gaz à l'égard de ses fournisseurs en sécurisant ses contrats d'approvisionnement, il n'apporte aucun élément laissant supposer que la société était réglementairement tenue de se garantir sur le marché, ni même qu'une telle garantie constituerait une pratique commune dans son secteur d'activité. Par suite, à la date à laquelle la société Dalkia a signé l'avenant du 15 janvier 2021, la hausse du prix du gaz constituait, dans les proportions précitées, un évènement extérieur et imprévisible, sur lequel elle n'avait aucune possibilité d'action. À cet égard, si la société a signalé au GHH avec retard que la valeur moyenne annuelle du PEG avait dépassé la valeur limite prévue dans l'avenant précité, qui prévoit une telle alerte, cette circonstance est sans influence sur les conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration, rappelées au point 2.

5. En second lieu, la société Dalkia a produit à l'instance les factures établies par son fournisseur en gaz dont il ressort que, pour l'exécution de la prestation P1 destinée à alimenter en chaleur les équipements thermiques et aérauliques du GHH, elle a déboursé la somme de 1 251 504,60 euros hors taxes pour la période du 1er septembre 2021 au 31 août 2022 et celle de 1 100 802,87 euros hors taxes pour la période du 1er septembre 2022 au 31 mai 2023. Il résulte des factures établies par la société Dalkia à l'attention du GHH que celui-ci a rétribué la prestation P1 en versant une somme de 373 708,81 euros pour la première période et une somme de 309 560,92 euros pour la seconde. Le GHH n'apporte aucun élément précis de nature à contester utilement les factures précitées et les données synthétiques établies au vu de ces factures et versées au dossier par la société Dalkia. Il résulte ainsi de l'instruction que la société a subi un déficit d'exploitation pour un montant total de 1 669 037,74 euros hors taxes pour la période de septembre 2021 à mai 2023. Contrairement à ce que soutient le groupement hospitalier, ce déficit doit être évalué dans le cadre de l'exécution du marché et non au vu de l'activité globale de la société. Le GHH reproche à la société Dalkia de ne pas tenir compte, dans le calcul de son déficit, du gain retiré de l'exploitation du système de cogénération alimentant en chaleur une partie des locaux hospitaliers, et pour lequel, selon l'avenant n° 6, la société fait son affaire des coûts et recettes en résultant. Toutefois, si le groupement hospitalier se réfère sur ce point à un document intitulé " prévision cogénération " mentionnant un gain potentiel de 331 473 euros hors taxes résultant de la différence entre une prévision de recettes de 1 103 538 euros et une prévision de charges de 772 065 euros, il résulte de l'instruction que, pour la seule période de septembre 2021 à août 2022, la société a acquis le gaz destiné au système de cogénération pour un montant de 1 048 805 euros hors taxes, qu'elle a d'ailleurs pris soin de déduire des charges nécessaires à l'exécution de la seule prestation P1, et a ainsi supporté, pour alimenter le système de cogénération, un montant de charges ne permettant pas, compte tenu de la prévision de recettes, d'envisager un gain réduisant de façon significative le déficit constaté dans l'exécution de la prestation P1. Par ailleurs, il résulte de l'acte d'engagement produit au dossier et des avenants n° 5 et 6 que la rémunération annuelle des prestations P1, P2 et P3 peut être évaluée, ainsi qu'il a été dit plus haut, au montant total de 859 871,08 euros hors taxes, non compris les déductions prévues par le marché pour la redevance annuelle d'occupation du domaine public, d'un montant de 22 000 euros, et la " ristourne au MWh électrique produit " fixée à 52 856 euros. Compte tenu du montant total de 1 669 037,74 euros hors taxes déboursé par la société Dalkia pour acquérir le gaz nécessaire à l'exécution de la prestation P1 de septembre 2021 à mai 2023, correspondant à une somme de 1 001 422,64 euros pour une année, le montant des dépenses résultant pour la société de l'augmentation du prix du gaz représente plus de 100 % du montant total annuel du marché. Dès lors,

les sujétions imprévues auxquelles la société Dalkia a dû faire face ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché.

Sur le montant de l'indemnité :

6. Au vu du déficit d'exploitation subi par la société Dalkia pour un montant total de 1 669 037,74 euros hors taxes, le tribunal administratif a évalué l'indemnité que l'interprétation raisonnable du contrat permet de faire supporter au GHH en allouant la somme de 1 250 000 euros à son cocontractant. Si la société Dalkia, filiale du groupe EDF et acteur clé dans le secteur des services énergétiques, tant en France qu'à l'international, demande en appel une réévaluation de cette indemnité, il ne résulte pas de l'instruction que les premiers juges auraient procédé à une évaluation insuffisante de l'indemnité d'imprévision en fixant à 25 % la part de la charge extra- contractuelle qui doit incomber à la société. Dans ces conditions, les conclusions de la société Dalkia tendant à obtenir une augmentation de son indemnité doivent être rejetées. »

CAA Toulouse, 4 mars 2025, 23TL00143, *Région Occitanie*

► **Consulter la décision.**

Il n’y a indemnisation que d’une quote-part des frais généraux en cas de résiliation fautive et pas d’indemnisation des frais de communication :

« En cas de résiliation irrégulière, le cocontractant a droit à la réparation de l'intégralité du dommage subi du fait de la résiliation lequel comprend, d'une part, les dépenses utiles et, d'autre part, la perte du bénéfice net dont il a été privé dont il lui appartient d'établir la réalité. Les dépenses utiles comprennent, à l'exclusion de toute marge bénéficiaire, les dépenses qui ont été directement engagées par le cocontractant pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l'administration. Ne peut être prise en compte que la quote-part des frais généraux directement liée à l'exécution du marché et à ce titre utile à la personne publique. Ne peuvent pas être regardés comme utilement exposés pour l'exécution du marché les frais de communication ainsi que, dans le cas où le contrat en cause est un marché public, sauf s'il s'agit d'un marché de partenariat, les frais financiers engagés par le cocontractant. Le cocontractant ne peut davantage demander au titre des dépenses utiles à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date de la résiliation du contrat, des dépenses d'investissement qu'il a consenties pour l'acquisition d'un bien dont il demeure propriétaire. »

L'essentiel du droit des contrats publics, juillet 2025, n° 18

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 17 juillet 2025, 503317, Commune de Berck-sur-Mer, classé A : Les biens des tiers affectés au fonctionnement de services publics peuvent être, dans certaines circonstances, qualifiés de bien de retour. 2

CE, 15 juillet 2025, 490592, *Société Le Chalet des Jumeaux*, classé B : Une autorité concédante peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre, sous réserve que cette limitation soit justifiée par l'objet de la concession, les nécessités propres au service public délégué ou la procédure de passation du contrat, et non disproportionnée. 3

CE, 15 juillet 2025, 494073, *Société nouvelle laiterie de la montagne*, classé B : L'absence de clause de révision de prix ne peut conduire le juge à écarter le marché ; pour déterminer s'il y a lieu de modérer les pénalités, le juge du contrat apprécie la gravité de l'inexécution constatée de la part du cocontractant au regard des fautes commises par l'acheteur public..... 6

TC, 7 juillet 2025, 4353, *Commune de Grand Quevilly c/ Union des groupements d'achats publics*, classé A : Un litige relatif à l'achat d'un véhicule par l'UGAP ne relève manifestement pas du judiciaire qui n'est donc pas compétent même s'il est saisi d'une demande d'expertise. 9

Brèves pour la période d'avril à juillet 2025 : 12

CE, 17 juillet 2025, 503317, Commune de Berck-sur-Mer, classé A : Les biens des tiers affectés au fonctionnement de services publics peuvent être, dans certaines circonstances, qualifiés de bien de retour.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Le commentaire sera disponible à l'*AJDA* (Dalloz).

CE, 15 juillet 2025, 490592, *Société Le Chalet des Jumeaux*, classé B : Une autorité concédante peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre, sous réserve que cette limitation soit justifiée par l'objet de la concession, les nécessités propres au service public délégué ou la procédure de passation du contrat, et non disproportionnée.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La plage de Pampelonne, à Ramatuelle, a eu l'honneur de plusieurs arrêts du Conseil d'État s'agissant de l'attribution par la commune de sous-concessions de plage. On ne reviendra pas sur la saga contentieuse qui s'achève avec l'arrêt commenté, sauf pour rappeler que celui-ci s'inscrit dans le cadre d'un recours en contestation de validité de la part d'un tiers, dit recours *« Tarn-et-Garonne »*, intenté par un titulaire sortant qui avait vu ses offres sur deux lots rejetées, tout comme ses référés précontractuels et ses demandes indemnitaires.

L'arrêt répond surtout à une **question inédite** devant le Conseil d'État : **une autorité concédante pouvait-elle décider de limiter le nombre d'offres par opérateur économique à l'occasion de l'attribution de plusieurs *« lots »* ?** La **réponse** du Conseil d'État est **positive sur le principe**, **mais conditionnée**, et le juge finit par estimer que les conditions étaient ici remplies, rejetant donc le recours.

Sur le principe, il n'y a guère de surprise de la part du Conseil d'État. Certes, le Code de la commande publique ne prévoit pas cette possibilité pour les concessions *expressis verbis* mais seulement pour les marchés publics. On pouvait néanmoins se souvenir que la possibilité de telles restrictions à l'accès à la commande publique avait été admise dans son principe pour les marchés publics par le Conseil d'État avant même que les textes de le prévoient (CE, 20 février 2013, *Société Laboratoire Biomnis*, n° 363656, T. p. 693).

Quant aux conditions posées à la possibilité de limiter l'accès, elles présentent un certain caractère de nouveauté. On remarquera qu'aucune condition de fond n'est posée dans les textes relatifs aux marchés publics. La directive n° 2014/24 du 26 février 2014 dispose que *«* [l]*es pouvoirs adjudicateurs peuvent, même lorsqu'il est possible de soumettre une offre pour plusieurs lots ou tous les lots, limiter le nombre de lots qui peuvent être attribués à un seul soumissionnaire, à condition que le nombre maximal de lots par soumissionnaire soit inscrit dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt. Les pouvoirs adjudicateurs indiquent dans les documents de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'ils entendent appliquer pour déterminer quels lots seront attribués lorsque l'application des critères d'attribution conduirait à attribuer à un soumissionnaire un nombre de lots supérieur au nombre maximal »* (article 46§2). L'article 2113-10 du CCP se borne à indiquer que l'acheteur public *« peut limiter le nombre de lots pour lesquels un même opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique »*.

Mais lorsqu'il avait admis le principe d'une telle limitation sans texte, **le Conseil d'État l'avait justifié au regard des objectifs poursuivis** :

« Il résulte de l'instruction qu'une telle limitation vise à susciter l'émergence d'une plus grande concurrence dans le secteur des prestations d'identification par empreintes génétiques réalisées dans le cadre d'une procédure judiciaire ou extrajudiciaire et à assurer la sécurité des approvisionnements du ministère de la justice dans ce domaine, en permettant à plusieurs entreprises de disposer d'une compétence dans ce secteur afin que l'État puisse durablement être confronté à plusieurs opérateurs ; qu'elle est ainsi justifiée par la nature et l'étendue des besoins auquel le marché a pour objet de répondre. »

Ce sont donc la **recherche d'une plus grande concurrence et la sécurité d'approvisionnement** qui le justifiaient.

Tels ne sont pas les motifs repris ici et pour cause : on ne peut évidemment parler de sécurité d'approvisionnement s'agissant de concessions de plages, qui sont des services, ni d'émergence de plus de concurrence puisqu'au contraire le rapporteur public, que nous remercions vivement pour la communication de ses conclusions, a indiqué que cette limitation s'est traduite par un maximum de trois candidats par lot. On doit noter que le rapporteur public mettait toutefois en avant l'intérêt de cette limitation en termes concurrentiels, mais dans une approche un peu originale : cela permettrait de rétablir une certaine égalité entre *« petits »* et *« gros »*, les premiers ne pouvant matériellement présenter des offres à tous les lots. Mais on avoue ne pas être très convaincu par cet argument, on y reviendra.

Le Conseil d'État parle explicitement de *« l'objet de la concession, [d]es nécessités propres au service public délégué ou [de] la procédure de passation du contrat »* comme motifs pouvant justifier une telle limitation. S'agissant de la procédure de passation, le rapporteur public fait sien le raisonnement de la CAA qui justifie une limitation par la *« nécessité pour l'autorité concédante de rationaliser la procédure de passation pour éviter qu'un trop grand nombre d'offres ne lui soit soumises et que la conduite de la procédure excède ses capacités administratives et financières »*, ce que l'on peut admettre pour des concessions de plage plus ou moins similaires. Quant à l'objet de la concession ou les nécessités du service public, ils ne sont pas particulièrement illustrés par le rapporteur public ni le Conseil d'État, qui manque ici lui-même de *« motivation »* de son raisonnement.

Enfin, **au-delà des motifs**, le Conseil pose **une condition** : **ces restrictions ne doivent pas être *« disproportionnées »***. Ici aussi, on manque un peu de motivation, tant dans l'arrêt que dans les conclusions. On peut penser que cela vise le nombre d'offres qui peuvent être déposées : ici la limitation à 2 lots sur 30 pourrait paraître assez restrictive, mais le rapporteur public a proposé un contrôle dissymétrique, c'est-à-dire que le contrôle est restreint s'agissant de la mise en œuvre de la restriction, alors que la décision de restreindre (le principe donc) doit relever d'un contrôle normal. En conséquence, le contrôle de cassation relève de la qualification juridique des faits sur ce dernier point et de la dénaturation sur le premier.

S'agissant justement de la mise en œuvre de ces principes, le Conseil d'État juge que la CAA n'a pas entaché son arrêt ni d'erreur de qualification juridique ni de dénaturation, au motif *« que cette règle avait permis à la commune de rationaliser l'analyse des offres et de rétablir un équilibre concurrentiel en laissant à des entreprises de moindre taille et aux moyens humains et financiers plus limités davantage de possibilités de présenter des offres »*. Encore une fois, on ne perçoit pas pourquoi les entreprises de moindre taille n'auraient pas pu présenter des offres sans une telle limitation, puisqu'elles pouvaient toujours choisir de ne se présenter que sur 2 ou 3 sous-concessions ; en

revanche, on perçoit bien l'objectif de rationalisation de l'analyse des offres.

Enfin se posait la question du moment de la justification et sur ce point comme sur d'autres, le Conseil d'État suit son rapporteur public qui ne voulait pas imposer une obligation de motivation pendant la procédure, pour des raisons évidentes de contraintes pratiques. Aussi, les autorités concédantes pourront faire le choix de ne justifier que devant le juge, même si l'on peut penser qu'une justification en amont permettrait peut-être d'éviter des recours.

Au passage, on rappellera que la Cour de justice a admis un système dans lequel lorsque le premier classé ne peut être choisi car il est déjà attributaire d'autres lots, le second doit reprendre l'offre du premier, sous réserve qu'il soit d'accord (CJUE, 13 juin 2024, C-737/22).

Le reste de l'arrêt rejette d'autres moyens plus classiques, à l'image d'une prétendue insuffisante définition des besoins et d'une méthode d'évaluation prétendument illégale, même si l'arrêt illustre une fois de plus la très (trop ?) grande latitude laissée aux autorités concédantes en ces matières. Enfin, le Conseil d'État estime que « que la cour a, par des motifs non contestés, relevé un manquement affectant l'appréciation par l'autorité concédante de l'offre de la société Le Chalet des Jumeaux sur le critère *« qualité et cohérence de l'offre au plan financier »*. En jugeant qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui était soumis, notamment du rapport d'analyse des offres, que, quand bien même l'offre de la société requérante aurait été correctement appréciée sur le critère financier, une telle circonstance ne lui aurait pas permis d'être mieux classée que la société attributaire, de sorte que ce manquement était sans rapport avec son éviction, la cour administrative d'appel s'est livrée à une appréciation souveraine exempte de dénaturation et n'a pas commis d'erreur de droit ».

L'arrêt commenté **laisse en suspens deux questions**, que le Conseil d'État n'avait pas à trancher :

1. Faut-il justifier, même si c'est devant le juge seulement, d'une telle restriction en matière de marchés publics ? Le seul fait que les textes ne posent aucune condition n'est pas, selon nous, un argument suffisant pour une telle dispense : le principe de libre accès à la commande publique devrait conduire à devoir justifier d'une restriction au principe ;
2. Sur le plan procédural, puisque le recours a été rejeté au fond, le Conseil d'État n'a pas eu à répondre à la réponse suivante : peut-on transposer au recours Tarn-et-Garonne la solution du référé précontractuel en vertu de laquelle une entreprise, même si elle ne participe pas à une procédure de passation, peut néanmoins être recevable à former contre cette procédure un référé précontractuel, dès lors qu'elle *« a vocation, compte tenu de son domaine d'activité, à exécuter le contrat » et si elle a été dissuadée de présenter une candidature ou une offre « par les manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence qu'elle invoque »* (CE, 29 avril 2015, *Syndicat de valorisation des déchets de la Guadeloupe*, n° 386748, T. pp. 745-759) ? Le rapporteur public notait une différence notable puisque l'intérêt du précontractuel est de pouvoir rectifier immédiatement une éventuelle illégalité et permettre au requérant d'ainsi participer à la nouvelle procédure. Mais une proposait néanmoins cette extension, particulièrement justifiée dans le cas de l'espèce où le requérant n'était pas en droit, du fait des conditions de concurrence, de présenter plus de deux offres, ce que l'on ne saurait que trop approuvé.

CE, 15 juillet 2025, 494073, *Société nouvelle laiterie de la montagne*, classé B : L'absence de clause de révision de prix ne peut conduire le juge à écarter le marché ; pour déterminer s'il y a lieu de modérer les pénalités, le juge du contrat apprécie la gravité de l'inexécution constatée de la part du cocontractant au regard des fautes commises par l'acheteur public.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cet arrêt apporte donc **deux enseignements bien distincts**.

Le premier n'est guère une surprise : on sait que **le Conseil d'État est strict quant aux hypothèses pouvant conduire à l'annulation** dans le cadre d'un recours en contestation de validité **à la demande d'une partie ou**, dans le cadre d'un litige portant sur son exécution, **à écarter le contrat à la demande là encore d'une partie**, comme c'était le cas en l'espèce (jurisprudence dite *Béziers I*). En l'occurrence, il est clair que ce n'est pas un vice d'une particulière gravité qui était en jeu puisque cela concerne les vices de consentement. La discussion portait donc sur le fait de savoir si **le fait de ne pas avoir respecté l'article du Code de la commande publique qui impose une clause de révision des prix devait conduire à déceler dans le contrat un *« contenu illicite »***. Initialement, cette notion visait l'illicéité de son objet (CE, 9 novembre 2018, *Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, 420654 et 420663, au Recueil p. 407) et l'on peut ranger dans cette catégorie une concession d'aménagement portant sur une opération d'aménagement illégale au regard des prescriptions du code de l'urbanisme (CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias et Société d'économie mixte de la ville de Béziers et du littoral (SEBLI)*, 362304, 362318, T. pp. 695-701-704-806-808), une clause par laquelle une personne publique renonce à son pouvoir de résiliation unilatérale (CE, 1er octobre 2013, *Société Espace Habitat Construction*, 349099, T. pp. 695-696-700), une transaction par laquelle le titulaire d'un marché renonce au bénéfice des intérêts moratoires alors que la loi prohibe une telle renonciation (CE, 18 mai 2021, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, 443153, aux Tables) ou un marché dont l'objet même est la fourniture d'un produit dépourvu de l'autorisation de mise sur le marché exigée par les dispositions qui lui sont applicables (CE, 5 avril 2023, *Commune de Hyères et Société Compagnie européenne de réalisations antiparasitaires*, 459834, 459865, aux Tables), tous des exemples cités par le rapporteur public Nicolas Labrune.

Mais **la notion a été étendue à partir du moment où a été jugée illicite le contenu d'un contrat comportant une clause de paiement différé prohibée par la loi et indivisible du reste des stipulations** (CE, 3 avril 2024, *Société Victor Hugo 21*, 472476, au Recueil) : on touchait là à l'**élément financier du contrat** et non à son élément matériel.

À l'inverse, **le rapporteur public a pu citer tous les cas où une illégalité n'a pas été considérée comme permettant d'identifier un contenu illicite** :

- la circonstance que le titulaire d'un contrat n'ayant pas pour objet l'occupation du domaine public, mais dont le lieu de réalisation se situe sur une dépendance du domaine public ne dispose pas d'un titre l'autorisant à occuper cette dépendance (CE, 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entreposage de grains*, 427216, T. p. 830) ;

- la méconnaissance de l'article 79 du code des marchés publics par la clause d'un marché prévoyant une prise d'effet antérieure à sa date de notification (CE, 22 mai 2015, *AXA Corporate Solutions Assurances*, 383596, T. pp. 751-761) ;
- a méconnaissance de l'article L. 2124-32-1 du code général des propriétés des personnes publiques (CG3P) par une clause selon laquelle l'occupation du domaine ne donnerait pas lieu à la création d'un fonds de commerce (CE, 11 mars 2022, *M. Guglielmi et autre*, 453440, aux Tables) ;
- ou encore l'omission de faire figurer dans une convention de délégation de service public, comme le prévoit l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), la justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante (CE, 10 juillet 2020, *Commune de la Guérinière*, 434353, 34355, aux Tables).

Pourtant, la violation de l'obligation de prévoir une clause de révision de prix est jugée différemment ici.

Pour le rapporteur public, que l'on peut suivre, ***« la révision du prix ou, en l'occurrence, l'absence de révision de ce prix, nous paraît divisible du prix lui-même et de son paiement »****:*

« Dans le précédent Société Victor Hugo 21, à partir du moment où le contrat prévoyait un paiement différé interdit, il était impossible que le contrat soit exécuté sans violer la loi : le titulaire était privé de tout paiement pendant toute la première phase de l'exécution du contrat, alors que c'est précisément ce que vise à éviter l'interdiction du paiement différé et le paiement, quand il survenait enfin, méconnaissait par lui-même la loi, puisqu'il était intrinsèquement contraire à l'interdiction. Mais il n'y a rien de tel en l'espèce ».

Il est vrai que, comme il l'indique plus loin, *« les effets du vice tenant à l'absence de clause de révision du prix ne sont qu'éventuels – et cela renforce notre conviction que ce vice n'entache pas le contrat d'illicéité. En effet, si le cours des matières premières ne subit pas de variation pendant la durée du contrat, il n'y aura de toute façon pas lieu de réviser le prix, et le vice n'aura donc aucun effet »*.

On s'avoue en revanche moins convaincu par les autres arguments :

« Enfin, si vous nous suivez pour considérer que le cocontractant de l'administration ne peut pas demander au juge d'écarter le contrat au motif de l'absence de clause de révision du prix, celui-ci ne sera pas pour autant dépourvu de toute ressource face à ce vice. Nous pensons en effet qu'il lui sera loisible de solliciter la conclusion d'un avenant pour le corriger, la modification du contrat résultant de l'ajout de la clause oubliée étant d'une portée suffisamment modeste pour être admise dans le cadre rappelé par votre avis d'Assemblée générale du 15 septembre 2022 (n° 405540). Par votre décision Société Area Impianti du 20 décembre 2017 (n° 408562, T. pp. 688-772-773-774), vous avez d'ailleurs admis que les parties à un marché puissent convenir par avenant de passer d'un prix révisable à un prix ferme et l'on peut donc penser que, de façon symétrique, il leur est loisible d'ajouter une clause de révision du prix . Par ailleurs dans l'hypothèse où le cocontractant subirait un préjudice du fait d'un bouleversement de l'équilibre économique du contrat par la survenance d'un événement imprévisible et extérieur aux parties, il pourrait, à défaut de révision du prix du contrat, obtenir l'indemnisation de ce préjudice sur le fondement de la théorie de l'imprévision ».

Il n'y a pas en effet de droit à modifier le contrat, comme le démontre l'affaire en question puisque le cocontractant avait justement demandé un avenant ; **quant aux conditions de l'imprévision**, **on sait qu'elles sont strictes et cette théorie n'ouvre pas droit en outre à l'indemnisation de l'entier préjudice** alors qu'une formule de révision de prix peut, si elle est bien choisie, conduire à une adaptation à la réalité de l'évolution de l'environnement économique.

Le deuxième apport de l'arrêt est d'autant plus intéressant qu'il est **adopté sur conclusions contraires** du rapporteur public Nicolas Labrune. Celui-ci expliquait que :

« Il est vrai, certes, que l'on pourrait éventuellement soutenir qu'il appartient au juge, le cas échéant, de tenir compte d'une faute commise par le pouvoir adjudicateur pour apprécier s'il y a lieu de modérer le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché, dès lors qu'il faut, pour apprécier le caractère manifestement excessif de ces pénalités, tenir compte de la « gravité de l'inexécution constatée ». Cela reviendrait au fond à considérer que l'inexécution de ses obligations contractuelles par le titulaire du marché est moins grave lorsqu'elle s'explique, en tout ou partie, par une faute de l'acheteur public. Mais nous confessons avoir quelques réticences à admettre cette thèse. La gravité de la méconnaissance de ses obligations contractuelles par le cocontractant de l'administration peut et doit, selon nous, s'apprécier objectivement, au regard de son comportement, de l'ampleur de l'inexécution et des conséquences de cette inexécution pour la personne publique. Et il est d'autant moins évident de tenir compte dans ce cadre du comportement de la personne publique qu'une faute de l'administration ne saurait bien sûr exonérer son co-contractant de son obligation d'exécuter le contrat. Il pourrait sans doute y avoir in fine une compensation entre les pénalités infligées au titulaire du marché et l'indemnisation due par l'acheteur public à raison d'une faute qu'il aurait commise, mais c'est là une autre question qui se situe non pas au stade de la fixation du montant des pénalités, mais en aval ».

Manifestement, le Conseil d'État n'a pas été convaincu, et on peut penser que les faits de l'affaire pouvaient fonder la solution contraire qu'il a finalement adoptée :

« En refusant d'envisager toute modification des marchés en litige afin de remédier aux difficultés de livraison rencontrées par la société Nouvelle Laiterie de la Montagne, résultant d'évènements extérieurs et imprévisibles dans leur ampleur, alors que, ainsi qu'il a été dit au point 13, les marchés en litige, dont l'exécution nécessitait le recours à une part importante de matières premières dont le prix était directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux, ne comportaient pas de clause de révision de prix contrairement aux prescriptions des dispositions citées au point 12, ce que la société Nouvelle Laiterie de la Montagne avait d'ailleurs relevé dans le courrier du 25 octobre 2017 qu'elle lui avait adressé, FranceAgriMer a contribué à la placer en situation de ne pas pouvoir respecter ses obligations de livraison. Cette circonstance est de nature à atténuer la gravité de l'inexécution, par la société Nouvelle Laiterie de la Montagne, de ses obligations contractuelles. Dès lors, cette société est fondée à demander la modération, qu'il y a lieu de fixer à 50 %, du montant des pénalités mises à sa charge par les titres exécutoires du 27 novembre 2018 en litige ».

C'est donc le fait d'avoir refusé de modifier le contrat qui est considéré comme une faute, mais c'est à mettre en rapport avec la faute liée à l'illégalité de l'absence de clause de révision de prix.

Un partage de responsabilité semblait donc adapté aux circonstances. Il reste à savoir si le juge administratif sera enclin à renouveler un tel partage dans d'autres hypothèses, à l'heure où la protection des finances publiques semble encore plus à l'ordre du jour et où les autorités contractantes semblent de plus en plus enclines à déclencher les pénalités contractuelles.

TC, 7 juillet 2025, 4353, *Commune de Grand Quevilly c/ Union des groupements d'achats publics*, classé A : Un litige relatif à l'achat d'un véhicule par l'UGAP ne relève manifestement pas du judiciaire qui n'est donc pas compétent même s'il est saisi d'une demande d'expertise.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Un véhicule électrique acheté par une commune à l'UGAP ayant pris feu, ladite commune a assigné en référé devant un tribunal judiciaire son assureur, l'UGAP, la société ayant fourni le véhicule et la société chargée de l'entretien du véhicule, afin de faire ordonner une expertise pour déterminer les causes du sinistre. Par une ordonnance du 2 juillet 2024, le juge des référés, après avoir rejeté une exception d'incompétence de la juridiction judiciaire, a fait droit à la demande, mais le Tribunal des conflits, saisi par le Préfet, déclare les juridictions administratives compétentes pour le référé expertise.

La solution permet d'illustrer le cas particulier du déclinatoire de compétence dans le cadre d'une demande d'expertise. Initialement, le Tribunal des conflits a jugé *« qu'en l'état où la demande ne tend qu'à voir ordonner une mesure d'instruction avant tout procès et avant même que puisse être déterminée, eu égard aux parties éventuellement appelées en la cause principale, la compétence sur le fond du litige, mais que le fond du litige est de nature à relever, fût-ce pour partie, de la compétence des juridictions de l'ordre auquel il appartient, le juge des référés ne peut refuser de se saisir ; qu'il s'ensuit que le tribunal administratif ne pouvait en l'espèce renvoyer au Tribunal des Conflits le soin de trancher sur la question de compétence »* (TC, 17 octobre 1988, *SA Entreprise Niay*, 02530B, p. 494). Il a logiquement ajouté ensuite *« qu'il n'en est autrement que lorsqu'il est demandé au juge des référés d'ordonner une mesure d'instruction qui porte à titre exclusif sur un litige dont la connaissance au fond n'appartient manifestement pas l'ordre de juridiction auquel il appartient »*, même s'il avait alors estimé qu'en l'espèce, *« la demande d'expertise relative à la recherche de la cause de l'accident était formulée non seulement à l'égard de la D.R.I.R.E. du Lot, service administratif chargé d'une mission de service public, mais aussi de M. Y... »* et que donc *« le litige ne relève manifestement pas de la compétence du seul ordre administratif »* (TC, 23 octobre 2000, *Société Capraro et S.M.A.B.T.P., Consorts G…*, 3220).

La décision commentée reprend cette formulation de principe, mais conduit le tribunal des conflits, pour la première fois nous semble-t-il dans le cadre d'un référé instruction, à la compétence des juridictions administratives.

Pour ce faire, **il fallait donc s'assurer que le juge judiciaire ne serait en aucune manière compétent, ce qui conduit le Tribunal des conflits à juger que les quatre contrats en cause sont administratifs**.

Le premier est relatif à l'achat d'un véhicule par l'UGAP pour le compte d'une commune. Sans surprise, le tribunal des conflits juge que le marché passé par l'UGAP avec le fournisseur au temps du Code des marchés publics est un contrat administratif par application de la loi MURCEF du 11 décembre 2001 qui qualifiait tous les contrats passés en application du Code des marchés publics par les personnes soumises à ce Code – dont l'UGAP - de contrats administratifs. Il est à noter toutefois

que cette soumission au Code était originale pour un établissement public industriel et commercial comme l'UGAP car les EPIC étaient par principe soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 qui ne comportait pas une telle qualification légale. Mais la soumission au Code des marchés publics résultait de l'article 17 du décret du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de cet établissement public industriel et commercial. Depuis l'ordonnance du 23 juillet 2015 (reprise dans le Code de la commande publique), ce sont toutes les personnes morales de droit public qui sont soumises à cette qualification légale, EPIC compris donc.

La solution n'allait toutefois pas de soi, car on aurait pu voir dans les centrales d'achat des mandataires (ou à tout le moins des personnes agissant pour le compte d'une personne publique comme dans CAA Paris, 12 mai 2022, 21PA03760, à propos d'une association centrale d'achat) puisqu'elles réalisent des achats « au bénéfice des pouvoirs adjudicateurs » (article L2113-2 du CCP), de sorte que c'est la nature des contrats passés par le mandant qui aurait alors importé (CE, 28 juillet 1995, *Société de gérance Jeanne d'Arc*, 143438). Certes, en l'occurrence, la nature aurait été la même puisque le contrat était passé pour le compte d'une commune, mais il aurait pu en aller autrement lorsque l'UGAP achète pour le compte de pouvoirs adjudicateurs qui sont des personnes morales de droit privé. Tel ne sera donc pas le cas.

S'agissant du contrat passé entre la commune et l'UGAP et de manière originale pour le Tribunal des conflits ou le Conseil d'État, nous semble-t-il, sa nature est administrative « par voie de conséquence » de la nature administrative du premier contrat. Une telle formule, inédite, semble renvoyer à l'interdépendance entre contrats. Cette dernière peut prendre la forme de la théorie de l'accessoire, illustrée dans d'autres contextes (dans le cas de conventions tripartites - TC, 14 mai 2018, *Société Batimat c/ Commune de Nogent-sur-Seine*, C4119 ou les contrats de cautionnement accompagnant un contrat administratif - CE, Sect., 13 octobre 1972, *SA de Banque Le Crédit du Nord*, *AJDA* 1973, p. 213). L'autre cas d'interdépendance vise l'indivisibilité, mais suppose deux contrats signés par les mêmes parties (TC, 27 septembre 1999, *Société Transdev*), ce qui n'était pas le cas ici. Une troisième hypothèse a pu émerger, que l'on a pu qualifier d'effet attractif du contrat administratif (L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 13e édition, p. 124), s'agissant d'une action en responsabilité délictuelle pour rupture prétendument abusive de relations commerciales par une personne publique dont le Tribunal des conflits a jugé qu'elle relevait du juge administratif (TC, 8 février 2021, *SNCF Réseau*, 4201).

Là encore, on aurait pu imaginer une autre solution, basée tout simplement sur la qualification légale de contrat administratif : le contrat passé entre un pouvoir adjudicateur et une centrale d'achat n'est autre qu'un marché public, même s'il n'y a pas de mise en concurrence, car il s'agit bien d'une prestation de service rémunérée. Mais une telle approche aurait pu aussi conduire à ce que certains de ces contrats ne soient pas administratifs, si le pouvoir adjudicateur ayant recours à la centrale d'achat est une personne morale de droit privé. De manière surprenante, le juge de première instance avait jugé ici que ce contrat était de droit privé.

Enfin, les deux autres contrats sont conclus directement par la commune et sont très logiquement, par application une fois encore de la loi MURCEF, administratifs : c'est le cas du contrat conclu par la commune avec la société chargée de l'entretien de ce véhicule, de même que celui conclu avec l'assureur du véhicule, « les services d'assurances des personnes publiques ayant été soumis aux dispositions du code des marchés publics par l'article 1er du décret n° 98-111 du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics », alors que le juge d'appel avait estimé être en présence d'un contrat de droit privé.

La solution adoptée ici par le Tribunal des conflits conduit donc à créer un bloc de compétence s’agissant des contrats conclus par les centrales d’achats ayant le statut de personnes morales de droit public.

La question reste posée néanmoins de savoir si la solution adoptée pour le deuxième contrat, administratif par voie de conséquence, vaudra pour les accords-cadres dans lesquels les marchés subséquents sont signés par les clients de l’UGAP, y compris lorsqu’ils sont de droit privé à l’image des SEM et SPL.

Brèves pour la période d'avril à juillet 2025 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 25 juin 2025, 478373, *Office des postes et télécommunications de Polynésie française*

► **Consulter la décision.**

Sont communicables les montants hors taxes, l'amortissement et la valeur nette comptable des biens transférés ou mis à disposition ainsi que le périmètre des missions déléguées dans le cadre d'une délégation de service public :

« Sur la demande de communication des annexes 1 et 2 de la convention de délégation de service public du 18 juin 2019 : 5. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que les mentions occultées des annexes 1 et 2 de la convention de délégation de service public du 18 juin 2019 concernent les montants hors taxes, l'amortissement et la valeur nette comptable des biens transférés ou mis à disposition par l'OPT. Ces informations, relatives à l'exercice par la SAS ONATi des missions de service public qui lui sont confiées, ne constituent pas des informations économiques et financières propres à la société attributaire de la convention et ne révèlent pas par elles-mêmes sa stratégie commerciale ou industrielle. Par suite, en jugeant, malgré la circonstance que la SAS ONATi intervient par ailleurs sur le marché concurrentiel, que ces informations n'étaient pas protégées par le secret des affaires garanti par les dispositions du 1° l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration citées au point 2, le tribunal administratif n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce.

Sur la demande de communication de l'avenant à la convention de délégation de service public du 18 juin 2019 : 6. Si le juge administratif a la faculté d'ordonner avant dire droit la production devant lui, par les administrations compétentes, des documents dont le refus de communication constitue l'objet même du litige, sans que la partie à laquelle ce refus a été opposé n'ait le droit d'en prendre connaissance au cours de l'instance, il ne commet d'irrégularité en s'abstenant de le faire que si l'état de l'instruction ne lui permet pas de déterminer, au regard des contestations des parties, le caractère légalement communicable ou non de ces documents ou d'apprécier les modalités de cette communication. 7. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les stipulations de l'avenant à la convention de délégation de service public du 18 juin 2019 signé le 22 juillet 2020, dont la communication comportait des mentions occultées, modifient trois articles ayant comme objet respectivement le « périmètre des missions déléguées », le « principe de transparence » et les « mises à disposition ». Selon l'avenant communiqué, les mentions occultées s'insèrent dans des articles dont le premier précise celles des missions qui ne sont pas déléguées et continuent d'être assurées par le délégant, le deuxième règle la façon dont l'ensemble des obligations de service public incombant à l'OPT en sa qualité d'opérateur public est confié au délégataire et le dernier prévoit que certains biens nécessaires à la réalisation des missions de service public, qui se rapportent en particulier aux investissements structurants du groupe OPT, peuvent faire l'objet de modalités particulières de mise à disposition, d'entretien/maintenance et d'exploitation. Aussi, en jugeant, sans ordonner au préalable la production de la totalité de l'avenant hors contradictoire, que ces éléments apparaissaient également communicables et que les mentions occultées ne relevaient pas du secret des affaires au sens du 1° de l'article L. 311-6 du code des relations entre le public et l'administration, le tribunal administratif n'a entaché son jugement ni d'insuffisance de motivation, ni d'erreur de droit, ni d'inexacte qualification juridique des faits. »

CE, 3 juillet 2025, 501774, *Société Mayotte Route Environnement*

► **Consulter la décision.**

Il y a lieu de distinguer entre prescriptions imposées par le règlement de consultation et éléments d'information seulement utiles, telles les « méthodes d'intervention sur le chantier », dont l'absence n'entraine pas l'irrégularité de l'offre :

« Un pouvoir adjudicateur ne peut attribuer un marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par le règlement de la consultation. Il est tenu d'éliminer, sans en apprécier la valeur, les offres incomplètes, c'est-à-dire celles qui ne comportent pas toutes les pièces ou renseignement requis par les documents de la consultation et sont, pour ce motif, irrégulières. Cette obligation ne fait pas obstacle à ce que ces documents prévoient en outre la communication, par les soumissionnaires, d'éléments d'information qui, sans être nécessaires pour la définition ou l'appréciation des offres et sans que leur communication doive donc être prescrite à peine d'irrégularité de l'offre, sont utiles au pouvoir adjudicateur pour lui permettre d'apprécier la valeur des offres au regard d'un critère ou d'un sous-critère et précisent qu'en l'absence de ces informations, l'offre sera notée zéro au regard du critère ou du sous-critère en cause. 4. Pour juger que l'offre de la société Mayotte Route Environnement était incomplète et donc irrégulière, le juge des référés du tribunal administratif de Mayotte a relevé que la note technique présentée à l'appui de celle-ci n'indiquait pas les méthodes d'intervention sur le chantier. En jugeant qu'en l'absence de cet élément, qui ne figurait que dans la partie « 4 2. Jugement et classement des offres » du règlement de la consultation précisant les éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur entendait fonder son appréciation de la valeur technique de l'offre, et non dans sa partie « 3-1.2.3 - Présentation des offres », qui énumérait les pièces dont la communication était requise, l'offre de la société Mayotte Route Environnement devait être regardée comme irrégulière, le juge des référés a commis une erreur de droit. »

CE, 11 juillet 2025, 502377, *Société Système Wolf*

► **Consulter la décision.**

Un « projet de facturation DGD » ne fait pas courir le délai pouvant conduire à un DGD tacite :

« Il résulte des stipulations citées aux points 7 et 8 qu'à défaut de transmission du projet de décompte final au maître d'œuvre, le délai de trente jours prévu par l'article 13.4.2 imparti au maître d'ouvrage pour notifier au titulaire du marché le décompte général ne peut pas courir, ce qui fait obstacle à la naissance d'un décompte général et définitif tacite selon les modalités prévues par l'article 13.4.4. 10.

La société Système Wolf soutient qu'elle a droit à une provision de 179 298,55 euros TTC, cette somme correspondant au montant cumulé des soldes des décomptes généraux des lots n°s 3 et 4, lesquels ont, selon elle, acquis tacitement un caractère définitif en application des stipulations du CCAG citées au point 8. Il résulte toutefois de l'instruction que la société Système Wolf n'a adressé à

la société Architude, maître d'œuvre, qu'un courrier le 18 août 2023 intitulé « Facturation DGD » qui ne revêtait pas le caractère d'un projet de décompte final. Par suite, elle ne peut être regardée comme lui ayant transmis un tel projet. Dans ces conditions, le délai prévu à l'article 13.4.2. n'ayant pas couru, elle ne peut se prévaloir de l'existence d'un décompte général et définitif tacite. »

CE, 15 avril 2025, 496441, *SAS Mayotte Channel Gateway*

► **Consulter la décision.**

La modification par le gestionnaire du domaine public des conditions pécuniaires des autorisations d'occupation ne peut intervenir qu'en raison de faits nouveaux ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de ces autorisations, ce que n'est pas un changement de gestionnaire :

« D'une part, si l'autorité gestionnaire du domaine public peut à tout moment modifier les conditions pécuniaires auxquelles elle subordonne la délivrance des autorisations d'occupation et éventuellement abroger unilatéralement ces décisions, elle ne peut, toutefois, légalement exercer ces prérogatives qu'en raison de faits survenus ou portés à sa connaissance postérieurement à la délivrance de ces autorisations. Or, la société Mayotte Channel Gateway s'est bornée, comme l'ordonnance le relève à juste titre, à se prévaloir devant le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux de deux faits nouveaux, tenant aux changements de gestionnaire des parcelles objet de la convention d'occupation à laquelle la société Cementis Mayotte était partie et à la constatation d'un montant anormalement bas de la redevance d'occupation de ces parcelles, mais ne soutenait pas devant lui que l'entrée en vigueur de nouveaux tarifs décidés par le conseil portuaire et agréés par le département de Mayotte aux termes de l'arrêté tarifaire du 28 avril 2016, aurait constitué un fait nouveau justifiant la modification unilatérale des conditions pécuniaires de cette convention d'occupation. Dès lors, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas insuffisamment motivé son ordonnance et n'a pas commis les erreurs de droit ou de qualification juridique des faits qui lui sont reprochées s'agissant de l'examen d'un tel fait nouveau. »

CE, 17 avril 2025, 489542, *Commune de Mons*

► **Consulter la décision.**

Une convention de mise à disposition des services d'un EPCI au profit d'une de ses communes membres qui prévoit le remboursement des frais de fonctionnement du service instructeur constitue un contrat prévoyant la rémunération d'une personne physique ou morale et ne peut légalement contenir de clause stipulant que la commune concernée renonce à exercer toute action en responsabilité à l'égard de l'établissement public de coopération intercommunale :

« Il ressort des pièces des dossiers soumis aux juges du fond que, par une convention conclue en décembre 2014 entre la commune de Mons et la communauté urbaine de Toulouse, à laquelle a succédé le 1er janvier 2015 la métropole dénommée " Toulouse Métropole ", cet établissement public de coopération intercommunale a mis à disposition de la commune son service instructeur du droit des sols sur le fondement des dispositions de l'article R.* 423-15 du code de l'urbanisme et des III et IV de l'article L. 5211-4-1 du code général des collectivités territoriales. L'article 14 de cette convention stipule que : " La mise à disposition du service instructeur donne lieu à rémunération au

profit de la communauté urbaine. Les communes verseront annuellement une contribution correspondant aux charges liées au fonctionnement du service mis à disposition et supportées par la communauté urbaine. Elles seront calculées dans les conditions prévues à l'article L. 5211-4-1 ". L'article 12 de la même convention stipule que : " (...) 1° dans l'hypothèse où la commune de Mons serait attraite dans un contentieux indemnitaire relatif à un permis, une déclaration ou un certificat d'urbanisme ayant été instruit par les services de la communauté urbaine mis à disposition dans le cadre de la présente convention, elle renonce à appeler cette dernière en garantie. La commune de Mons restera seule responsable des éventuelles irrégularités commises par le service instructeur mis à sa disposition dans le cadre des opérations d'instruction des permis et des déclarations, et agissant sur l'instruction du maire (...). Seront également à la charge de la commune de Mons l'ensemble des dépenses liées au contentieux de l'urbanisme, notamment les condamnations aux dépens, les frais irrépétibles et les condamnations d'ordre indemnitaire. 7. Une convention de mise à disposition des services d'un établissement public de coopération intercommunale au profit d'une de ses communes membres qui prévoit, conformément aux dispositions du IV de l'article L. 5211-4-1 du code général des collectivités territoriales, le remboursement des frais de fonctionnement du service instructeur constitue un contrat prévoyant la rémunération d'une personne physique ou morale au sens des dispositions de l'article L. 2131-10 du même code. Une telle convention ne peut donc légalement contenir de clause stipulant que la commune concernée renonce à exercer toute action en responsabilité à l'égard de l'établissement public de coopération intercommunale. »

Cass. 3e civ., 10 avril 2025, 23-18.193

► **Consulter la décision.**

L'action en réparation exercée par un concessionnaire tendant à l'indemnisation du dommage qu'il a personnellement subi à la suite de la dégradation d'un bien de retour n'est pas une action domaniale et se prescrit par cinq ans :

« 6. Elle a, ensuite, relevé, d'une part, que la société CNR, qui n'était pas propriétaire du bien endommagé, ne bénéficiait d'aucune habilitation ou délégation pour exercer l'action domaniale, d'autre part, que, conformément à l'article 10 de ce même cahier des charges général, cette société avait pour obligation d'entretenir cette écluse et de la maintenir en parfait état de réparation.

7. Ayant exactement déduit de ces motifs que l'action engagée tendait à l'indemnisation de dommages personnellement subis par la société CNR en conséquence des frais engagés par elle pour exécuter son obligation d'entretien et de réparation de l'ouvrage, et retenu à bon droit que la société CNR n'était pas fondée, pour cette action personnelle, à se prévaloir de l'imprescriptibilité de son action, la cour d'appel, qui a constaté qu'à la date de l'assignation, le délai quinquennal de prescription, qui avait commencé à courir au plus tard le 30 juin 2015, date du constat d'huissier de justice décrivant la vidéo de l'accident, était expiré, a légalement justifié sa décision. »

CE, 17 juillet 2025, 504004, *Société Thingslog France*

► **Consulter la décision.**

Il n'y a pas lieu de transmettre un QPC au conseil constitutionnel à propos du référé précontractuel :

« 6. La société Thingslog France soutient que les dispositions de l'article L. 551-4 et du second alinéa de l'article L. 551-14 du code de justice administrative seraient contraires au droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en ce qu'elles priveraient de tout recours utile le candidat évincé d'un marché public lorsque le contrat a été signé postérieurement à l'introduction de sa requête en référé précontractuel mais avant que cette requête ait été notifiée ou communiquée au pouvoir adjudicateur et avant que le juge des référés ait statué. Toutefois, pour éviter que le contrat ne soit prématurément signé par le pouvoir adjudicateur resté dans l'ignorance de l'introduction de son recours, l'auteur d'un référé précontractuel, tenu par les dispositions de l'article R. 551-1 du code de justice administrative de notifier son recours au pouvoir adjudicateur, peut procéder à cette notification simultanément à l'introduction de son recours. Lorsqu'il notifie son recours au service compétent du pouvoir adjudicateur par des moyens de communication permettant d'assurer la transmission d'un document en temps réel, la circonstance que la notification ait été faite en dehors des horaires d'ouverture de ce service est dépourvue d'incidence, le délai de suspension prévu par l'article L. 551-4 du même code courant à compter non de la prise de connaissance effective du recours par le pouvoir adjudicateur, mais de la réception de la notification qui lui a été faite. Au surplus, les dispositions contestées ne font pas obstacle à ce qu'un candidat irrégulièrement évincé exerce un recours en contestation de la validité du contrat. Dans ces conditions, la question soulevée, qui n'est pas nouvelle, est dépourvue de sérieux. 7. En second lieu, les candidats qui ont été privés de la possibilité de présenter utilement un recours précontractuel en raison du comportement du pouvoir adjudicateur ne sont pas dans la même situation que ceux qui, ayant exercé un tel recours, ont tardé à le notifier au pouvoir adjudicateur et ont ainsi, de leur propre fait, permis à celui-ci de signer le contrat alors qu'il était dans l'ignorance de leur recours. Dès lors, la société requérante ne saurait sérieusement soutenir que les dispositions qu'elle critique méconnaîtraient le principe constitutionnel d'égalité. »

CE, 27 juin 2025, 500159, *Société L'Heude & associés architectes et Société Via Sonora*

► **Consulter la décision.**

Il résulte des dispositions des articles R. 533-1 et R. 811-1 du code de justice administrative (CJA) que toute partie à une expertise ordonnée par le juge des référés du tribunal administratif a le droit de relever appel de l'ordonnance par laquelle ce dernier rejette une demande d'extension de l'expertise présentée par l'expert désigné. La circonstance que la partie concernée n'était, à la date à laquelle l'expert a présenté sa demande, plus recevable à demander elle-même une telle extension est sans incidence sur son droit de former appel de l'ordonnance refusant l'extension de l'expertise :

« 4. Il résulte de ces dispositions que toute partie à une expertise ordonnée par le juge des référés du tribunal administratif a le droit de relever appel de l'ordonnance par laquelle ce dernier rejette une demande d'extension de l'expertise présentée par l'expert désigné. La circonstance que la partie concernée n'était, à la date à laquelle l'expert a présenté sa demande, plus recevable à demander elle-même une telle extension est sans incidence sur son droit de former appel de l'ordonnance refusant l'extension de l'expertise.

(...)
7. Il résulte des dispositions citées au point 2 que, lorsqu'il est saisi d'une demande d'une partie ou de l'expert tendant à l'extension de la mission de l'expertise à des personnes autres que les parties initialement désignées par l'ordonnance ou à l'examen de questions techniques qui se révélerait indispensable à la bonne exécution de cette mission, le juge des référés ne peut ordonner cette extension qu'à la condition qu'elle présente un caractère utile. Cette utilité doit être appréciée, d'une part, au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que ce juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher. A ce dernier titre, le juge ne peut faire droit à une demande d'extension de l'expertise lorsque, en particulier, elle est formulée à l'appui de prétentions qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, qui sont irrecevables ou qui se heurtent à la prescription. Dans l'hypothèse où est opposée une forclusion ou une prescription, il lui incombe de prendre parti sur ces points. En outre, le juge des référés peut appeler à l'expertise en qualité de sachant toute personne dont la présence est de nature à éclairer ses travaux. »

CAA Lyon, 16 avril 2025, 23LY00664

► **Consulter la décision.**

Pour évaluer le manque à gagner dont le candidat irrégulièrement évincé d'une concession peut demander à être indemnisé, il n'y a pas lieu de tenir compte d'une éventuelle indemnité d'imprévision qui aurait eu seulement pour objet de couvrir le montant du déficit provoqué par l'évolution défavorable des conditions d'exécution du contrat mais il faut tenir compte des aléas ayant réellement affecté l'exécution de la concession, notamment l'augmentation des prix de l'énergie :

« 3. Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le contrat. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le contrat. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. D'autre part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité et si les chances sérieuses de l'entreprise d'emporter le contrat sont établies, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation. Il lui incombe aussi d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain, en tenant compte notamment, s'agissant des contrats dans lesquels le titulaire supporte les risques de l'exploitation, de l'aléa qui affecte les résultats de cette exploitation et de la durée de celle-ci.

4. La société Vert Marine se prévaut du compte prévisionnel d'exploitation des années 2018 à 2023, établi le 4 septembre 2017, et correspondant aux années d'exécution de la délégation de service

public, qu'elle avait joint à son offre initiale, et de l'attestation établie par son commissaire aux comptes le 6 mars 2021, dégageant un bénéfice cumulé de 517 500 euros.

5. Toutefois, il résulte de l'instruction, et, notamment, des données librement accessibles publiées par le ministre en charge du développement durable, que le prix du gaz, énergie utilisée en l'espèce pour le chauffage de l'équipement, a augmenté de 67 % en 2021 et 2022 puis de 11 % en 2023, alors que la société Vert Marine avait établi son offre sur la base d'un coût de chauffage quasiment constant au titre des mêmes années. En outre, le centre Nautile a, comme l'ensemble des établissements de même nature, été affecté par des périodes de fermeture totale ou de restrictions d'accès, liées à l'épidémie de la Covid-19, faisant ainsi peser un aléa sur les produits attendus par la société dans ce même compte d'exploitation prévisionnel au titre des années 2020, 2021 et 2022. Enfin, il résulte de l'instruction, et, notamment, des extraits des comptes annuels de la société Action développement loisir, société délégataire, que l'exploitation de l'équipement a donné lieu à des résultats déficitaires, compris entre -32 031 euros et -207 525 euros au titre des exercices clos entre 2019 et 2023. Si la société requérante soutient que l'attributaire porte seul la responsabilité de ces résultats, il résulte de l'instruction, et, notamment, des extraits des comptes annuels du délégataire, que ces derniers résultent, pour une part importante, d'une augmentation des charges et d'une baisse des produits d'exploitation, sans que la requérante n'établisse qu'elle-même aurait pu ne pas être exposée aux mêmes évènements. Enfin, la société Vert Marine ne peut se prévaloir d'une éventuelle indemnité d'imprévision, laquelle aurait eu pour effet de couvrir le montant du déficit provoqué par l'évolution défavorable des conditions d'exécution du contrat, non d'allouer le bénéfice escompté à la présentation de l'offre. En revanche, compte tenu de la différence entre le modèle économique de la société Action développement loisir et le sien, lequel donnait notamment la priorité à la dynamisation de la clientèle, donc à la fréquentation de l'équipement, la société Vert Marine est fondée à soutenir qu'elle demeurait susceptible d'enregistrer un résultat différent de la société attributaire, hors conséquence des événements extérieurs aux parties sur lesquels elle ne pouvait influer. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de déterminer le manque à gagner subi par la société Vert Marine au titre de la période de six ans, correspondant à la durée d'exécution de la délégation de service public conclue le 19 décembre 2017, allant de 2018 à 2023, en l'évaluant à la somme de 40 000 euros, laquelle inclut l'ensemble des intérêts ainsi que leur capitalisation.

6. En revanche, la société Vert Marine n'est pas fondée à demander l'indemnisation des frais de présentation de son offre, lesquels sont intégrés dans les charges prises en compte pour l'évaluation de son manque à gagner déterminé au point 5. »

L'essentiel du droit des contrats publics, septembre 2025, n° 19

Par :

François Lichère

Professeur agrégé en droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Sommaire

CE, 22 juillet 2025, 494323, Société NGE Génie Civil et autres, classé B : Les intérêts moratoires contractuels continuent à courir si la transaction n'est pas réglée dans les délais prévus par elle. ... 2

CE, 22 juillet 2025, 491997, Office public de l'habitat Lille Métropole Habitat, classé B : La qualification d' « ouvrage » conditionnant l'application du régime de la garantie décennale relève du contrôle de cassation. ... 4

CE, 22 juillet 2025, 493810, Société Eiffage Génie civil, classé C : L'existence d'une responsabilité in solidum relève en cassation de la qualification juridique des faits ; la modification d'un procédé technique caractérise en l'espèce un défaut de contrôle du maître d'ouvrage, mais ne conduit pas à une responsabilité in solidum ... 6

CJUE, 11 septembre 2025, *Autriche c/ Commission*, C-59/23 P : Le contrôle de compatibilité d'une aide d'État avec le droit de l'Union européenne peut inclure le contrôle du respect du droit des marchés publics. ... 9

Brèves pour la période d'avril à juillet 2025 : ... 13

CE, 22 juillet 2025, 494323, Société NGE Génie Civil et autres, classé B : Les intérêts moratoires contractuels continuent à courir si la transaction n'est pas réglée dans les délais prévus par elle.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Contrairement au tribunal administratif et à la Cour administrative d'appel de Douai, le Conseil d'État donne raison au requérant dans les circonstances suivantes : pour mettre fin à un litige né de l'exécution d'un marché, la **personne publique avait signé une transaction** avec le groupement d'entreprises constructeur le 2 juillet 2019 qui **prévoyait le paiement d'une somme au 31 aout 2019**. La CCI **n'avait toutefois réglé cette somme que le 30 décembre 2019**, **soit postérieurement à son homologation intervenue le 23 décembre 2019**. Le **mandataire du groupement demanda** au TA puis à la CAA le versement d'une somme de presque 400 000 euros correspondant aux **intérêts moratoires contractuels** pour la période courant du 1er septembre au 31 décembre 2019. N'ayant pas du tout obtenu gain de cause ni en 1ere instance ni en appel, le mandataire saisit **le Conseil d'État** d'un pourvoi qui lui **donne raison sur ce point et renvoi** à la CAA le soin de régler l'affaire au fond.

La question était inédite, du moins dans de telles circonstances, et **la réponse pas vraiment surprenante**, pour qui connait la rigueur jurisprudentielle dans l'application de l'interdiction de tout renoncement au paiement des intérêts moratoires posée par l'article 67 de la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier. Il a déjà été jugé que l'interdiction vaut, que la *« renonciation intervienne lors de la passation du marché ou postérieurement »* et donc que *« toute délibération de l'organe délibérant de la personne publique responsable du marché qui autoriserait une transaction avec le titulaire du marché ou ses sous-traitants par laquelle ceux-ci renonceraient à tout ou partie des intérêts qui leur seraient dus serait illégale, quel que soit le moment où elle interviendrait »* (CE, 7 octobre 2003, *Ministre de l'intérieur c/ Syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset, la Cadière, le Castellet*, 249822, p. 411, ccl. contr. G. Le Châtelier). Autrement dit, les *« concessions réciproques »* exigées par le Code civil dans le cadre d'une transaction ne peuvent concerner les intérêts moratoires. Il a même été jugé que la méconnaissance de cette prohibition entache d'illicéité le contenu du protocole transactionnel et justifie son annulation dans le cadre d'un recours *Tarn-et-Garonne* (CE, 18 mai 2021, *Communauté d'agglomération de Lens Liévin société territoires 62*, 443153, 443158, B). Et le Conseil d'État a aussi considéré que si une entreprise indique dans une transaction renoncer à toute réclamation ultérieure relative au marché litigieux, elle n'a pas pour autant entendu renoncer au paiement des intérêts moratoires sur les sommes en cause (CE, 10 novembre 2004, *Entreprise Paul Milet*, 256031).

L'affaire jugée ici se présentait toutefois sur un jour nouveau puisque **n'étaient pas en cause les intérêts moratoires dus pour la période correspondant au marché**, mais ceux réclamés pour la période postérieure au délai fixé dans le protocole pour que la personne publique règle les sommes dues. Mais on pouvait tout de même entrevoir la solution adoptée ici par le Conseil d'État à la lecture des conclusions Marc Pichon de Vendeuil, dans l'affaire de 2021 précitée :

« l'interdiction de renoncer aux intérêts moratoires est loin d'être dénuée de justification lorsqu'elle s'applique à une transaction. Cela évite en effet que la personne publique retarde artificiellement le paiement de son cocontractant dans l'attente de la signature d'un éventuel accord. En tout état de cause, l'atteinte demeure mesurée : elle n'empêche la transaction que sur une catégorie de droits pécuniaires, sans prévenir la libre négociation de contreparties dans le reste du champ contractuel. À l'échelle de l'ensemble des marchés publics, la disposition litigieuse permet ainsi d'inciter les acheteurs publics à considérer les intérêts moratoires comme une réalité intangible et à faire preuve de toute la diligence nécessaire pour payer en temps utile les entreprises ».

C'est ce même rapporteur public qui convainc le Conseil d'État ici de rejeter le raisonnement du TA et de la CAA qui avaient tous les deux considérés que le protocole transactionnel était un contrat distinct et qu'on ne pouvait qu'appliquer les intérêts moratoires contractuels du marché, mais qu'il fallait appliquer le taux légal (inférieur à 1 %). Selon lui, *« au contraire, admettre que la simple conclusion de la transaction pourrait mettre un terme à cette obligation pour l'avenir reviendrait à reconnaître aux parties, alors même que le paiement du solde du marché n'est toujours pas intervenu, la faculté, par ce biais, de contourner la prohibition de toute renonciation aux intérêts moratoires pour la période comprise entre la date de règlement du solde prévue par la transaction et son paiement effectif, ce qui est précisément ce que vous avez entendu censurer par votre décision Entreprise Paul Milet »*. Et le rapporteur public de citer, sans toutefois prendre position, un passage de la thèse de notre collègue Benjamin Blaquière sur *« La théorie de l'accessoire en droit administratif »* (LGDJ, 2021) qui indique que la transaction est *« indéniablement »* un contrat accessoire du contrat ayant donné lieu au litige qu'elle entend éteindre.

On peut même penser que l'entreprise pourrait réclamer des intérêts au-delà de cette date du 31 décembre puisqu'il a été jugé que la circonstance que le décompte d'un marché soit fixé *in fine* par le juge ne fait pas obstacle à ce que les intérêts moratoires contractuels courent jusqu'à cette date et même au-delà lorsque le marché prévoyait le paiement de tels intérêts jusqu'à la date du mandatement effectif du solde du marché (CE, 15 avril 1988, *Entreprise Hypotra*, 52618, B).

On notera que **l'arrêt de la CAA n'est que partiellement cassé**, le Conseil d'État ayant refusé d'admettre en cassation les conclusions dirigées contre la partie de l'arrêt statuant sur la mainlevée des garanties bancaires.

Malgré cela, l'arrêt montre qu'il ne faut pas toujours désespérer du Conseil d'État quand on est une entreprise…

CE, 22 juillet 2025, 491997, Office public de l'habitat Lille Métropole Habitat, classé B : La qualification d' « ouvrage » conditionnant l'application du régime de la garantie décennale relève du contrôle de cassation.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La **solution de droit** à la question nouvelle posée se trouve tout entière dans le considérant 3 de l'arrêt commenté :

« Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que les travaux de remaniement du sol confiés, en complément des travaux de démolition d'un bâtiment existant, à la société Sodenor étaient d'ampleur limitée et se bornaient pour l'essentiel au « remblaiement des terrains » en matériaux compactés et en terre végétale, ainsi qu'à l'engazonnement des espaces verts. En jugeant que de tels travaux, quand bien même ils auraient été réalisés dans l'attente d'une opération de construction immobilière, ne portaient pas en eux-mêmes sur la réalisation d'ouvrages, au sens des principes régissant la garantie décennale des constructeurs, et n'étaient ainsi pas susceptibles de donner lieu à l'engagement de la responsabilité de la société Ramery Revitalisation à ce titre, la cour, qui ne s'est pas contredite, n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis ».

Tel est l'apport de principe de l'arrêt : **la notion d'ouvrage relève bien du plein contrôle de cassation, à travers la qualification juridique des faits, et non de la seule dénaturation de ceux-ci**. De manière surprenante, le Conseil d'État n'avait jamais eu à se prononcer sur ce point, alors que les arrêts en matière de garantie décennale sont légion. Il suit, fort logiquement, nous semble-t-il, les conclusions très précises et argumentées de son rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil. Alors même que la distinction entre ce qui relève de la qualification juridique et ce qui relève de la dénaturation des faits paraît parfois comme assez subjective, il met en avant un critère qui paraît particulièrement pertinent : si, *« traditionnellement, vous laissez la plupart des éléments constitutifs de la responsabilité décennale à l'appréciation souveraine des juges du fond, qu'il s'agisse du caractère apparent ou non des vices et de l'étendue de leurs conséquences (Section, 19 avril 1991, SARL Cartigny, 109322, p. 163), de l'appréciation portée sur l'impropriété de l'ouvrage à sa destination (CE, 10 juin 1994, SA Les grands travaux de Franche-Comté, 124761, p. 316) ou encore de la qualité de fabricant au sens de l'article 1792-4 du Code civil (CE, 4 avril 2016, Société Unibéton, 394198, B (…) Nous observons toutefois que lorsque l'appréciation d'un fait conditionne l'application d'un régime juridique spécifique, vous êtes enclins à exercer un contrôle de la qualification donnée à ce fait par les juges du fond »*. Ainsi c'est un contrôle de la qualification juridique qui est opéré sur la notion *« d'ouvrage public »* (CE, 7 juin 1999, *OPHLM d'Arcueil-Gentilly*, 181605, p. 169) ou encore sur la qualification de *« constructeur »* (CE, 21 décembre 2011, *Société Icade G3A et autre*, 330515, T. p. 1015). Aussi, on peut comprendre que le juge a pu ici considérer que la notion d' *« ouvrage »* relevait du contrôle de cassation, car cela conditionne le principe même d'application du régime de la garantie, contrairement par exemple au caractère apparent ou non des vices qui concerne les conditions de mises en œuvre de la garantie et non son champ d'application.

La suite des conclusions justifie ensuite que **les travaux de démolition et de remblaiement en cause ne constituaient pas un *« ouvrage »***. Il met en avant plusieurs arguments, à commencer par le fait que la garantie décennale s'applique aux *« constructeurs »* et que l'article 1792 du Code civil insiste sur cet aspect (*« construction d'un ouvrage »*, *« solidité de l'ouvrage »*, *« élément »* d'ouvrage, *« ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert »*). Certes, ne sont pas seulement visés les bâtiments ni même les *« édifices »* puisque ce terme a été abandonné par la loi Spinetta du 4 janvier 1978 au profit de celui d' *« ouvrages »*. Et ce terme peut recouvrir une grande variété de cas : parking d'une gare routière (CE, 9 mars 1977, *Chambre de commerce et d'industrie de Douai*, 98694, 98725), un pont (CE, 11 juillet 1986, *Ville de Castres*, 64607), télésiège (CE, 4 mai 1984, *Société Pomagalski*, 14035, T. p. 672), réseau d'assainissement (Section, 9 juin 1989, *SIVOM de la région havraise*, 73946, p. 140), travaux de voirie (CE, 6 avril 2018, *Commune de Thenay*, 406089, C).

Cela étant, si la démolition ne savait constituer, par hypothèse, un ouvrage, **la question pouvait être discutée pour les remblaiements qui devaient accueillir à terme une construction**. Et le rapporteur public de citer un arrêt de la Cour de cassation qui a reconnu la qualité d'ouvrage à des travaux d'enrochement constitué de gros blocs de pierre empilés lorsque cet enrochement correspond à une *« fonction de soutènement »* et que les travaux réalisés revêtent une certaine ampleur, comme une paroi d'une longueur de 60 mètres sur une hauteur variant de 1 à 3 mètres (3ème civ., 24 mai 2011, 10-17.106). En revanche, elle a jugé que des travaux de terrassement et d'aménagement d'un terrain, menés en vue de la construction d'un futur ouvrage, n'entraient pas dans les prévisions de l'article 1792 du Code civil aux motifs que ces travaux *« n'incorporaient pas de matériaux dans le sol au moyen de travaux de construction »*, et ce, *« même si l'entrepreneur avait connaissance d'un futur projet de construction »* (3ème civ., 10 novembre 2021, 20-20.294, Bull. III).

Il semble bien que, aux yeux du juge, on était dans le cadre de cette deuxième hypothèse puisque le Conseil d'État souligne le fait que *« les travaux de remaniement du sol (…) étaient d'ampleur limitée et se bornaient pour l'essentiel au « remblaiement des terrains » en matériaux compactés et en terre végétale, ainsi qu'à l'engazonnement des espaces verts »*.

Parmi les autres moyens rejetés, qui conduisent donc in fine au rejet du pourvoi de la personne publique, on signalera la confirmation d'une solution de principe contraire à ce que juge la Cour de cassation *« qui, pour sa part, admet l'invocabilité de la responsabilité contractuelle de droit commun, y compris après réception sans réserve, pour les désordres qui n'entrent dans le champ d'aucune garantie légale »* précise le rapporteur public. Mais celui-ci a proposé de s'en tenir à la position de principe selon laquelle la réception des travaux sans réserve met fin aux relations contractuelles entre les parties (CE, Section, 6 avril 2007, *Centre hospitalier de Boulogne-sur-Mer*, 264490, 264491, p. 163), indiquant au passage qu'une évolution de la jurisprudence sur ce point aurait nécessité le renvoi de l'affaire devant une formation plus solennelle. On remarquera que cette position se fait donc au détriment du maître d'ouvrage public, contrairement à la *« faveur »* que l'on prête souvent au juge administratif à l'endroit des personnes publiques.

CE, 22 juillet 2025, 493810, Société Eiffage Génie civil, classé C : L'existence d'une responsabilité *in solidum* relève en cassation de la qualification juridique des faits ; la modification d'un procédé technique caractérise en l'espèce un défaut de contrôle du maître d'ouvrage, mais ne conduit pas à une responsabilité *in solidum.*

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

Cet arrêt, qui n'est pas classé B, mais qui aurait pu l'être, apporte une **précision quant à la nature du contrôle opéré en cassation sur l'existence d'une obligation *in solidum***. Le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil convainc en effet le Conseil d'État de ne pas se contenter d'un simple contrôle de la dénaturation des faits, mais d'opter pour la **qualification juridique des faits** pour des motifs sur lesquels nous reviendrons après analyse des faits.

Suite à un différend portant sur le décompte général du marché pour la construction d'un ouvrage de franchissement d'une rocade, la société titulaire a demandé au tribunal administratif de Bordeaux de condamner la métropole à plus de 4 millions d'euros pour divers travaux supplémentaires et des surcoûts imputés principalement, d'une part, à l'arrêt des travaux à la suite de l'apparition de désordres sur un ouvrage existant mitoyen et, d'autre part, à l'allongement de la durée totale et à la nécessité de réorganisation du phasage du chantier à la suite de l'apparition de ces désordres. Le tribunal administratif ayant condamné la métropole à verser à la société plus de 1 million d'euros TTC, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a ensuite, d'une part, ramené cette somme à 164 963,64 euros toutes taxes comprises et rejeté le surplus des conclusions de l'appel de la métropole. Le Conseil d'État a été saisi d'un pourvoi principal par la société et d'un pourvoi incident par la métropole, tous les deux rejetés par l'arrêt commenté.

Encore faut-il **préciser un peu les causes du litige** et plus exactement les causes alléguées du retard de chantier : alors que la société avait initialement opté pour la technique du forage-boue, le maître d'œuvre, à la suite de l'intervention de la direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement qui s'inquiétait du rejet de boues polluées à la bentonite dans les eaux du lac, a demandé à la société de proposer un autre procédé, laquelle a suggéré la mise en œuvre de pieux par forage-tubé, également admise par le cahier des clauses techniques particulières, et selon une technique de mise en place par vibro-fonçage. Au cours de ces travaux, des désordres ont été constatés sur les rampes d'accès de l'ouvrage de franchissement routier existant dénommé *« pont des Hôtels »*, liés pour partie aux vibrations de cette technique, ce qui a conduit à une interruption du chantier pendant un peu plus de quatre mois.

Parmi les moyens de cassation invoqués, deux peuvent retenir l'attention. Le premier provient du pourvoi incident de la métropole, qui contestait la décision de la CAA qui avait retenu sa responsabilité à hauteur de 25 % dans le retard de chantier. **Tout en rejetant une faute de la métropole pour défaut d'entretien, mauvaise estimation de ses besoins et mauvaise conception du chantier, le Conseil d'État confirme la faute pour défaut de contrôle** : si l'arrêt du chantier résultait

exclusivement des conséquences de l'utilisation d'un procédé de forage inadapté à la mauvaise qualité du sol et à la fragilité du *« pont des Hôtels »*, la métropole ne pouvait ignorer ni le mauvais état initial de ce pont, ni la mauvaise qualité du sol, ni le principe d'une modification du procédé de forage utilisé à la suite de l'intervention de la direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement et les préjudices liés au retard de chantier présentaient bien un lien de causalité direct avec cette faute. Le rapporteur public ajoutait que, *« même si la collectivité ne dispose évidemment pas des mêmes compétences techniques que les professionnels de la construction »*, la métropole *« n'avait aucunement réagi à la suite de l'intervention de la DREAL »*. Le Conseil d'État prolonge ainsi ce qu'il avait pu admettre à propos de la responsabilité partielle du maître d'ouvrage qui accepte la proposition du constructeur de substituer au procédé indiqué dans le marché un autre procédé (CE, 23 janvier 1976, *Ministre de l'éducation nationale c/ Entreprise Barou*, 95320, B), mais ici à propos d'un changement opéré à la suite d'une décision de l'État et une proposition validée par son maître d'œuvre.

On soulignera qu'**il est rare qu'une telle faute soit reconnue**, même si c'est pour estimer en l'espèce qu'elle n'entraine qu'une responsabilité à hauteur de 25 %. À cet égard, le cas des marchés à prix unitaire ne semble pas différer des marchés à prix forfaitaire puisqu'il a déjà été jugé que, pour un marché à prix unitaire, *« Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché dans la mesure où celle-ci justifie qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre »* (CE, 25 mars 2020, *Ministre de la transition écologique c/ Société Guintoli*, 427085, C), formule identique à ce qui existe pour l'application de la jurisprudence Haute-Normandie pour les marchés à prix forfaitaire.

Le second moyen qui retient notre attention tient précisément à la question de **savoir si la responsabilité de la personne publique pouvait être engagée *in solidum***, ce qui aurait présenté l'avantage pour la société de pouvoir demander la réparation de son préjudice à la seule personne publique et non aux autres intervenants responsables, à charge pour celle-ci de se retourner contre les autres responsables.

Une telle responsabilité *in solidum* existe classiquement, en responsabilité extracontractuelle, dès lors que les fautes respectives ont contribué à causer le préjudice *« dans sa globalité »* (CE, Section, 8 novembre 1968, *Compagnie d'assurances générales contre l'incendie et les explosions*, 68399, p. 558 ; CE, 20 septembre 1999, *Société lyonnaise d'études techniques et industrielles*, 163141, T. p. 886 ; CE, avis, 20 janvier 2023, Duhant, 468190, B). En matière contractuelle, c'est plus rare, mais pas exclu, comme l'indique Marc Pichon de Vendeuil en rappelant les conclusions de Gilles Pellissier sous la décision *Société Valode et Pistre* (CE, 27 juin 2018, 409608, 409657, 409683, B), arrêt qui confirme également que la responsabilité peut être solidaire quand bien même les fautes sont de nature différente (contractuelle ou quasi-délictuelle). Plus concrètement, il faut déterminer si, *« lorsqu'un dommage trouve sa cause dans plusieurs fautes qui, commises par des personnes différentes ayant agi de façon indépendante, portaient chacune en elle normalement ce dommage au moment où elles se sont produites »* (avis *Duhant* précité).

Appliquant ce principe à l'espèce, **le rapporteur public estime** que :

« Certes, la cour a relevé que Bordeaux Métropole avait commis une faute en s'abstenant d'intervenir dans le choix de la nouvelle méthode de forage, mais nous peinons à voir en quoi cette faute serait à elle seule à l'origine du préjudice causé par l'interruption du chantier ni en quoi elle l'aurait « porté en elle ». En effet, la simple abstention du maître de l'ouvrage n'impliquait pas nécessairement, dès lors en particulier qu'un tel choix technique ne relevait ni de ses missions ni des compétences de ses services, que la méthode initialement retenue aurait finalement été maintenue sans que le calendrier des travaux n'en soit affecté. Pour le dire autrement, on peut même raisonnablement imaginer qu'une implication plus forte de sa part aurait conduit à de nouveaux échanges entre les parties, qui auraient davantage encore ralenti les travaux. En somme, le « pouvoir causal » de la faute de la collectivité ne nous paraît pas déterminant ici ».

On voit quand même que **la question de l'obligation solidaire est subjective** tant on aurait pu considérer qu'il y avait bien solidarité lorsque le fait générateur du dommage est unique et assumé par plusieurs personnes : même si la nouvelle technique avait été proposée par le maître d'œuvre dans le CCTP et validée par lui à la suite de l'avis de la DREAL, le consentement du maître d'ouvrage était nécessaire. Pour le dire autrement, la mise en œuvre de cette nouvelle technique ne pouvait se faire sans son accord, même implicite.

Au passage, l'arrêt reconnait l'existence de fautes du maître d'œuvre et du contrôleur technique, ce qui pourrait être de nature à nourrir une action récursoire de l'entrepreneur si celle-ci n'est pas prescrite.

CJUE, 11 septembre 2025, *Autriche c/ Commission*, C-59/23 P : Le contrôle de compatibilité d'une aide d'État avec le droit de l'Union européenne peut inclure le contrôle du respect du droit des marchés publics.

► **Consulter le texte de la décision.**

Commentaire de la décision :

La Cour de justice apporte une **solution de principe importante sur l'intégration du respect du droit des marchés publics dans le contrôle des aides d'État**, même si elle ne l'a pas généralisé à tout contrôle des aides d'État, ainsi qu'une **précision utile sur la motivation des décisions de compatibilité**.

Pour bien comprendre la portée de cet arrêt sur ces deux points, il convient de se pencher sur les faits. Aux termes d'un accord intergouvernemental conclu le 14 janvier 2014, la Fédération de Russie et la Hongrie se sont engagées à coopérer, dans le cadre d'un programme nucléaire, pour la maintenance et la poursuite du développement de la centrale nucléaire de Paks. Dans l'accord intergouvernemental, la Fédération de Russie s'est engagée à accorder à la Hongrie un prêt d'État afin de financer le développement des deux nouveaux réacteurs nucléaires, prêt régi par un autre accord intergouvernemental de financement du 28 mars 2014 qui permettait de fournir une ligne de crédit renouvelable de 10 milliards d'euros dont l'utilisation était limitée exclusivement à la conception, à la construction et à la mise en service de ces deux nouveaux réacteurs. La Hongrie s'est engagée à fournir un montant supplémentaire de 2,5 milliards d'euros provenant de son propre budget afin de financer l'investissement relatif auxdits réacteurs. En application de ces accords, la Fédération de Russie a fait appel à la société JSC NIAEP pour la construction de ces deux nouveaux réacteurs nucléaires, sans publicité ni mise en concurrence, et la Hongrie a désigné la société Paks II pour la détention et l'exploitation de ceux-ci (société dans laquelle l'État hongrois détenait 100 % du capital) puis les deux sociétés ont signé le 9 décembre 2014 un accord portant sur un contrat d'ingénierie, d'achat et de construction relatif auxdits réacteurs. Le 22 mai 2015, la Hongrie a notifié à la Commission européenne une mesure visant à fournir une contribution financière pour le développement de deux nouveaux réacteurs, la bénéficiaire de la mesure notifiée étant la *« société Paks II »*.

Dans la décision litigieuse, adoptée à l'issue de la procédure formelle d'examen, au titre de l'article 108, paragraphe 2, TFUE, la Commission a constaté que la mesure notifiée constituait une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, qui, sous réserve des conditions énoncées à l'article 3 de cette décision, était compatible avec le marché intérieur, conformément à l'article 107, paragraphe 3, sous c), TFUE. En ce qui concerne l'attribution directe de la construction des deux nouveaux réacteurs nucléaires à JSC NIAEP, la Commission a considéré que celle-ci ne pouvait pas produire une distorsion supplémentaire de la concurrence et des échanges sur le marché pertinent, à savoir celui de l'électricité, et que, dès lors, elle n'était pas tenue de contrôler si cette attribution était conforme à la réglementation de l'Union en matière de marchés publics. La Commission a indiqué, dans la décision litigieuse, que, en tout état de cause, une procédure distincte avait été conduite à cet égard sur le fondement de l'article 258 TFUE, dans le cadre de laquelle le respect de la réglementation de l'Union

en matière de marchés publics par la Hongrie avait été examiné, sans que cet examen aboutisse à un constat de violation de cette réglementation par cet État membre.

Saisi pour la République d'Autriche d'un recours en annulation de cette décision, le tribunal de l'Union européenne a rejeté le recours, ce qui a conduit la République d'Autriche à saisir la Cour de justice.

Par l'arrêt commenté, la Cour annule le jugement du Tribunal ainsi que la décision de compatibilité de l'aide.

Sur la question de savoir si la Commission devait s'assurer du respect du droit des marchés publics dans l'examen de la compatibilité de l'aide, la Cour commence par rappeler sa jurisprudence en matière d'aide d'État : la Commission doit, à l'occasion de son contrôle de compatibilité d'une aide d'État, tenir compte des violations de dispositions du droit de l'Union autres que celles en matière d'aides d'État dans le cas où une telle violation découle de l'activité économique financée, de l'aide ou de son objet en tant que tel ou encore des modalités indissolublement liées à l'objet de l'aide (arrêt du 22 mars 1977, *Iannelli & Volpi*, 74/76, EU:C:1977:51, point 14). Sur ce point, la Cour donne raison au Tribunal qui a jugé, *« qu'il ne saurait être déduit de l'arrêt du 22 septembre 2020, Autriche/Commission (C-594/18 P, EU:C:2020:742), que la Cour a entendu abandonner sa jurisprudence selon laquelle il convient d'opérer une distinction entre les modalités présentant un lien indissociable avec l'objet de l'aide et celles qui ne présentent pas un tel lien »*, car, si *« la Cour ne s'est pas référée, dans l'arrêt du 22 septembre 2020, Autriche/Commission (C-594/18 P, EU:C:2020:742), à sa jurisprudence portant sur les modalités indissociables d'une aide ou de l'objet de celle-ci (…) cela tient au fait que, dans l'affaire ayant donné lieu à ce dernier arrêt, seule était en cause une prétendue violation du droit de l'Union découlant de l'activité économique même que l'aide concernée dans cette affaire visait à financer et qui, de ce fait, ne pouvait être dissociée de l'objet de cette dernière (voir, en ce sens, arrêt du 31 janvier 2023, Commission/Braesch e.a., C-284/21 P, EU:C:2023:58, point 98) »*.

Ensuite, la Cour examine longuement l'objet de l'aide pour conclure que *« dans la mesure où la construction desdits réacteurs était, d'une part, un élément nécessaire pour l'accomplissement de l'objectif poursuivi par la mesure notifiée en cause et, d'autre part, une opération financée, à tout le moins indirectement, au moyen de ressources de la Hongrie, cette construction faisait partie intégrante de la mesure d'aide notifiée par cet État membre et ne pouvait pas, partant, être valablement exclue par le Tribunal de l'objet de la même mesure »*. Dans un deuxième temps, elle analyse si l'on était en présence d'une modalité indissociable et rappelle que *« ne constituent pas des modalités indissociables de l'objet d'une aide des modalités qui, bien que faisant partie de la mesure d'aide en cause, ne sont pas concrètement nécessaires à la réalisation de son objet ou à son fonctionnement »*. Toutefois, tel n'est pas le cas ici, car *« l'attribution directe du marché de construction des deux nouveaux réacteurs nucléaires constitue une modalité indissociable de l'objet de la mesure d'aide notifiée par la Hongrie à la Commission, laquelle visait à développer ces réacteurs en vue de leur mise à disposition, à titre gratuit, en faveur de la société Paks II. En effet, ainsi qu'il ressort des constatations opérées par le Tribunal aux points 6 à 8 de l'arrêt attaqué, la modalité consistant dans une telle attribution était indispensable à la réalisation de l'objet de l'aide ainsi défini »*. On doit avouer que l'on a du mal à comprendre comment le Tribunal a pu en juger autrement.

On remarquera que la Commission avait déjà pour habitude d'intégrer le respect du droit des marchés publics ou du droit des concessions dans le contrôle de compatibilité des aides d'État en cas de prolongation de la durée des marchés ou des concessions. Mais il est vrai que, tant sur l'objet de l'aide que sur l'existence d'une *« modalité indissociable »*, le lien se présente alors de manière très pure et donc non discutable (par exemple, voir les décisions N 420/2005 relative à l'allongement de la durée des concessions des sociétés d'autoroutes du tunnel du Mont-Blanc (ATMB) et du tunnel Maurice Lemaire (TML/APRR)) ou SA.49335 du 27 avril 2018 ou SA.48472 du 14 juin 2018).

Sur le deuxième point, c'est-à-dire **sur le défaut de motivation de la décision de la Commission**, l'arrêt est aussi, à notre connaissance, inédit. Il juge que, après s'être penchée à titre surabondant sur le fait de savoir si l'attribution directe était conforme au droit des marchés publics, la Commission ne pouvait se contentait de renvoyer à sa décision de ne pas ouvrir une procédure en manquement contre la Hongrie concernant cette attribution directe. Plus concrètement, **elle estime** qu'il *« convient également de rappeler que la Cour a jugé que la Commission n'a pas le pouvoir de déterminer de manière définitive, dans le cadre d'une procédure en manquement, les droits et obligations d'un État membre ou de lui donner des garanties concernant la compatibilité avec le droit de l'Union d'un comportement déterminé, étant donné que, en vertu de l'article 260, paragraphe 1, TFUE, la Cour est seule compétente pour constater qu'un État membre a manqué à une des obligations qui lui incombe en vertu des traités. Partant, la clôture par la Commission d'une procédure en constatation de manquement contre un État membre, qui constitue l'exercice d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire de celle-ci, sur lequel, par ailleurs, la Cour ne peut exercer un contrôle juridictionnel, ne saurait être déterminante aux fins de l'appréciation de la conformité au droit de l'Union de la réglementation ou de la mesure nationale ayant fait l'objet de cette procédure (voir, en ce sens, arrêt du 4 octobre 2024, Tecno*37, C-242/23, EU:C:2024:831, points 29, 32 et 33 ainsi que jurisprudence citée).*

106 Ainsi, en l'espèce, certes, rien n'empêchait la Commission de se référer, dans la décision litigieuse, à la procédure en manquement de 2015 et, en particulier, aux conclusions qu'elle avait tirées au terme des appréciations effectuées à cette occasion, en tenant, le cas échéant, compte d'informations ou d'éléments qui auraient pu lui être parvenus depuis la clôture de cette procédure et avant l'adoption de la décision litigieuse.

107 En revanche, eu égard à la jurisprudence citée au point 105 du présent arrêt, une simple référence à une telle procédure en manquement ainsi qu'à la disposition qui serait, selon la Commission, applicable au cas d'espèce, sans aucune indication des autres éléments concrets pris en considération par cette institution et de la méthodologie selon laquelle celle-ci est arrivée à sa conclusion, ne saurait satisfaire aux exigences de l'article 296 TFUE ».

Cette solution nous paraît également totalement justifiée.

Il reste à savoir comment cet arrêt sera appliqué : les recours devant le tribunal et devant la Cour n'étant pas suspensifs, il est fort possible que la mesure d'aide ait déjà été mise en œuvre et, du reste, une nouvelle notification pourrait être adressée à la Commission. Quant au contrat signé sans publicité ni mise en concurrence, cela pourrait conduire à une résiliation, si un juge hongrois devait

être saisi et qu’il estimait qu’il n’y avait pas de motifs valables à cette absence, sur ce quoi la Cour ne s’est pas penchée dans l’arrêt commenté.

Brèves pour la période d'avril à juillet 2025 :

Décisions juridictionnelles et avis contentieux

CE, 31 juillet 2025, 502246, Société Artelia

► **Consulter la décision.**

L'appréciation de l'intérêt à agir d'une commune s'opposant à une société appelée en garantie décennale s'apprécie à la date d'introduction du recours et non à la date d'apparition du désordre :

« Pour écarter la fin de non-recevoir, tirée du défaut de qualité pour agir de la commune de Carqueiranne, opposée à la demande de première instance par la société Artelia, qui soutenait que la compétence communale en matière de voirie avait été transférée dès 2018 à la métropole Toulon-Provence-Méditerranée, la cour administrative de Marseille a relevé que la commune avait seule qualité, à la date de l'apparition du désordre, pour engager la responsabilité décennale des constructeurs. En se plaçant, pour apprécier l'intérêt pour agir de la commune, à la date de l'apparition du désordre, et non à la date d'introduction de son recours, la Cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit. »

CE, 31 juillet 2025, 503772, Société Apave International

► **Consulter la décision.**

La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait ne peut interrompre le délai de prescription qu'à l'égard de ce débiteur et non à l'égard d'autres personnes :

« Aux termes de l'article 2240 du code civil, dans sa rédaction postérieure à la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : « La reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait interrompt le délai de prescription ». Pour écarter le moyen soulevé par la société Apave et autres tiré de ce que la demande de désignation d'un expert présentée le 17 novembre 2023 par la commune de Corrèze avait été formée au-delà du délai de dix ans à compter de la réception des travaux, l'auteur de l'ordonnance attaquée a estimé que l'exécution par la société CCPF de travaux de reprise des désordres couverts par la garantie décennale valait reconnaissance par ce constructeur de sa responsabilité et avait interrompu la prescription non seulement à son égard, mais également à l'égard des sociétés Apave et autres. La société Apave est fondée à soutenir qu'en statuant ainsi, alors que la reconnaissance par le débiteur du droit de celui contre lequel il prescrivait ne peut interrompre le délai de prescription qu'à l'égard de ce débiteur et non à l'égard d'autres personnes, le juge des référés de la Cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit. »

CE, 21 mai 2025,491124

► **Consulter la décision.**

L'existence d'un écart historique de tarification entre les usagers d'un service public d'assainissement non collectif habitant des communes ayant récemment intégré un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) et les usagers habitant des communes qui étaient précédemment membres de cet EPCI, ne constitue, en tant que telle, ni une différence de situation appréciable au regard des caractéristiques du service fourni, tenant par exemple à la reprise provisoire, pour les communes récemment intégrées, des contrats antérieurement conclus, ni une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service, tenant par exemple à la circonstance que l'ampleur de cet écart imposerait des mesures transitoires. Elle ne justifie donc pas, à elle seule, le maintien d'une différence de tarification entre les usagers de ces deux groupes.

CAA Lyon, 30 avril 2025, 23LY02141

► **Consulter la décision.**

Une cour administrative d'appel ajoute une condition non prévue par le Code de la commande publique quant à l'actualisation du prix (soulignée par nous) :

« Il résulte de ces dispositions et stipulations que l'actualisation des prix a pour but de compenser l'érosion des marges du titulaire en raison de l'évolution des conditions économiques lorsqu'un délai anormalement long, supérieur à trois mois, imputable au pouvoir adjudicateur sépare l'établissement des prix du marché et la date de commencement d'exécution des prestations. En revanche, le titulaire du marché est sensé avoir intégré dans sa proposition de prix ferme l'ensemble des aléas pesant sur l'exécution du marché dont la durée prévisible est portée à sa connaissance à l'occasion de la mise en concurrence. Il suit de là, d'une part, que l'actualisation ne trouve pas à s'appliquer lorsque le délai de commencement d'exécution n'ayant pas excédé trois mois, l'allongement de l'opération est dû à d'autres causes exposant les responsables à en réparer les conséquences, d'autre part, que l'actualisation s'appliquant à l'offre de prix ferme, elle doit être mise en œuvre distinctement pour chaque marché, même si des contrats successifs signés par les mêmes parties ont concouru à la réalisation d'une seule opération, dès lors que chacun d'eux a donné lieu à la formation d'un prix ferme, enfin, qu'en cas de dépassement du délai de trois mois, elle ne s'applique qu'au prix global selon le différentiel entre l'index en vigueur au cours du mois de début d'exécution du marché et l'index d'origine de ce marché, et non pas de manière échelonnée, par élément de mission et selon un différentiel intégrant l'index en vigueur à la période d'exécution de l'élément de mission considéré. »

CAA Lyon, 30 avril 2025, 24LY03044, SA Engie Énergie Services

► **Consulter la décision.**

La juridiction administrative est compétente pour connaître d'une demande de référé provision d'un fournisseur d'électricité à l'encontre d'une commune au titre d'un contrat de fourniture d'électricité que le requérant affirme avoir conclu avec celle-ci, sans égard à l'option ouverte aux acheteurs publics de conclure des marchés publics de fourniture d'énergie avec d'autres opérateurs que l'opérateur historique :

« Il résulte de la combinaison des articles L. 1111-1, L. 1111-3 et L. 1211-1 du code de la commande publique que constituent des marchés publics de fournitures, les contrats passés avec des opérateurs économiques par les pouvoirs adjudicateurs, au nombre desquels figurent les communes, pour l'achat de fournitures afin de répondre à leurs besoins, sans égard à l'option ouverte, par l'article L. 331-4 du code de l'énergie, aux acheteurs publics de conclure des marchés publics de fourniture d'énergie avec d'autres opérateurs que l'opérateur historique. »

CAA Bordeaux, 3 juin 2025, 23BX03049

► **Consulter la décision.**

Des fautes d'un prestataire de service de nettoyage n'étaient pas d'une gravité suffisante pour justifier une résiliation pour faute :

« 9. Il résulte de l'instruction que, par un courriel du 7 mai 2020, la commune a notifié à la société requérante la résiliation du marché au 12 mai 2020 au motif d'une insatisfaction générale sur la qualité de la prestation de nettoyage. Cette résiliation est intervenue alors que les prestations de nettoyage de l'école avaient été suspendues à compter du 13 mars 2020 en raison des mesures de confinement mises en œuvre par le gouvernement à la suite de l'épidémie de Covid-19 et que la commune avait informé la société requérante, le 17 avril 2020, d'une possible réouverture de l'école le lundi 11 mai 2020 et du protocole de ménage à mettre en place, sans mention d'insatisfactions de sa part ni a fortiori de mise en demeure d'assurer une meilleure exécution du contrat. Avant cela, par un courrier du 15 mai 2019, la commune de Monferran-Savès avait indiqué qu'elle n'avait pas de remarque concernant la qualité de la prestation de nettoyage réalisée par la société PLD Garonne depuis le 1er octobre 2018, mais lui avait demandé de mettre en œuvre des actions correctives afin de mieux fiabiliser à l'avenir le remplacement de son personnel absent, ayant constaté que la prestation avait été quelque peu désorganisée et la qualité du ménage affectée lors d'absences pendant les vacances scolaires ou à l'occasion de congés de maladie. À la suite de contrôles effectués en mai 2019 et en novembre 2019, la commune a certes infligé des pénalités de 5 % à la société, mais les dernières évaluations avant la suspension, en date des 30 janvier et 27 février 2020, reflétaient des prestations globalement conformes aux attentes, hormis quelques critiques mineures. 10. Dans ces conditions, par leur nature et leur ampleur, les manquements de la société PLD Garonne dont se prévaut la commune ne sont pas d'un degré de gravité suffisant pour justifier une mesure de résiliation au titre de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de fournitures courantes et de services précité, ou au titre d'une faute d'une particulière gravité. Dès

lors, la société requérante est fondée à soutenir que la commune ne pouvait se fonder sur un tel motif pour résilier le marché. »

CAA Nantes, 16 mai 2025, 24NT00163

► **Consulter la décision.**

Le contrôleur technique peut voir sa responsabilité engagée au titre de la garantie décennale :

« 8. Enfin, l'expert a exposé de façon circonstanciée dans son rapport que le revêtement d'étanchéité des bassins était un élément indissociable de la structure de l'ouvrage et entrait de ce fait dans le périmètre de la mission de la société Qualiconsult, qui était chargée du contrôle technique des travaux. En effet, le contrôleur technique contribue à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages en application des dispositions précitées de l'article L. 111-23 du code de la construction et de l'habitation. Or, malgré le fait que cette société était en mesure d'accéder à toutes les informations nécessaires pour constater que les caractéristiques du revêtement énoncées dans le mémoire technique de la société Amson étaient incompatibles avec les températures d'eau des bassins, elle n'a toutefois formulé aucune alerte sur ce point auprès de la maîtrise d'œuvre. En outre, l'expert a constaté que l'absence de communication des auto-contrôles de la société Amson aurait dû l'alerter et l'inciter, dès lors, à faire preuve de vigilance quant à la bonne mise œuvre du revêtement d'étanchéité à l'origine des désordres litigieux, ce qu'elle n'a pas fait. 9. Au regard de l'ensemble de ces circonstances, le tribunal administratif a fait une exacte appréciation de la part de responsabilité de la société Sombat dans l'apparition des désordres litigieux en la fixant à 85%, de la part de responsabilité de la société Gruet Ingénierie en la fixant à 10 % et de la part de responsabilité de la société Qualiconsult en la fixant à 5 %. CAP Atlantique est donc fondée à demander la condamnation in solidum de ces sociétés à réparer les conséquences dommageables de ces désordres. »

CAA Marseille, 16 mai 2025, 24MA01201

► **Consulter la décision.**

Lorsqu'un même désordre décennal est imputable à une pluralité de constructeurs, le maître d'ouvrage public peut demander leur condamnation *in solidum* :

« Conformément aux principes qui régissent les actions décennales, les différentes entreprises liées au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage et auxquelles les désordres sont imputables sont tenues, in solidum, à réparation de la totalité du préjudice subi par ce dernier. Dès lors, la circonstance, invoquée par la société RPM Bally, que sa faute n'a contribué qu'à hauteur de 16,6 % à la survenance du désordre, est sans influence sur le bien-fondé de la condamnation prononcée par le tribunal administratif de Nice au titre de la responsabilité décennale des constructeurs. »

CAA Bordeaux, 14 mai 2025, 25BX00259

► **Consulter la décision.**

Sursis à exécution d’un jugement prononçant une résiliation avec effet immédiat dans le cadre d’un recours Tarn-et-Garonne :

« Pour résilier le marché conclu le 9 septembre 2022 entre Bordeaux Métropole et le groupement conduit par la société Océa, le tribunal a estimé que l'offre présentée par ce groupement n'était pas conforme aux prescriptions du cahier des clauses techniques particulières (CCTP) en ce qui concerne la motorisation, et qu'elle devait donc être écartée comme inappropriée. 6. En l'état de l'instruction, le moyen soulevé par Bordeaux Métropole et tiré de ce que la résiliation immédiate du contrat prononcée par le tribunal porte une atteinte excessive à l'intérêt général présente un caractère sérieux, eu égard notamment à ses incidences sur la stratégie de développement du service public de transport fluvial de Bordeaux Métropole et à l'état d'avancement de la phase en cours de la tranche optionnelle de ce contrat, puisque le titulaire aurait été en mesure de livrer deux navettes dès le mois de février 2025. Ce moyen est de nature à justifier la réformation du jugement attaqué en ce qu'il n'a pas différé la résiliation prononcée de manière à permettre la livraison de ces navettes. Aucun autre moyen soulevé devant le tribunal par la société CAI et autres n'apparait par ailleurs de nature à justifier la résiliation du marché conclu le 9 septembre 2022. »