

LETTRÉ JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Lettre n° 6 – mai et juin 2021

Rédigée par François Lichère

Professeur agrégé de droit public – Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

SOMMAIRE

1. Actualité jurisprudentielle	2
1.1 Une convention d'aménagement signée en 1991 peut être requalifiée en marché public et un protocole transactionnel qui ne respecte pas l'interdiction de la renonciation aux intérêts moratoires doit être annulé (CE 18 mai 2021, n°443153, CA de Lens-Liévin / Société Territoires 62 – classé B)	2
1.2 Le juge saisi d'un recours en contestation de validité peut prononcer d'office l'annulation du contrat alors même qu'il n'est saisi que d'une demande de résiliation (CE 9 juin 2021, n° 438047 et 438054, Conseil National des Barreaux et M. Bonneau – classé B).....	3
1.3 Le juge peut recourir simultanément à plusieurs méthodes pour évaluer le préjudice subi par une victime d'une entente (CE 27 avril 2021, n°440348, Société Lacroix City Saint-Herblain – classé B)4	
1.4 La résiliation aux frais et risques du titulaire implique que le substitué suive l'exécution du nouveau marché pour les travaux de reprise des malfaçons mais seulement si ceux-ci sont compris dans le marché de substitution (CE 27 avril 2021, n°437148, Société Constructions Bâtiments Immobiliers (CBI) – classé B).....	5
1.5 Les fautes commises par le cocontractant de la personne publique dans l'exécution du contrat sont susceptibles, alors même qu'elles ne seraient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du titulaire, de limiter en partie son droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation irrégulière (CE 18 mai 2021, n°442530, Société Alapont France – classé B).....	6
1.6 Est illégal le fait de demander une étude de cas aux candidats dont l'un a déjà réalisé ladite étude ; la prohibition légale de toute participation à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage des personnes physiques ou morales agréées au titre du contrôle technique d'un ouvrage s'applique même si le marché en cause n'est pas un marché de construction (CE 27 avril 2021, n°447221, Ville de Paris - classé B)	7
1.7 Les conclusions indemnitaires dirigées contre une personne privée ne sauraient être rejetées comme irrecevables faute de décision préalable prévue par l'article R. 421-1 du code de justice administrative (CE Avis 27 avril 2021, n° 448467, Communauté de communes du centre Corse - classé A)	8
2. Brèves	9

1. Actualité jurisprudentielle

1.1 Une convention d'aménagement signée en 1991 peut être requalifiée en marché public et un protocole transactionnel qui ne respecte pas l'interdiction de la renonciation aux intérêts moratoires doit être annulé (CE 18 mai 2021, n°443153, CA de Lens-Liévin / Société Territoires 62 – classé B)

L'apport de cet arrêt est triple.

En premier lieu, qu'une convention d'aménagement puisse être un marché public, cela résulte à l'heure actuelle du Code de l'urbanisme lui-même qui distingue entre les concessions d'aménagement transférant un risque économique et celles qui n'en transfèrent pas (R. 300-4 et suivants). Mais il s'agissait ici d'apprécier si une convention d'aménagement signée en 1991 avait la nature d'un marché public à la date de sa signature, à une époque où une telle distinction n'était pas prévue par les textes, et alors que le Conseil d'Etat lui-même avait estimé que les concessions d'aménagement n'étaient pas des marchés publics au sens du droit interne (CE 26 mars 1997, Commune de Sceaux, n° 129943, inédit) car le contrat d'aménagement ne pouvait être regardé comme un simple marché de réalisation de travaux au sens du CMP mais portait au contraire sur une opération d'aménagement qui est une opération complexe (CE Section 28 juillet 1993, Commune de Chamonix-Mont-Blanc, n° 124099, p. 251). Or, contrairement à son rapporteur public qui l'invitait à ne pas céder « à une forme d'illusion rétrospective dont tant le bien-fondé que l'opportunité nous paraissent douteux », le Conseil d'Etat juge qu'il s'agit bien, en l'espèce, d'un marché : en effet, « *Selon les stipulations de l'article 3 du contrat relevées par le juge du fond, la ville s'engage à garantir, dans les conditions déterminées par le cahier des charges, si la demande en est faite par les organismes prêteurs, le service des intérêts et le remboursement des emprunts que la société contractera pour la réalisation de la présente opération et à inscrire, en conséquence, à son budget les sommes correspondantes. / Elle s'engage à mettre à la disposition de la Société le produit des emprunts qu'elle aurait souscrit pour la réalisation de cette opération* ". Les stipulations de l'article 5 du même contrat, également relevées par le juge du fond, prévoient que : " *L'opération de concession est réalisée sous le contrôle de la ville et à ses risques financiers. En conséquence, à l'expiration de la concession, la Ville bénéficiera du solde positif ou prendra en charge le solde négatif résultant des comptes de l'opération, dans les conditions précisées au cahier des charges.* " Il est clair qu'il ne fait rien d'autre qu'appliquer le raisonnement du risque d'exploitation à une convention signée en 1991, à une époque où ce n'était en rien en critère de distinction.

En deuxième lieu, l'application de l'interdiction de toute renonciation aux intérêts moratoires à un protocole transactionnel n'était pas si évidente puisqu'elle résulte d'une loi postérieure à la signature du contrat, celle du 8 août 1994. Il avait déjà été jugé que cette interdiction s'applique aux transactions (CE 7 octobre 2003, Ministre de l'intérieur c/ syndicat intercommunal d'assainissement Le Beausset, la Cadière, le Castellet, n° 249822). Néanmoins, cet arrêt, rendu aux conclusions contraires de Gilles Pellissier, était critiqué par les requérants au motif qu'il semble contrevenir à l'idée de concessions réciproques. Le Conseil d'Etat maintient toutefois implicitement sa position initiale – renvoyant les concessions réciproques aux autres aspects contractuels, en ajoutant que l'interdiction de clauses de renonciation vaut pour les transactions alors même que le contrat a été signé antérieurement à la loi, ce qui paraît assez conforme à la lettre de la loi qui parle de « clauses de renonciations ».

Enfin, il juge que ce vice, invoqué par des tiers requérants privilégiés (conseillers communautaires) est d'une particulière gravité, conduisant à l'annulation de la transaction, sans motivation. Pour le rapporteur public, « *s'il est vrai que votre jurisprudence a développé une conception restrictive des vices susceptibles de conduire à l'annulation du contrat, notion que vous contrôlez en cassation sous l'angle de l'erreur de qualification juridique (CE 10 juillet 2013, Commune de Vias, n° 362304, T. p. 695), il nous semblerait toutefois sévère de censurer la cour pour avoir annulé le contrat sur ce terrain dès lors que, selon nous, l'existence d'une telle clause dans un contrat de transaction est non seulement contraire à une disposition qui, aux termes de la loi, est d'ordre public mais en outre de nature à affecter l'équilibre de l'ensemble de la transaction et donc la convention tout entière* ». C'est un raisonnement, semble-t-il, nouveau, que de tenir compte de l'équilibre de la transaction pour apprécier si un vice doit entraîner l'annulation ou seulement la résiliation.

1.2 Le juge saisi d'un recours en contestation de validité peut prononcer d'office l'annulation du contrat alors même qu'il n'est saisi que d'une demande de résiliation (CE 9 juin 2021, n° 438047 et 438054, Conseil National des Barreaux et M. Bonneau – classé B).

Cette affaire concernait le recours d'un tiers (recours Tarn-et-Garonne) mais la rapporteure publique a d'emblée indiqué qu'elle a vocation à s'appliquer au recours d'une partie (recours Béziers I). La CAA avait appliqué le principe d'interdiction de statuer *ultra petita* mais la rapporteure publique convainc le Conseil d'Etat d'avoir une approche autonome des pouvoirs du juge du contrat. Dans cette ligne, il a déjà été jugé que, dans le cadre d'un recours Béziers II, il lui appartenait, lorsqu'il est saisi de conclusions « aux fins d'annulation » d'une mesure de résiliation, de les regarder comme un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles (27 février 2019, Société Opilo, n° 410537, aux Tables). Sur la transformation d'une demande de résiliation en demande d'annulation, plusieurs raisons y conduisaient. La rédaction même de l'arrêt Tarn-et-Garonne n'est pas la moindre : le tiers saisi le juge d'une contestation de la « validité » du contrat ou de certaines de ses clauses, et il « appartient » au juge d'apprécier les vices en présence et de décider des conséquences. En outre, il y aurait une incohérence à demander au juge de soulever d'office un vice d'une particulière gravité et de ne pas en tirer les conséquences requises c'est-à-dire l'annulation. Enfin, il a déjà été jugé de même en référé précontractuel (CE 20 octobre 2006, Commune d'Andeville, n° 289234, au Recueil) et même s'il s'agit d'un recours d'une autre nature, il n'y avait pas de raisons d'en juger différemment. Les seules limites de l'*ultra petita* entrevues par la rapporteure publique sont la demande d'indemnité qui se distingue de la contestation de validité et le fait que seules les clauses contestées peuvent être annulées.

Ce pouvoir d'annulation en présence d'une demande de résiliation n'a pas, juge implicitement le Conseil d'Etat et explicitement la rapporteure publique, à être soumise au débat contentieux car cela serait contradictoire avec l'idée même de l'obligation d'annuler.

La rapporteure publique proposaient d'examiner la portée du moyen invoqué pour apprécier s'il fallait renvoyer ou non à la Cour. Selon elle, tel ne devait pas être le cas, en présence d'un moyen tenant à l'attribution d'un marché comportant prétendument des prestations juridiques à une entité qui, là encore prétendument, ne disposait pas des personnes habilitées à faire du conseil juridique au terme de la loi du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques. Pour la rapporteure

publiques, après hésitation mais en assimilant l'incapacité juridique à l'incapacité technique, elles ne sauraient caractériser un contenu illicite ni un vice d'une particulière gravité. En renvoyant à la Cour l'affaire, sans aucune argumentation juridique, le Conseil d'Etat semble avoir voulu éviter de trancher ce débat immédiatement. Il devra le faire s'il est à nouveau saisi en cassation, ce qui est probable compte tenu de l'enjeu théorique.

1.3 Le juge peut recourir simultanément à plusieurs méthodes pour évaluer le préjudice subi par une victime d'une entente (CE 27 avril 2021, n°440348, Société Lacroix City Saint-Herblain – classé B)

L'évaluation du préjudice subi par la victime « n'est pas une science exacte », comme le rappelle la rapporteure publique dans ses conclusions sur cette nouvelle affaire liée aux ententes dans le secteur de la signalisation routière autour des années 2000 et qui a donné à plusieurs arrêts du Conseil d'Etat, en particulier l'un créant un recours en annulation et en restitution (CE 10 juillet 2020, n°420045, Société Lacroix signalisation) et un autre précisant notamment que le juge administratif est compétent y compris pour les actions indemnitaires contre des entreprises non partie au marché public en cause mais partie à l'entente (CE 27 mars 2020, n°421758, Société Signalisation France). D'une certaine manière, cet arrêt illustre le caractère inexact de cette science, en ce qu'il donne de la flexibilité aux juges du fond pour déterminer le préjudice. En premier lieu, il confirme le bien-fondé de la méthode retenue, assez classique au demeurant, consistant à comparer les prix pendant et après l'entente. Et il admet que le chiffre de 40 % retenu par la cour pour évaluer la part des produits de signalisation routière verticale dans le chiffre d'affaires réalisé par la société requérante, en moyenne sur la période litigieuse, est légal alors même qu'il ne concerne que l'année 2009. La rapporteure publique précise par ailleurs que cette méthode n'est pas la seule méthode, contrairement à ce que la lecture du fichage de l'arrêt du 27 mars 2020 précité pouvait laisser croire.

Dans cette lignée, le Conseil d'Etat admet que l'expert ait pu vérifier la cohérence des résultats issus de cette méthode en la comparant à une autre, en l'occurrence celle consistant à comparer les prix d'un échantillon de produits représentatifs. Tout en soulignant qu'il ne s'impose pas en droit, la rapporteure publique s'appuie sur le guide pratique établi par la Commission européenne qui a défini plusieurs grandes méthodes d'évaluation, d'une part, des méthodes dites comparatives, consistant à « *estimer ce qui se serait produit en l'absence d'infraction, en s'intéressant aux périodes qui ont précédé ou suivi l'infraction ou en s'intéressant à d'autres marchés non concernés par l'infraction* », d'autre part, des méthodes fondées sur des simulations (ce qui aurait pu exister sur le marché en l'absence d'infraction). Ce guide souligne toutefois que son énumération n'est pas exhaustive et que d'autres méthodes pourraient être élaborées dans la pratique et surtout qu'il peut être bon de comparer deux méthodes et, en présence de contradictions, de chercher à en comprendre les causes plutôt qu'à faire une moyenne des deux méthodes. En l'occurrence, la deuxième méthode n'avait pas donné lieu à des résultats très différents, mais était contesté le fait qu'elle s'appuyait sur une simulation sur le seul marché des panneaux plastiques alors que, selon la requérante, elle n'avait pas été condamnée par l'Autorité de la concurrence pour ce marché-là. Le Conseil d'Etat juge néanmoins que la formulation de la décision de l'Autorité de la concurrence implique une acception large, comme visant tant la signalisation plastique que métallique.

La flexibilité de l'approche du juge s'illustre enfin dans l'interprétation que fait le Conseil d'Etat de l'article R. 621-7 du code de justice administrative selon lequel " Les parties sont averties par le ou les experts des jours et heures auxquels il sera procédé à l'expertise ; cet avis leur est adressé quatre jours au moins à l'avance, par lettre recommandée ". Pour le Conseil, si ces dispositions fixent les modalités selon lesquelles un expert désigné par le tribunal doit avertir les parties des réunions ou visites qu'il organise, elles n'ont ni pour objet ni pour effet de lui imposer d'en organiser. Pour la rapporteure publique en effet, « *les parties doivent pouvoir connaître les éléments sur lesquels l'expert est susceptible de se fonder et lui faire part de leurs observations. Mais cela n'impose ni une réunion, ni même que le projet de rapport final soit soumis au contradictoire. Il nous semble, à cet égard, nécessaire que, dans le respect des garanties que vous avez explicitées, l'expert dispose d'une marge de manœuvre importante pour organiser son travail et notamment apprécier la nécessité ou non d'une réunion avec les parties. L'intérêt de celle-ci sera assez évident lorsque l'expertise porte sur des travaux ou des dommages par exemple. Elle s'impose sans doute moins lorsque l'expertise concerne non pas des lieux mais des documents, par exemple comptables ou financiers, sur lesquels une analyse doit être élaborée* ».

1.4 La résiliation aux frais et risques du titulaire implique que le substitué suive l'exécution du nouveau marché pour les travaux de reprise des malfaçons mais seulement si ceux-ci sont compris dans le marché de substitution (CE 27 avril 2021, n°437148, Société Constructions Bâtiments Immobiliers (CBI) – classé B)

Le maître d'ouvrage ayant constaté que la société CBI n'avait ni achevé les ouvrages, ni exécuté des travaux de reprises de malfaçons affectant les ouvrages déjà réalisés, il décida de résilier le marché au risques et frais de la société, en application de l'article 49.4 du CCAG travaux de 1976 et le lui substitua une entreprise, y compris pour la reprise des malfaçons mais sans que le substitué ne puisse suivre l'exécution de ces reprises. Bien que prévu par les CCAG successifs, le régime de la substitution (avec ou sans résiliation) a été régulièrement précisé par Le Conseil d'Etat. Ainsi, le titulaire défaillant bénéficie de la possibilité de vérifier que le nouveau marché a un objet équivalent à celui de l'ancien ou doit permettre de parvenir au même résultat (CE Section, 28 janvier 1977, Ministre de l'économie c/ Société Heurtey, n° 99449, au Recueil). De même, l'entrepreneur dont le marché est résilié à ses frais et risques doit être mis à même d'user du droit de suivre les opérations exécutées par un nouvel entrepreneur dans le cadre d'un marché de substitution, afin de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, mais ce droit de suivi ne s'étend pas aux mesures de conservation et de sécurité prescrites par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées par les stipulations (CE 9 juin 2017, Société Entreprise Morillon Corvol Courbot, n° 399382, aux Tables). La Cour administrative d'appel ayant complété ce dernier arrêt en étendant la solution de l'absence de droit au suivi pour les mesures de conservation et de sécurité au cas de reprises de malfaçons, la rapporteure publique proposa de casser ce raisonnement. Pour elle, trois raisons militaient pour une extension de ce droit : les mesures de conservation et de sécurité étant explicitement visées par l'article 46, elles ne peuvent entrer dans la notion d'achèvement du fait de ce texte ; entre finir d'exécuter ou finir de bien exécuter, la frontière ne serait pas évidente comme l'a illustré la décision Treuils et Grue Labor (n° 433386, aux Tables) et, d'ailleurs, l'arrêt d'Assemblée Fosmax (CE Assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806), juge que « *la conclusion de marchés de substitution [était] destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché* », ce qui est une acception large. Ensuite, la garantie de parfait achèvement est transférée

avec le nouveau marché de substitution. Enfin, il y a un avantage à ce que tout puisse être repris dans le cadre du décompte général au lieu de contrainte à déclencher une action en responsabilité contractuelle.

A partir de là, la solution de la Cour devant être rejetée, deux autres solutions s'offraient au juge : considérer que l'achèvement s'étend aux malfaçons ou bien, solution intermédiaire, considérer que tout dépend de l'objet du marché : le droit de suivi n'a alors vocation à s'appliquer que si le marché de substitution fait référence à la reprise des malfaçons en plus de l'achèvement. C'est, en fin de compte, cette solution intermédiaire qu'a retenue le Conseil d'Etat, offrant ainsi une plus grande liberté contractuelle aux parties – et notamment à la personne publique.

On notera que le nouveau CCAG reprend, comme le CCAG de 1976, la règle selon laquelle le suivi de l'achèvement des travaux est de droit non seulement en cas de substitution sans résiliation (qui n'est plus appelée « mise en régie » dans le nouveau CCAG, assez logiquement puisque le marché n'est jamais exécuté en régie) mais aussi après résiliation aux frais et risques (art. 52.5 nouveau). Et il n'y pas de raison, selon nous, de ne pas appliquer cette jurisprudence au nouveau CCAG, la notion d'« achèvement des travaux » n'y étant pas plus précisée qu'auparavant.

1.5 Les fautes commises par le cocontractant de la personne publique dans l'exécution du contrat sont susceptibles, alors même qu'elles ne seraient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du titulaire, de limiter en partie son droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation irrégulière (CE 18 mai 2021, n°442530, Société Alapont France – classé B)

Cette solution pouvait se prévaloir d'un précédent, mis en avant par la RTM qui avait intenté le pourvoi : dans un arrêt *Commune de Bandol* (CE 10 février 2016, n° 387769), rendu dans le cadre d'un recours indemnitaire consécutif à une résiliation pour faute jugée irrégulière, il a été jugé qu'une cour « *n'a pu sans erreur de droit tout à la fois relever l'existence de cette faute [du cocontractant] et condamner la commune de Bandol à réparer l'intégralité du préjudice subi par la société sans laisser à la charge de cette dernière la part de responsabilité lui incombant* ». Mais pour le rapporteur public, « *cette décision n'est toutefois pas fichée et vous pourriez, comme vous y invitent les écritures en défense, nourrir quelques doutes quant à son bien-fondé ou du moins quant à sa portée* ».

La société faisait valoir en effet que, si la responsabilité contractuelle d'une partie peut être atténuée en présence de fautes commises par l'autre partie et conduire à un partage de responsabilité, c'est à la condition que ces différentes fautes entretiennent elles-mêmes un lien entre elles, c'est-à-dire qu'elles aient concouru à la réalisation du même dommage. Pour le rapporteur public, « *Sur le plan des principes, nous admettons ainsi bien volontiers les prémisses du raisonnement opposé en défense : il faut, bien sûr, qu'existe un lien entre le préjudice dont il est demandé réparation et la faute de la victime susceptible d'en atténuer la réparation. Mais, précisément, ce n'est pas parce que la faute de la victime ne suffit pas à elle seule à justifier la résiliation du contrat à ses torts exclusifs, que, pour autant, ses propres manquements n'ont pas concouru à la réalisation du dommage que constitue la résiliation induite du contrat* ». On a quand même du mal à concevoir d'évidence le lien entre un manquement contractuel non susceptible de donner lieu à résiliation et une résiliation irrégulière qui fait suite à ce manquement. En l'espèce, les fautes

reprochées à la société consistaient en l'absence de transmission des procès-verbaux de conformité de certains équipements ou de comptes rendus d'intervention de maintenance curative, du retard à procéder au graissage d'un escalier mécanique ou du non-respect des prescriptions en termes de tôles d'habillage de trois escaliers. Mais on peut toutefois admettre un argument pratique : pour le rapporteur public, « *comparativement à l'approche qui consisterait à distinguer, d'une part, la responsabilité de la personne publique du fait de l'irrégularité de la résiliation unilatérale et, d'autre part, la responsabilité contractuelle de droit commun du cocontractant du fait de ses propres agissements, la solution que nous vous proposons présente également l'avantage, en procédant à une compensation de fait au stade de l'indemnisation du préjudice, d'éviter une multiplication des réclamations ou de contentieux dont les objets seraient en réalité les mêmes* ».

1.6 Est illégal le fait de demander une étude de cas aux candidats dont l'un a déjà réalisé ladite étude ; la prohibition légale de toute participation à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage des personnes physiques ou morales agréées au titre du contrôle technique d'un ouvrage s'applique même si le marché en cause n'est pas un marché de construction (CE 27 avril 2021, n°447221, Ville de Paris - classé B)

Le premier aspect de l'arrêt permet d'illustrer les limites du sourcing, ce qui est assez rare de la part du Conseil d'Etat. Il a été jugé qu'il n'y a pas d'exclusive de principe : le juge vérifie si une entreprise ayant participé à la conception d'un projet a effectivement recueilli des informations ou bénéficie d'un avantage concret (CE 29 juillet 1998, Société Genicorp, n° 177952, aux Tables), même si la CJUE a renversé la charge de la preuve, l'entreprise qui bénéficie d'une expérience antérieure susceptible de fausser la concurrence devant faire la preuve que tel n'a pas été le cas dans les circonstances de l'espèce (CJUE, 3 mars 2005, Fabricom SA C/ Belgique, aff. C-21/03 et C-34/03). Pourtant, en l'espèce, le Conseil d'Etat rejette l'argument de la ville de Paris selon lequel elle a mis tous les candidats sur un pied d'égalité en dépit du fait qu'un sous-critère consistait à réaliser une étude de cas dit « Auvent » qu'un des candidats avait déjà réalisé dans le cadre d'un précédent marché passé avec la ville : cette circonstance rompt l'égalité des candidats, d'autant plus que le Conseil d'Etat relève que le candidat en cause a obtenu 9,5 sur 10 quand le deuxième a obtenu 8 sur 10. On voit néanmoins que le Conseil d'Etat s'est aussi appuyé sur cet élément, qui ne paraît pas surabondant. Il n'est ainsi par certain que la réalisation antérieure était en elle-même illégale, ce qui pourtant devrait nécessairement être le cas selon nous dès lors qu'une étude réalisée à titre onéreux est nécessairement plus complète qu'une étude réalisée à titre gratuit dans le cadre d'une candidature. En deuxième lieu, le Conseil d'Etat juge qu'en prohibant tout lien de nature à porter atteinte à l'indépendance des contrôleurs techniques, le législateur a entendu « *faire obstacle à la participation des personnes agréées au titre du contrôle technique à un groupement d'entreprises se livrant à des activités de conception, d'exécution ou d'expertise d'ouvrage, alors même que la répartition des missions entre les membres du groupement prévoirait qu'elle ne réalisent pas elles-mêmes des missions relevant du champ de l'incompatibilité prévue par l'article L. 111-25 du même code* » et la circonstance que le marché en litige ne s'analyse pas, en lui-même, comme un marché de construction faisant appel à l'intervention d'un contrôleur technique est sans incidence sur l'applicabilité de cette règle. En l'espèce, il s'agissait d'accords-cadres à bons de commande, ayant pour objet des prestations de diagnostics et préconisations structures. Pour la rapporteure publique, on aurait pu admettre une solution plus

pragmatique, au cas par cas, mais elle recommandait toutefois d'adopter une position plus stricte, celle suivie par le Conseil d'Etat : la solution inverse ne semblait pas compatible avec la lettre du texte et semblait plus difficilement vérifiable, par les acheteurs publics, comme le cas échéant, par le juge, ce qu'on ne peut qu'approuver. Au demeurant, les précédents démontrent une application stricte de la règle (un contrôleur technique agréé ne peut se voir légalement attribuer un marché d'expertise en matière de sécurité incendie sur des établissements pénitentiaires - CE 18 juin 2010, Société Bureau Veritas, n° 336418 ; voir aussi CE 19 octobre 2012, n° 361459). Au passage, l'arrêt indique que l'examen de l'atteinte aux intérêts du requérant doit être fait par le juge du référé précontractuel quand bien même aucune partie n'avait soulevé ce moyen.

1.7 Les conclusions indemnitaires dirigées contre une personne privée ne sauraient être rejetées comme irrecevables faute de décision préalable prévue par l'article R. 421-1 du code de justice administrative (CE Avis 27 avril 2021, n° 448467, Communauté de communes du centre Corse - classé A)

On sait que le décret dit « Jade » du 2 novembre 2016 a supprimé l'exception des travaux publics quant à l'exigence de décision préalable avant toute saisine du juge administratif, en raison de l'archaïsme de son fondement qui était lié à la compétence d'attribution des conseils de préfecture en matière de travaux publics. La liaison du contentieux en est sortie renforcée et, avec elle, les modes alternatifs de règlement des litiges. Mais l'article R. 421-1 du Code de justice administrative a maintenu une certaine ambiguïté puisque son alinéa 1^{er} qui pose le principe du délai de recours de deux mois contre une décision, ne fait pas allusion à l'administration contrairement à son alinéa 2, relatif aux requêtes tendant au paiement d'une somme d'argent. Fallait-il considérer que la règle de la décision préalable dans ce dernier cas vaut aussi pour les requêtes contre les personnes privées ? La réponse n'était pas si évidente car le rapport Piérart intitulé « Réflexions pour la justice administrative de demain », à l'origine du Décret Jade, avait proposé la suppression de l'exception relative aux travaux publics en précisant qu'il convenait de l'adapter « *lorsque la personne mise en cause est une personne privée* ». Or le décret n'avait rien prévu à cet égard, ce qui pouvait être interprété comme un rejet de la proposition du rapport.

Néanmoins, le Conseil d'Etat précise que cet alinéa 2 vaut pour l'« administration », c'est-à-dire pour les personnes publiques mais aussi pour les personnes privées en charge de mission de service public administratif. Pour ce faire, il s'appuie sur le Code des relations entre le public et l'administration qui définit l'administration de cette manière.

En conséquence, il juge que « *si les dispositions de l'article R. 421-1 n'excluent pas qu'elles s'appliquent à des décisions prises par des personnes privées, dès lors que ces décisions revêtent un caractère administratif, aucune disposition législative ou réglementaire ni aucune règle générale de procédure ne détermine les effets du silence gardé sur une demande par une personne morale de droit privé qui n'est pas chargée d'une mission de service public administratif. Dans ces conditions, en l'absence de disposition déterminant les effets du silence gardé par une telle personne privée sur une demande qui lui a été adressée, les conclusions, relatives à une créance née de travaux publics, dirigées contre une telle personne privée ne sauraient être rejetées comme irrecevables faute de la décision préalable prévue par l'article R. 421-1 du code de justice administrative* ». La référence aux travaux publics ne laisse pas d'interroger : est-ce seulement en cette matière que la dispense vaut pour les personnes privées non chargées d'une mission de service public administratif ? On peut penser que non : puisque l'effet du décret JADE a été de supprimer l'exception des travaux publics, le Conseil d'Etat ne se prononce qu'à cette aune. En outre, les

conclusions de la rapporteure publique indiquent clairement que cela ne vaut pas que pour les travaux publics. Enfin, on ne voit pas pourquoi le Conseil d'Etat aurait réintroduit un régime propre aux travaux publics alors précisément que le décret JADE a eu pour objet de ne plus les distinguer.

2. Brèves

1. Les contrats qui ont pour objet de confier à leur titulaire l'enlèvement des véhicules abandonnés dans les parcs de fourrière placés sous sa responsabilité, conformément à l'article L. 325-8 du code de la route sont des concessions de service. Si la fréquence et le volume des enlèvements auxquels le titulaire s'engage à procéder sont fixés par les stipulations du contrat, le service ainsi rendu par les entreprises de démolition automobile cocontractantes ne fait l'objet d'aucune rémunération sous la forme d'un prix, les stipulations des conventions projetées, qui reprennent les clauses types définies à l'article R. 325-45 du code de la route, indiquant que ces entreprises ont le droit, en contrepartie de leurs obligations, de disposer des accessoires, pièces détachées et matières ayant une valeur marchande issus des véhicules. Aucune stipulation de ces conventions ne prévoit par ailleurs de compensation des éventuelles pertes financières que pourrait subir son cocontractant du fait des risques inhérents à l'exploitation commerciale des produits issus de ces enlèvements. Dans ces conditions, ces conventions, qui prévoient que la rémunération du service rendu prend la forme du droit d'exploiter les véhicules abandonnés et qui transfèrent à leurs titulaires le risque inhérent à cette exploitation, présentent le caractère de concessions de service (CE 9 juin 2021, n°448948, Ville de Paris).
2. Les décrets qui procèdent au regroupement des concessions hydroélectriques et fixent leur nouvelle date d'échéance commune doivent être regardés non seulement comme modifiant la date d'échéance des contrats de concession regroupées, mais comme valant également nouvelles autorisations des installations hydroélectriques. Ainsi, ces décrets, qui s'inscrivent dans le régime auquel sont unilatéralement soumises les concessions hydroélectriques, sont susceptibles d'être déférés au juge de l'excès de pouvoir par les tiers y ayant un intérêt suffisant. Les conclusions jugeaient le contraire et proposaient d'ouvrir un nouveau recours de plein contentieux aux tiers contre la modification unilatérale des concessions (CE 18 mai 2021, n°434438, Association française indépendante de l'électricité et du gaz (AFIEG)).
3. Lorsqu'un constructeur est mis en cause par un tiers du fait de désordres de travaux publics, l'intervention du décompte ne produit pas des effets sur l'appel en garantie que forme alors ce constructeur contre le maître d'ouvrage (CE 27 avril 2021, n°436820, Eurométropole de Strasbourg et Société SMACL Assurances).

4. La circonstance que le juge du référé précontractuel s'est fondé sur des pièces communiquées en violation du secret des affaires n'est pas de nature à entacher d'irrégularité ni d'erreur de droit son ordonnance, dès lors que ces pièces ont pu être discutées contradictoirement par les parties (CE 9 juin 2021, n°449643, Société Lorany Conseils).
5. En jugeant que la décision contestée du ministre de l'agriculture, qui concerne la participation d'un lycée géré par un OGEC au service public d'éducation et de formation, était insusceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a commis une erreur de droit. Par suite et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, son ordonnance doit être annulée (CE 2 juin 2021, n°445130, COMITE SOCIAL ET ECONOMIQUE DE L'OGEC FENELON VAUJOURS).
6. En rejetant ces conclusions au motif que la saisine éventuelle d'un juge du fond permettrait d'ordonner une mesure d'expertise identique, alors que le juge du référé-expertise peut être saisi avant l'engagement d'une instance au fond ou sans que celle-ci soit finalement engagée, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit (CE 2 juin 2021, n°445267, Société des établissements Masci).