

LETTRÉ JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Lettre n° 6 – mars et avril 2021

Rédigée par François Lichère

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

NB : l'arrêt du Conseil d'Etat du 4 mars 2021 Société Socri gestion n'est pas commenté ici car il fait l'objet d'un commentaire par le Professeur Lichère dans le JCP A du 10 mai 2021.

SOMMAIRE

1. Actualité jurisprudentielle	3
1.1 Dans le cadre d'un recours « Transmanche », la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas susceptible, en l'absence de circonstances particulières, d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office (CE 24 mars 2021, n° 436663, Société Ile de Sein Energies – classé B).....	3
1.2 Le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que soit imposée aux candidats une obligation d'apporter spontanément la preuve des mesures correctrices prises pour démontrer leur fiabilité malgré l'existence, à leur égard, d'un motif d'exclusion facultatif ; cette obligation doit toutefois être prévue de manière claire, précise et univoque dans la réglementation nationale applicable et être portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents de marché (CJUE, 14 janv. 2021, aff. C-387/19, RTS infra BVBA et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel c/ Vlaams Gewest)	4
1.3 Un référé suspension « Tarn-et-Garonne » peut être plus efficace qu'un référé précontractuel ; le chiffre d'affaire prévisionnel est un élément d'appréciation de l'offre d'un candidat à une concession mais il est illégal s'il repose sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour l'autorité concédante d'en contrôler l'exactitude (CE 15 février 2021, n°445488, Commune de Toulon).....	6
1.4 Un contrat ayant pour objet l'émission et la distribution de chèques emploi-service universels, de titres-restaurants et de titres cadeaux est un marché public ; le calcul du montant du marché doit prendre en compte la valeur faciale totale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, augmentée d'une évaluation sincère des frais de gestion prévisibles (CE 4 mars 2021, n°438859, Département de la Loire).....	7
1.5 Une autorité concédante peut être condamnée à indemniser le concurrent d'un délégataire de service public pour le préjudice résultant d'aides d'Etat illégales (CAA Marseille 22 février 2021, n°17MA01582, Société Corsica Ferries)	9

1.6	Le Préfet peut renoncer à toute poursuite pour construction illégale sur le domaine public maritime si le contrevenant s'engage à des concessions équilibrées (CAA Marseille, 5 février 2021, n° 18MA02999, SCI Cap Azur)	11
2.	Brèves	11

1. Actualité jurisprudentielle

1.1 Dans le cadre d'un recours « Transmanche », la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas susceptible, en l'absence de circonstances particulières, d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office (CE 24 mars 2021, n° 436663, Société Ile de Sein Energies – classé B)

On sait que le recours « Transmanche » (CE Section 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, p. 209, ccl. G. Pellissier) a ouvert aux tiers un recours de pleine juridiction pour contester le refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat administratif mais uniquement pour trois catégories de moyens :

- soit du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;
- soit parce 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 ;
- soit parce que la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.

En outre, ces moyens doivent, sauf lorsqu'ils sont soulevés par le représentant de l'Etat dans le département ou par les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concernés, être en rapport direct avec l'intérêt lésé dont le tiers requérant se prévaut.

Le présent arrêt *Société Ile de Sein Energies* vient préciser que les règles de publicité et de mise en concurrence ne font pas partie, en principe, des moyens invocables au titre de la deuxième catégorie de moyens. On ne sera guère surpris tant on sait que, une fois le contrat signé, la tendance jurisprudentielle est à fermer la porte du prétoire aux requérants invoquant ces moyens, soit au nom de la loyauté des relations contractuelles lorsque ce sont les parties aux contrats qui les invoquent (CE 12 janvier 2011, 338551, Manoukian, publié au recueil) dans le cadre d'un recours « Béziers I », soit, au nom de la stabilité des relations contractuelles implicitement, lorsque ce sont les tiers qui les invoquent dans le cadre d'un recours de type « Tarn-et-Garonne ». Il est vrai que, dans les deux types de recours, le juge a réservé le cas de violations les plus graves des règles de passation. Ainsi, dans le cadre du recours Béziers I, l'arrêt Manoukian invite à s'attacher à « la gravité de l'irrégularité et aux circonstances dans lesquelles elle avait été commise » ; dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne, une seule annulation a été prononcée car les vices de passation ont révélé « également, en l'état de l'instruction, une volonté de la personne publique de favoriser un candidat et ont affecté gravement la légalité du choix du concessionnaire » (CE 15 mars 2019, 413584, Publié au recueil Lebon).

Dans l'arrêt *Société Ile de Sein Energie*, la formulation est légèrement différente puisque l'exception concerne « les circonstances particulières ». Si le Conseil d'Etat ne les détaille pas, le rapporteur public a évoqué des « circonstances particulières exceptionnelles (telles, par exemple, que des faits susceptibles de recevoir une qualification pénale) », ce qui semble rejoindre ce qui est généralement admis en matière de recours Béziers I et Tarn-et-Garonne. En l'espèce, le requérant invoquait le fait que le droit français, qui désignait EDF comme seul gestionnaire des petits réseaux de distribution d'électricité non interconnectés avec le reste du maillage national, serait incompatible avec le droit de l'Union européenne

mais le Conseil d'Etat rejette au motif que les directives invoquées n'étaient, en tout état de cause, pas applicables aux contrats en cours.

Toutefois, on doit relever que le Conseil d'Etat oppose au passage le cas du référé précontractuel et du recours Tarn-et-Garonne d'un côté au cas du recours Transmanche de l'autre : « *si la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence peut, le cas échéant, être utilement invoquée à l'appui d'un référé précontractuel d'un concurrent évincé ou du recours d'un tiers contestant devant le juge du contrat la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles, cette méconnaissance n'est en revanche pas susceptible, en l'absence de circonstances particulières, d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution et que le juge devrait relever d'office* ». Le fichage de l'arrêt reprend d'ailleurs cet aspect, au point que l'on peut se demander si cela n'est pas annonciateur d'une ouverture des moyens touchant à l'irrégularité de la passation, dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne car jusqu'à présent, ainsi que l'illustre l'arrêt Société Gardéenne et les conclusions Pellissier sur cet arrêt, il n'était nullement question d'assimiler référé précontractuel et recours Tarn-et-Garonne s'agissant des moyens invocables.

L'arrêt commenté est également intéressant au regard de ce qu'il nous apprend quant à la troisième catégorie de moyens invocables dans un recours Transmanche. Le requérant soutenait que les dispositions et les motifs de la directive 2009/28/CE du 23 avril 2009 relative à la promotion de l'utilisation de l'énergie produite à partir de sources renouvelables imposent, compte tenu de l'incidence environnementale de la production électrique sur l'île de Sein par EDF et du frein à la réalisation des objectifs de la directive du 23 avril 2009 que constitue le fait de désigner EDF comme seul et unique gestionnaire du réseau de distribution électrique sur l'île, qu'il soit mis fin à l'exécution de la convention en litige. Pour le Conseil d'Etat, « *ni ces dispositions, qui ne fixent aux Etats membres que des objectifs, ni les motifs de la directive dont se prévaut la société requérante, qui sont au surplus dépourvus de valeur juridique contraignante, ne constituent un motif d'intérêt général imposant la résiliation d'une convention légalement conclue, à moins qu'il ne soit établi que la poursuite de son exécution fait évidemment et immédiatement obstacle à ce que l'Etat puisse se conformer aux obligations résultant du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* », ce qui le requérant n'a pas démontré.

Enfin, à propos de la première catégorie de moyens invocables, le rapporteur public explicitement et le Conseil d'Etat implicitement admettent que par « dispositions législatives applicables aux contrats en cours », le juge vise toute norme d'une valeur supérieure à celle des règlements, y compris donc les directives si elles sont d'effet direct.

Il restera à déterminer si ce recours peut être efficace non seulement lorsque le tiers a laissé passer le délai du recours Tarn-et-Garonne mais au regard des moyens invocables, comme par exemple par comparaison avec un recours Tarn-et-Garonne contre un avenant.

1.2 Le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce que soit imposée aux candidats une obligation d'apporter spontanément la preuve des mesures correctrices prises pour démontrer leur fiabilité malgré l'existence, à leur égard, d'un motif d'exclusion facultatif ; cette obligation doit toutefois être prévue de manière claire, précise et univoque dans la réglementation nationale applicable et être portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au

moyen des documents de marché (CJUE, 14 janv. 2021, aff. C-387/19, RTS infra BVBA et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel c/ Vlaams Gewest)

Même si l'affaire en question concernait la législation belge, elle n'en présente pas moins un intérêt pour tout acheteur et toute autorité concédante européenne. La question de l'auto-réhabilitation (ou auto-apurement) est d'ailleurs assez peu connue ou commentée dans un contexte français, alors même qu'elle peut présenter un intérêt non négligeable, d'autant plus que la Cour de justice a condamné la France en tant qu'elle n'avait pas transposé cette possibilité d'auto-apurement pour le cas des condamnations pénales, constituant un des « motifs d'exclusions de plein droit », appelé « interdiction de soumissionner obligatoires » dans les directives européennes marchés et concessions (CJUE, 11 juin 2020, n° C-472/19, Vert Marine SAS contre Premier ministre et Ministre de l'Économie et des Finances). Était ici en cause un cas d'interdiction de soumissionner facultative, appelé « motif d'exclusion à l'appréciation » dans le Code français de la commande publique, qui n'avait pas été transposé par l'Etat belge au moment du rejet de la candidature. La Cour juge d'ailleurs qu'on était en l'espèce en présence d'une disposition suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour que la directive soit d'effet direct et puisse ainsi être invoquée par le requérant. Mais cette absence de transposition donne l'occasion à la Cour de préciser les obligations qui relèvent des Etats-membres et des autorités contractantes en la matière. Elle avait certes déjà apporté quelques précisions dans une précédente affaire (...). Ainsi, elle a pu juger qu'il « *incombe en effet au pouvoir adjudicateur de procéder à sa propre évaluation du comportement de l'opérateur économique visé par la résiliation d'un marché public antérieur. À cet égard, il doit examiner, de manière diligente et impartiale, sur la base de tous les éléments pertinents, notamment la décision de résiliation, et eu égard au principe de proportionnalité, si cet opérateur est, de son point de vue, responsable de défaillances importantes ou persistantes commises lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre dudit marché, lesdites défaillances étant susceptibles de provoquer la rupture du lien de confiance avec l'opérateur économique en cause* », c'est-à-dire « *évaluer l'importance de la partie du marché qui a été sous-traitée et déterminer (...), si l'intervention du sous-traitant a eu une incidence négative sur l'exécution de ce marché* », « *examiner si le contrat relatif à ce marché comportait une obligation d'exécution personnelle par l'adjudicataire lui-même ou s'il subordonnait le recours à un sous-traitant à l'obtention de l'agrément préalable de la commune* » et vérifier si cela ne constituait pas une modification substantielle du marché. En sens inverse, il incombait au candidat, « *en vertu des exigences de transparence et de loyauté, d'informer le pouvoir adjudicateur de sa situation* » c'est-à-dire de la résiliation d'un marché pour mauvaise exécution mais il faut laisser la possibilité à l'opérateur économique en cause de fournir des preuves attestant que les mesures correctives que ce dernier a prises suffisent à éviter la réitération de l'irrégularité à l'origine de la résiliation du marché public antérieur et qu'elles sont, partant, de nature à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'une cause facultative d'exclusion pertinente .

Dans l'affaire RTS infra BVBA, la Cour de justice admet que cet auto-apurement puisse ne pas être sollicité par l'autorité contractante et doit donc être fait spontanément, interprétant ainsi de manière assez libérale la directive qui dispose que « *Tout opérateur économique qui se trouve dans l'une des situations visées aux paragraphes 1 et 4 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent* ». La Cour de justice pose néanmoins des obligations minimales de transparence. En pareil cas, il faut qu'une telle obligation soit prévue de manière claire, précise et univoque dans la réglementation nationale applicable et qu'elle

soit portée à la connaissance de l'opérateur économique concerné au moyen des documents de marché directement ou par renvoi à la législation en question.

Il reste à déterminer si une telle solution peut être admise en droit français. Le Code de la commande publique dispose en effet que l'autorité contractante « *qui envisage d'exclure un opérateur économique (...) doit le mettre à même de présenter ses observations afin d'établir dans un délai raisonnable et par tout moyen qu'il a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements précédemment énoncés et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation (...) n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement* » (L. 2141-11 et L. 3123-11 CCP). Le fait de prévoir un délai raisonnable et plus encore la référence au fait d'envisager d'exclure devrait conduire à considérer que le droit français ne permet pas aux autorités contractantes d'imposer un auto-apurement spontané.

1.3 Un référé suspension « Tarn-et-Garonne » peut être plus efficace qu'un référé précontractuel ; le chiffre d'affaire prévisionnel est un élément d'appréciation de l'offre d'un candidat à une concession mais il est illégal s'il repose sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour l'autorité concédante d'en contrôler l'exactitude (CE 15 février 2021, n°445488, Commune de Toulon)

Cet arrêt présente un premier intérêt en ce qu'il confirme la suspension de l'exécution d'un contrat de concession prononcée par le juge de première instance au titre du recours Tarn-et-Garonne, fondé sur une irrégularité de la procédure de passation alors que le juge du référé précontractuel avait rejeté le recours du même requérant. La suspension est prononcée en raison de l'urgence au regard de la situation du requérant et d'un doute sérieux quant à au moins un moyen d'annulation. Sur l'urgence, le Conseil d'Etat estime qu'en jugeant « *qu'il ressortait des pièces du dossier que le chiffre d'affaires de la société Omega + était intégralement assuré par l'exploitation des salles de spectacles dont elle assurait précédemment la gestion et que son avenir à court terme était fragilisé par la perte de ce contrat et en déduisant que l'attribution du contrat litigieux à une autre société portait une atteinte grave et immédiate à ses intérêts* ». Comme le souligne le rapporteur public, même s'il est évident que la suspension du nouveau contrat ne réattribue pas par elle-même le nouveau contrat à la société requérante, il n'en demeure pas moins que cette société n'a pas d'autre activité et que sa situation financière est totalement dépendante de ce litige. On relèvera que le juge ne cherche pas à savoir s'il s'agit d'une filiale qui pourrait éventuellement être soutenue par la société mère. On ne saurait donc que conseiller à tous les titulaires de contrats de la commande publique d'une certaine importance de constituer des sociétés ad hoc, ne serait-ce que pour pouvoir déclencher un référé suspension en cas de non-réattribution. On pourra noter que le juge ne se penche pas, pour apprécier l'urgence, sur les chances de succès au fond d'obtenir l'annulation ou la résiliation alors que toute irrégularité procédurale ne conduit pas toujours à l'annulation ni même à la résiliation. Il adopte ainsi implicitement la solution admise pour le référé suspension dans le cadre d'un recours en reprise des relations contractuelles (dit Béziers II) : « *En raison de l'autonomie juridique et financière dont une société dispose comme toute personne morale, il n'appartient pas, en principe, au juge des référés, lorsqu'une décision a des répercussions financières sur une société, de tenir compte des capacités financières de ses actionnaires ou de son appartenance à un groupe pour apprécier si cette décision préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à sa situation ; que devant le tribunal administratif, le SITURV se bornait à faire valoir que la société TUV appartenait à un groupe doté*

d'une solide assise financière ; qu'il ne soutenait pas que cette filiale serait fictive ou que son patrimoine se serait confondu avec celui de sa maison-mère ; qu'il suit de là qu'en estimant que la délibération attaquée portait atteinte de manière suffisamment grave et immédiate aux intérêts, notamment financiers, de la société TUV sans prendre en compte son appartenance à un groupe, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit » CE 21 septembre 2016, n°398231, Société de transports urbains du Valenciennois).

Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que, comme pour le référé précontractuel désormais (CE 27 mai 2020, n°435982), il est indifférent que l'offre du requérant ait été irrégulière pour apprécier la recevabilité de son recours.

Quant aux doutes concernant l'irrégularité de la procédure de passation, il tient en premier lieu à la part prépondérante qu'a joué l'estimation du chiffre d'affaires prévisionnel de la concession « *et que cet élément d'appréciation reposait sur les seules déclarations des candidats, sans engagement contractuel de leur part et sans possibilité pour la commune d'en contrôler l'exactitude* ». Or un critère de choix qui a ces caractéristiques entraîne l'illégalité de la procédure (CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, n° 425373). Certes était ici en cause non un critère de choix mais un élément d'appréciation d'une offre, sachant que « *deux éléments participent à la qualification de critère : son objet, à savoir la caractéristique de l'offre visée et l'intention du pouvoir adjudicateur de la valoriser particulièrement* » (conclusions Pellissier sur SAS Cophignon et OPH des Ardennes-Habitat 08, CE 25 mars 2013, n° 364951).

Mais si les éléments d'appréciation n'ont pas à être communiqués aux candidats, le juge peut en contrôler la légalité, exactement comme pour les méthodes de notation dont ils ne se distinguent pas toujours nettement (CE 20 novembre 2020, Société Evancia, n°427761 : « *la méthode de notation est entachée d'irrégularité si (...) les éléments d'appréciation pris en compte pour noter les critères de sélection des offres sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités de détermination de la note des critères de sélection par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur pondération* »)

En deuxième lieu, le doute sérieux tient à ce que l'appréciation de la rentabilité de chaque offre était partiellement conditionnée par le régime fiscal applicable à la subvention que la commune était susceptible d'accorder au futur délégataire et cette imprécision des informations fournies par la commune sur ce point avait contribué à fausser l'évaluation des offres sur le critère relatif aux « conditions économiques et financières » et a créé une rupture d'égalité entre les candidats.

Il est enfin notable que le requérant obtient ainsi la suspension d'un contrat de concession pour des motifs économiques dans un secteur, l'exploitation de salles de spectacles municipales, qui est lui-même économiquement suspendu aux décisions de réouverture des salles de spectacles...

1.4 Un contrat ayant pour objet l'émission et la distribution de chèques emploi-service universels, de titres-restaurants et de titres cadeaux est un marché public ; le calcul du montant du marché doit prendre en compte la valeur faciale totale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution, augmentée d'une évaluation sincère des frais de gestion prévisibles (CE 4 mars 2021, n°438859, Département de la Loire)

Cet arrêt intervient dans un contexte atypique mais présente néanmoins un intérêt au-delà de ce contexte. Le contexte est celui du contrat en cause, un marché subséquent d'un accord-cadre portant sur des prestations pour des agents publics d'un département, consistant en des prestations de titres de paiement. Les conclusions du rapporteur public permettent de mieux comprendre l'objet du contrat qui fait intervenir quatre acteurs : « un émetteur, qui fabrique et délivre les titres ou, pour les titres dématérialisés, gère les systèmes d'information qui permet leur utilisation ; un acheteur, qui finance les titres : c'est la situation de l'employeur, qu'il soit public ou non ; un bénéficiaire : c'est la personne qui reçoit les titres de paiement, en général un salarié, ici un agent public ; enfin, l'affilié (pour les titres restaurants ou les chèques cadeaux) ou l'intervenant (pour les CESU) qui sont les commerçants ou, pour les CESU, l'employé ou le service social qui accepte le règlement de biens ou de services en titres de paiement. L'émetteur est rémunéré par trois canaux : d'une part, par des commissions d'émission, payées par l'acheteur, et des commissions d'affiliation, payées par les affiliés ou intervenants. Ces commissions sont variables selon les titres concernés, qui sont eux-mêmes plus ou moins encadrés par la réglementation (fortement pour les CESU et les titres-restaurants, nettement moins pour les chèques-cadeaux), et selon la structure du marché ; d'autre part, en dégagant des produits financiers tirés du placement en trésorerie des sommes non encore utilisées placées entre leurs mains ; - enfin, en bénéficiant de gains sur les titres non utilisés avant leur date limite (perte, péremption), même si plusieurs mécanismes réglementaires prévoient des remboursements au moins partiels ». Il s'agit d'un contrat que l'Autorité de la concurrence a qualifié de marché « biface ».

Le marché subséquent a été évalué par le Département comme d'une valeur inférieure au seuil dispensant de toute publicité et mise en concurrence, ce qu'a contesté le requérant en référé précontractuel. Au passage, ce dernier est considéré comme étant lésé par le manquement car, bien que sollicité, il avait refusé de déposer une offre, attirant l'attention du Département sur l'irrégularité à considérer être en dessous du seuil de publicité adaptée.

Les juges de première instance et de cassation lui ont donc donné raison.

Sur la qualification de marché public, l'arrêt identifie ici un contrat qui pourrait être, au premier abord, vu comme une concession mais pour lequel la qualification de marché s'impose faute d'exposition réelle aux aléas du marché. En effet, « Si les stipulations du projet de contrat ne font pas obstacle à ce que, sous réserve des dispositions législatives et réglementaires encadrant chaque catégorie de titre préfinancé, le cocontractant qui projette d'exécuter le service prélève une commission à l'occasion du remboursement des titres aux personnes physiques ou morales les ayant acceptés en paiement ou place les sommes versées par le département durant le laps de temps précédant leur remboursement, le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par le département et le cocontractant bénéficie, à titre de dépôt, des fonds nécessaires pour verser leur contre-valeur aux personnes physiques ou morales auprès desquelles les titres seront utilisés. Il résulte de ce qui précède que le cocontractant ne supporte aucun risque d'exploitation ». De fait, le coût de l'émission des titres et de leur distribution est intégralement payé par la collectivité ; d'autre part, comme l'indique le rapporteur public, « s'il reste un risque commercial pour ce dernier, tenant à ce que les affiliés seraient en nombre insuffisant pour accepter les titres ou refuseraient les conditions tarifaires liées aux commissions, un tel risque est parfaitement résiduel vu l'organisation du marché, qui est structuré depuis longtemps, alors, au demeurant, que l'incitation à user de leurs titres est très forte pour les bénéficiaires, ce qui est de nature à garantir le maintien d'un solide réseau d'affiliés et donc des commissions qui les accompagnent ».

Mais c'est surtout à propos du calcul du montant du marché que cet arrêt adopte une position originale. Le Conseil d'Etat écarte l'approche du Département, qui se basait uniquement sur les sommes payées. Cette approche pouvait se prévaloir de l'article 5 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 : « *Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors TVA, estimé par le pouvoir adjudicateur* ». Mais la référence au caractère « payable » n'a pas été transposée à l'article R 2121-1 du CCP et l'on sait d'ailleurs qu'il peut y avoir des marchés publics sans versement d'une somme d'argent par l'acheteur, à l'image de la jurisprudence antérieure à 2018 sur les contrats de mobilier urbain. Le rapporteur public ajoute qu'une telle solution pourrait aboutir à ce qu'il n'y ait pas du tout de marché (ni même de concession d'ailleurs) dans les hypothèses où les montants des commissions d'émission sont nuls.

Une deuxième approche consistait à déterminer le montant en prenant en compte l'ensemble des rémunérations qui pourraient être perçues par le prestataire, y compris donc auprès de tiers. Elle pouvait s'appuyer sur l'arrêt de la CJUE du 18 janvier 2007, Jean Auroux (C220/05) : « *Pour déterminer la valeur d'un marché aux fins de l'article 6 de la directive il convient de prendre en compte la valeur totale du marché de travaux du point de vue d'un soumissionnaire potentiel, ce qui comprend non seulement l'ensemble des montants que le pouvoir adjudicateur aura à payer, mais aussi toutes les recettes qui proviendront de tiers* ».

Mais pour le rapporteur public, cette jurisprudence est isolée et aussi largement impraticable car elle introduirait une forte indétermination dans l'évaluation de la valeur du marché par les acheteurs publics, sur qui reposerait le soin d'apprécier les données économiques propres non seulement à chaque marché mais aussi à chaque candidat. En particulier, le montant des commissions dépend de négociations entre le titulaire du marché et ses partenaires privés, auxquelles l'acheteur public n'est absolument pas parti et qui sont soumises au secret des affaires.

Aussi proposa-t-il d'adopter une troisième approche, qui conduisait d'ailleurs à augmenter encore plus la valeur du marché que la deuxième : il s'agissait d'envisager une conception globalisante de la valeur estimée du besoin, correspondant à la valeur faciale totale des titres, complétée par une estimation des frais de gestion à verser par la collectivité. C'est cette approche que retient le Conseil d'Etat, même s'il ajoute que le paiement de la valeur faciale des titres susceptibles d'être émis pour son exécution est une « *somme que le pouvoir adjudicateur doit payer à son cocontractant en contrepartie des titres mis à sa disposition* » comme s'il s'agissait d'une justification supplémentaire.

On peut donc déduire de cet arrêt que le juge ne s'arrête pas devant une interprétation de la valeur estimée d'un contrat qui conduit à attirer dans le champ de la mise en concurrence le maximum de contrats. Cette jurisprudence peut probablement s'appliquer à d'autres domaines, comme les marchés d'agences de voyage.

1.5 Une autorité concédante peut être condamnée à indemniser le concurrent d'un délégataire de service public pour le préjudice résultant d'aides d'Etat illégales (CAA Marseille 22 février 2021, n°17MA01582, Société Corsica Ferries)

Dans la saga judiciaire opposant la société Corsica Ferries à feu la Société Nationale Corse Méditerranée et à la Collectivité territoriale de Corse, la Cour administrative d'appel de Marseille condamne la

collectivité de Corse à verser à la société Corsica Ferries France la somme de 86 304 183 euros en réparation du préjudice que celle-ci a subi du fait du subventionnement illégal apporté par la collectivité à la Société Nationale Corse Méditerranée (SNCM), entre juillet 2007 et décembre 2013, à raison de 40 millions d'euros par an.

Cet arrêt, très attendu par la Commission de Bruxelles, est, à notre connaissance, le premier au niveau européen à condamner une autorité publique à indemniser le préjudice né du versement d'une aide d'Etat illégale, lié ici au manque à gagner correspondant au bénéfice net que lui auraient rapporté les passagers qui, en l'absence de service complémentaire subventionné, auraient choisi les services du requérant.

Il est vrai que cet arrêt intervient dans un contexte doublement original. D'une part, étaient en cause des subventions pour un « service complémentaire » pour le transport des passagers pendant les périodes de pointe, par opposition au « service permanent », de sorte qu'il n'est pas vraiment question de subventions du service public lui-même. D'autre part, il n'existe qu'un seul concurrent, la société Corsica Ferries, ce qui est sans doute de nature à rendre un peu moins complexe le calcul du préjudice.

Pour ce dernier, la CAA a, tout d'abord, estimé la part des passagers pris en charge dans le cadre du service complémentaire. Elle a considéré que, pour l'essentiel, cette part correspondait à l'activité de deux car-ferris de la SNCM. Sur la clientèle de ces deux navires, la Cour a retenu un nombre de passagers correspondant aux parts de marché de la société Corsica Ferries France sur le transport maritime continent-Corse, constaté au cours de la période. Sur ce point, la Cour a estimé qu'au regard des besoins auxquels répondait le service complémentaire, les voyageurs ayant effectué une traversée par le port de Marseille auraient indifféremment voyagé par les ports de Toulon et subsidiairement de Nice. La Cour a ensuite déterminé la part de cette clientèle potentielle que la société Corsica Ferries France aurait pu réellement prendre en charge, en fonction des places disponibles sur ses navires ayant effectué une liaison maritime équivalente le même jour depuis Toulon et Nice. Sur ce point, la Cour a écarté l'hypothèse d'une augmentation de l'offre de transport de la société Corsica Ferries France, soit par l'affrètement d'un navire supplémentaire, soit par l'augmentation des rotations des navires, dès lors qu'une telle hypothèse n'avait pas un caractère économiquement réaliste. Le surcroît de clientèle dont la société Corsica Ferries France aurait ainsi pu bénéficier a été évalué à hauteur de 1,3 million de passagers pour l'ensemble de la période. Pour déterminer le bénéfice net qu'aurait tiré la société Corsica Ferries France de ce surcroît de clientèle, la Cour s'est fondée sur une évaluation des recettes et des charges supplémentaires qu'il aurait engendrées, à partir des éléments comptables recueillis lors des opérations d'expertise.

En dépit du contexte particulier rappelé plus haut, cet arrêt pourrait ouvrir la voie à d'autres contentieux liés à des aides d'Etat illégales, y compris donc pour des délégations de service public attribuées légalement. En effet, les conditions d'application de la jurisprudence Altmark sont assez strictes. En particulier, il semble bien que seules les procédures de passation des marchés publics sont considérées comme permettant de remplir la 4ème, sauf à démontrer alternativement la présence d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne aurait encourue pour exécuter les missions de service public (voir en ce sens la position de la Commission européenne dans son guide SWD (2013) 53FINAL/2)

1.6 Le préfet peut renoncer à toute poursuite pour construction illégale sur le domaine public maritime si le contrevenant s'engage à des concessions équilibrées (CAA Marseille, 5 février 2021, n° 18MA02999, SCI Cap Azur)

Cet accord transactionnel intervient après qu'une contravention de grande voirie a été délivrée par le préfet des Alpes Maritimes à l'encontre de la SCI Cap d'Azur pour constructions illégales sur le domaine public maritimes. Cet accord prévoit que la SCI Cap Azur s'engage à prendre en charge, à ses frais, les travaux de démolition partielle du garage à bateau existant et de réalisation d'un projet de requalification paysagère. Elle doit également maintenir et entretenir en l'état le port abri et les ouvrages relevant du domaine public, les digues, quais et plan d'eau délimité par le port abri devant toujours rester libres et accessibles pour le passage des tiers. En revanche, il lui est interdit de se livrer à une activité commerciale. La SCI Cap Azur devra s'acquitter annuellement d'une redevance domaniale et déposer une demande d'autorisation d'urbanisme, ainsi que demander, dans les formes régulières, toutes les autres autorisations administratives et de police nécessaire au projet. Elle renonce au bénéfice du jugement du 15 janvier 2019 du tribunal administratif de Nice et produira un mémoire en désistement. En contrepartie, le préfet des Alpes-Maritimes doit délivrer au profit de la SCI Cap Azur une autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime pour une durée de douze ans. Par ailleurs, l'Etat renonce à toute action, prétention et à tout recours à l'encontre de la SCI Cap Azur relatif aux faits constatés dans le procès-verbal de contravention de grande voirie du 15 février 2012, ainsi qu'à la démolition des digues, des quais et du port abri, compte tenu de leur intérêt patrimonial, et d'un ouvrage de soutènement. Dans ces conditions, les concessions réciproques sont équilibrées juge la Cour. En conséquence, le protocole régulièrement signé par les deux parties n'est pas constitutif d'une libéralité de la part de l'Etat et ne méconnaît aucune autre règle d'ordre public et rien ne s'oppose à son homologation.

On peut tout de même être surpris par une telle position qui conduit à régulariser un empiètement illégal sur le domaine public maritime et adopte une conception très souple des « concessions réciproques » puisqu'en somme le requérant ne fait presque que remettre en l'état et encore partiellement. En outre, le principe même de la transaction peut être discuté. Certes, le Conseil d'Etat a déjà jugé légal le refus du préfet de dresser un procès-verbal de contravention de grande voirie mais c'était dans le contexte spécial de la pollution du navire Erika dont l'affréteur s'était engagé à dépolluer les plages (CE, 30 sept. 2005, n° 263442, Cacheux). Doit-on considérer que ce cas particulier est transposable en particulier lorsque, comme en l'espèce, les poursuites ont déjà été engagées ?

2. Brèves

1. Nouveaux CCAG du 30 mars 2021 : outre l'actualisation d'un certain nombre de termes pour mettre en adéquation les CCAG avec le Code de la commande publique, la réforme de 2021 introduit plusieurs innovations en matière d'exécution financière (plafonnement des pénalités de retard notamment, options pour le versement d'avances destinés à favoriser les PME), de

règlement des différends (contradictoire renforcé avant les sanctions, délais de recours précise pour les CCAG autres que le CCAG Travaux), de développement durable (gestion des déchets, clauses environnementale et sociale à activer dans les documents particuliers), de propriété intellectuelle (simplification avec un seul régime juridique de cession à titre non exclusif) et de dématérialisation (référence aux profils d'acheteur et à tout autre moyen de communication électronique pour encadrer les notifications d'informations). Tirant les conséquences de la pandémie de Covid 19, une clause de suspension pour circonstances imprévisibles est introduite ainsi qu'une clause de réexamen destiné à inciter, sans obliger, à prévoir un partage des surcoûts. Un CCAG « Maîtrise d'œuvre » est créé par isolement des dispositions spécifiques qui étaient contenues dans le CCAG-prestations intellectuelles, même s'il reste des dispositions propres au rôle des maîtres d'œuvres dans le CCAG-Travaux, comme par le passé. Les CCAG précisent enfin qu'en cas de marché global, il est possible de se référer à plusieurs CCAG à condition de veiller à leur cohérence.

2. Décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées. Ce décret précise les modalités de mise en œuvre de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, notamment de son article 58, en fixant La liste et les proportions minimales des produits ou catégories de produits acquis par l'Etat et par les collectivités territoriales et leurs groupements au titre de marchés de fournitures devant être issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées, au sens de l'article L. 541-1-1 du code de l'environnement.
3. La cour estime que l'appréciation de l'expérience ne constituait pas ici un sous-critère mais « relevaient des modalités d'évaluation permettant de transformer une appréciation en note chiffrée en ce qui concerne les qualités techniques attendues de leur offre » ; en outre, le programme de l'opération résultant des études préalables a été mis à disposition de l'ensemble des candidats et par ailleurs, il n'était pas démontré que la société ayant réalisé ces études aurait pu recueillir des informations susceptibles de l'avantager, de sorte que la rupture d'égalité de traitement ne pouvait être ici retenue ; enfin, il n'y pas eu d'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans la notation des offres, chacune des notes attribuées pouvant être justifiée de façon cohérente par le pouvoir adjudicateur (CAA Nantes, 5 févr. 2021, n° 19NT04272, Commune de Chateaubriand).
4. La cour souligne que le requérant « ne peut utilement se prévaloir de circonstances postérieures à l'attribution du marché, notamment relative à son exécution, pour contester la validité de ses conditions de passation » y compris comme en l'espèce, pour établir le caractère anormalement bas d'une offre (CAA Paris, 22 janv. 2021, n° 18PA03106, Sté Orféa Acoustique)
5. Une déclaration sans suite peut cacher un détournement de procédure (CE, 18 mars 2005, n° 238752, Sté Cyclergie : JurisData n° 2005-068200 ; Contrats-Marchés publ. 2005, comm. 150, note F. Olivier) mais en l'espèce, une commune peut justifier une telle décision par sa volonté de reconsidérer le mode de gestion de l'équipement et par un « climat compliqué » de la compétition entre les candidats suite à l'annulation de la première procédure (CAA Versailles, 21 janv. 2021, n° 18VE01958, Sté Mille et une nuits évènements)

6. Pour la Cour de cassation, une cour d'appel a violé les textes en ne recherchant pas si la candidature d'un candidat évincé était régulière avant d'examiner son référé précontractuel contre un contrat privé de la commande publique. Elle semble ainsi plus restrictive que le Conseil d'Etat (CE, 27 mai 2020, n° 435982), ce qui pose question au regard de la jurisprudence européenne de la CJUE, 4 juill. 2013, aff. C-100/12, Fastweb (Cass. com., 27 janv. 2021, n° 18-20.783)
7. Une commune n'a donc exercé aucune influence déterminante sur sa nature ou la conception de l'ensemble immobilier dans le cadre d'un projet de VEFA, lequel n'a été conçu ni à l'initiative de Metz Métropole, ni en fonction de ses besoins, de sorte que l'opération en cause ne peut être qualifiée de marché public de travaux. Il s'agissait seulement d'une opportunité de marché (CAA Nancy, n° 19NC02073, M. Lebeau)
8. Si, au terme des directives européennes, les États membres s'assurent que les procédures de recours contre la passation des marchés sont accessibles « au moins à toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée », cela ne signifie pas qu'il faille limiter les moyens invocables. En effet, « s'agissant des moyens qu'un soumissionnaire évincé peut soulever dans le cadre d'un tel recours, il convient d'observer que la directive 92/13 ne prévoit pas d'autre exigence que celle fixée à l'article 1er, paragraphe 1, de celle-ci, à savoir que ce soumissionnaire peut invoquer des moyens tirés de la violation du droit de l'Union en matière de marchés publics ou des règles nationales transposant ce droit ». La Cour procède donc à une interprétation large des directives qui semble remettre en cause la jurisprudence SMIRGEOMES (CJUE 24 mars 2021, C-771/19, NAMA)
9. En énonçant que sa dette à l'égard de la société Les Moulins avait été intégralement compensée par les créances détenues par la commune à l'égard de la société résultant de différents titres exécutoires, faisant par ailleurs l'objet de recours en contestant le bien-fondé et ayant de ce fait pour effet, en application du 1° de l'article L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales, d'en suspendre le caractère exécutoire, le maire a méconnu l'autorité qui s'attachait à la chose jugée par la cour administrative d'appel de Nantes. En rejetant comme manifestement irrecevable la demande de la société Les Moulins dirigée contre ce courrier, au motif qu'une compensation est une mesure purement comptable par laquelle une personne publique peut s'acquitter d'une dette dont elle est redevable en l'imputant sur une créance dont elle poursuit le recouvrement à l'égard de la personne dont elle est débitrice, le président de la 4ème chambre de la cour administrative d'appel de Nantes a commis une erreur de droit (CE 23 février 2021, n° 441222, Société Les Moulins).
10. La loi prohibant la renonciation aux intérêts moratoires est applicable à une transaction conclue dans le cadre d'un marché public antérieur à la loi mais la QPC soulevant la contrariété de cette loi avec la liberté contractuelle ne présente pas un caractère sérieux (CE 23 décembre 2020, n° 443158, Sté Territoire 62)
11. La seule circonstance que le représentant de l'acheteur se soit constitué partie civile dans une instance impliquant le candidat des années auparavant et pour un autre acheteur public ne saurait en elle-même être de nature à caractériser une situation de conflit d'intérêts et ne justifiait

pas l'exclusion du candidat. Le marché est donc résilié (CAA Marseille, 7 décembre 2020, n° 19MA03795)

12. Le titulaire d'un marché résilié pour motif d'intérêt général doit établir le caractère direct et certains des préjudices dont il demande l'indemnisation au titre des frais exposés et du manque à gagner dans le cadre du décompte général de résiliation. La cour fait peser sur le cocontractant la charge d'établir qu'il ne pourra mettre en œuvre les fournitures achetées dans le cadre du marché à d'autres fins mais admet différents préjudices liés aux frais de personnel, y compris des frais de recrutement, de formation et de licenciement économique. Quant au manque à gagner, il est limité à ce qui est contractuellement fixé, ici à 5 % de la différence entre le montant hors taxes non révisé du marché et le montant hors taxes non révisé des prestations réceptionnées, conformément à l'article 34 du cahier des clauses administratives générales des marchés de fourniture courantes et de services (CAA Versailles, 26 novembre 2020, n° 17VE03487)
13. L'inégalité de traitement lors d'une négociation prive le candidat classé deuxième d'une chance sérieuse d'obtenir le marché qui a ainsi droit à l'indemnisation de son manque à gagner. En l'occurrence, l'autorité contractante a prolongé la négociation avec une entreprise au-delà du terme prévu par les documents de la consultation et rehaussé la notation de son offre sur la base d'une nouvelle version remise hors délai (CAA Paris, 29 décembre 2020, n° 18PA03185, Sté Valladon).
14. En l'absence de fraude, on ne peut déroger au caractère définitif du décompte général. Le maître d'ouvrage faisait valoir que le titulaire avait commis un dol à son détriment en « *profitant de la nécessité où il se trouvait de terminer le chantier [pour surévaluer] le montant des prestations à effectuer* » au titre des sujétions imprévues. Mais l'entreprise avait accepté de réduire le montant du devis initialement présenté de sorte que le prix convenu ne dépassait que de 4 % l'estimation réalisée par un expert indépendant, ce qui « *ne révèle aucune intention dolosive* » (CAA Douai, 30 déc. 2020, n° 19DA00227, Groupement hospitalier Seclin Carvin)
15. Un stade de football, qui n'est pas affecté à un service public, relève du domaine privé de la personne publique propriétaire. En conséquence, la convention de mise à disposition de ces équipements au profit du club de football, conclue initialement par la collectivité publique et à laquelle le gestionnaire du stade a été substitué, constitue donc un contrat de droit privé dès lors que le stade relève du domaine privé de la collectivité (CAA Douai, 30 déc. 2020, n° 19DA01545, Sté VM Stade 59)
16. Un contrat passé entre est concessionnaire privé d'aéroport et une entreprise de travaux un contrat de droit privé car le concessionnaire accomplit librement les actes nécessaires à l'exercice de sa mission, en se bornant à informer le directeur de l'aviation civile. De même, si les spécifications techniques respectent les contraintes réglementaires, cette circonstance ne démontre pas le contrôle de l'État sur les travaux, lesquels, quoique réalisés sur le domaine public aéroportuaire, ne seront remis à l'État qu'à l'expiration de la concession (CAA Bordeaux, 17 déc. 2020, n° 18BX02944)