



FACULTÉ DE DROIT
ÉQUIPE DE DROIT PUBLIC DE LYON
**CHAIRE DE DROIT
DES CONTRATS PUBLICS**



LETTRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Février 2023

**Rédigée par François Lichère
Professeur agrégé de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Directeur de la Chaire de droit des contrats publics**

SOMMAIRE

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée.....	2
1.1 Un bail commercial change de nature et vaut convention d'autorisation d'occupation du domaine public lorsque le bien sur lequel il porte entre dans le domaine public (CE 21 décembre 2022, n°464505, <i>Commune de Saint-Félicien</i> , classé A)	2
1.2 Le décret d'approbation d'une concession ne peut plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; doit être annulée une clause d'un contrat de concession faisant supporter sur l'ensemble des usagers de la concession la construction d'une bretelle n'en concernant que certains (CE 27 janvier 2023, n°462752, 465060, <i>M. B</i> , classé B).....	4
1.3 L'effet direct des directives joue entre pouvoirs adjudicateurs et le contrôle conjoint ouvrant droit à la quasi-régie ne peut être indirect (CJUE 22 décembre 2022, <i>Sambre & Biesme SCRL (C-383/21)</i> , <i>Commune de Farciennes (C-384/21)</i>).....	6
1.4 En cas de résiliation du marché, il convient de combiner les articles 13 et 50 du CCAG pour l'établissement et la contestation du décompte de liquidation, qui se substitue alors au décompte général (CE 27 janvier 2023, n° 464149, <i>Centre hospitalier Louis-Daniel Beauperthuy</i> , classé B)	7
2. Brèves	10

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 Un bail commercial change de nature et vaut convention d'autorisation d'occupation du domaine public lorsque le bien sur lequel il porte entre dans le domaine public (CE 21 décembre 2022, n°464505, Commune de Saint-Félicien, classé A)

Cet arrêt est tout autant intéressant quant à la solution qui permet de trancher le litige qu'au regard de ce qu'il paraît jugé indirectement.

Le litige portait sur une demande d'expulsion de l'exploitant d'un camping, propriété de la commune. L'exploitation de ce camping avait connu des fortunes juridiques diverses. Initialement considéré comme faisant partie du domaine public et exploité par une société grâce à une convention d'occupation du domaine public, la commune avait décidé que ce camping ne serait plus affecté au service public municipal du camping, avait déclassé le bien et décidé de confier l'exploitation du camping sous forme de bail commercial de 9 ans signé avec cette même société. Mais la nouvelle municipalité, poussée par le mécontentement d'une partie des habitants qui ne bénéficiaient plus des mêmes facilités d'accès à la piscine du camping, abrogea la délibération portant constat de désaffectation et déclassement. Par une délibération postérieure elle constata « l'extinction » du bail commercial en conséquence de sa délibération précédente et autorisa l'exploitant à se maintenir dans les lieux jusqu'au 1^{er} janvier 2021 seulement. La société s'étant maintenue dans les lieux, fort de son bail commercial, la commune demanda au juge des référés du tribunal administratif, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, d'ordonner son expulsion, au besoin avec le concours de la force publique. La commune de Saint-Félicien se pourvut en cassation contre l'ordonnance du 11 mars 2022 par laquelle le juge des référés de ce tribunal avait, sur renvoi du Conseil d'Etat après cassation d'une première ordonnance présentant le même dispositif, de nouveau rejeté la demande de la commune.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat annule l'ordonnance au motif que la société ne pouvait opposer l'existence du bail commercial mais rejette la demande d'expulsion au motif que le bail commercial peut être perçu comme un titre d'occupation : « *En statuant ainsi, le juge des référés a commis une erreur de droit, dès lors qu'un tel contrat, s'il pouvait valoir, jusqu'à son éventuelle dénonciation, titre d'occupation du domaine public, ne pouvait conserver, après l'inclusion dans le domaine public des biens sur lesquels il portait, et indépendamment de la possibilité pour son titulaire de rechercher, devant le juge administratif, l'indemnisation du préjudice en résultant, son caractère de bail commercial en tant que celui-ci comporte des clauses incompatibles avec la domanialité publique* ». Autrement dit, la nature de bail commercial ne peut être maintenue compte tenu de l'incompatibilité avec le régime du domaine public mais, dans le cas où le bien devient domaine public, le contrat n'est pas pour autant illégal, contrairement au bail commercial signé sur une dépendance appartenant déjà au domaine public qui est illégal et peut donc être résilié (CE, 24 novembre 2014, n° 352402, *Sté des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, au Recueil). Ici, le bail se voit en quelque sorte ôter sa nature de bail commercial pour endosser celle de convention d'occupation du domaine public. On peut donc voir là une exception au principe selon lequel la nature d'un contrat s'apprécie à la date de sa signature et conserve cette nature (TC, 16 octobre 2006, n° 3506, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des Architectes Français*, au Recueil).

Mais c'est sur la qualification de la domanialité publique du bien en cause que l'arrêt présente également un intérêt notable. Pour le Conseil d'Etat, « *à la date à laquelle l'ordonnance attaquée a été prise et quand bien même un tiers aurait disposé à cette date de droits contractuels d'occupation de celui-ci, le terrain de camping occupé par la société Domaine de Pierrageais ne pouvait plus être regardé comme faisant partie du domaine privé de la commune de Saint-Félicien mais constituait une dépendance de son domaine public* ». On passe sur les circonvolutions contentieuses de l'espèce, rappelées juste avant : ce qui nous paraît important est le fait que, dès lors que la Commune a décidé d'en faire à nouveau une activité de service public, le camping est revenu dans le giron de la domanialité publique. A cet égard, nul besoin de nouveaux aménagements indispensables dès lors que ceux déjà en place répondaient à cette exigence. C'est ce qu'avait pu déjà juger le Conseil d'Etat à propos d'un bien affecté à une activité privée, dans des locaux appartenant à la commune, que cette dernière décidait de reprendre sous la forme d'un service public (CE, 22 mai 2019, n° 423230, *Association Les Familles Rurales Fédération Départementale du Gard*, aux T.).

Mais les faits de l'arrêt commenté étaient différents et c'est là que l'on peut tirer une conclusion indirecte, tout en indiquant qu'il faut rester ici très prudent. A aucun moment, ni dans l'arrêt, ni dans les conclusions, n'apparaît trace de l'idée que la décision initiale de désaffectation et de déclassement était illégale ou, ce qui revient au même, que le bien n'avait jamais cessé de faire partie du domaine public. Cela signifie clairement qu'une même activité prenant appui sur la propriété publique, ici l'exploitation d'un camping, tout en étant confiée par contrat à tiers dans les deux cas, peut être qualifiable de service public ou non et donc entraîner la qualification de bien du domaine public ou pas. Il n'y a pas besoin de changer d'activités avant le déclassement. Bien sûr, il faut rester prudent car le Conseil d'Etat n'avait pas besoin de passer par la notion de maintien de la domanialité publique pour conclure qu'à la date de l'ordonnance, le bien faisait partie du domaine public : une nouvelle délibération avait été prise qui confirmait l'affectation à un service public municipal. Mais plusieurs éléments permettent de considérer que le montage initial était légal : le Conseil d'Etat dit bien que le bien est revenu dans le domaine public à compter de la date de la nouvelle délibération affectant le bien au service public municipal du camping. En outre, cette solution s'accorde parfaitement avec la notion de service public virtuel, selon laquelle certaines activités prises en charges par des personnes publiques sont de service public uniquement en fonction des conditions d'exploitation de l'activité qui sont imposées au gestionnaire de l'activité (on imagine ici, par exemple, que c'était le cas avant le déclassement s'agissant de l'accès des habitants de la commune à la piscine du camping...).

Il reste enfin à savoir ce que la suite de l'affaire pourrait donner. Le Conseil d'Etat donne une piste lorsqu'il dit que « *faute de décision de la commune mettant fin, postérieurement au classement dans le domaine public de la parcelle en litige, à l'autorisation d'occupation dont disposait cette société, la demande d'expulsion sollicitée par la commune de Saint-Félicien doit être regardée comme se heurtant, à la date de la présente décision, à une contestation sérieuse* ». Il suffira donc de résilier la convention. Mais se posera alors la question indemnitaire. Dans l'arrêt *Les Houches-Saint-Gervais* précité, le Conseil d'Etat a jugé que si l'autorité gestionnaire du domaine met fin avant 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. On imagine que le titulaire du contrat, dans l'arrêt commenté, pourrait demander l'indemnisation du préjudice lié à la résiliation, y compris du manque à gagner et probablement

de la valeur du fonds de commerce. Si la commune décidait de ne pas résilier et de prendre acte du changement de nature du contrat, il pourrait arguer que le fait d'avoir transformé le bien en dépendance du domaine public et son bail commercial en convention d'occupation du domaine public lui a causé un préjudice, ne serait-ce que du fait de la précarité impliquée par le régime de la domanialité publique.

1.2 Le décret d'approbation d'une concession ne peut plus faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir ; doit être annulée une clause d'un contrat de concession faisant supporter sur l'ensemble des usagers de la concession la construction d'une bretelle n'en concernant que certains (CE 27 janvier 2023, n°462752, 465060, M. B, classé B)

Sur les aspects contentieux des contrats administratifs, l'arrêt commenté tire, en premier lieu, les conséquences de la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* et surtout de ses suites. Car on sait que ce recours direct du tiers contre le contrat, s'il a considérablement réduit le champ du recours pour excès de pouvoir contre les actes détachables, ne l'a pas supprimé. Le REP subsiste notamment contre les actes d'approbation des contrats mais seulement pour les vices propres de l'acte d'approbation (CE 23 décembre 2016, *Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc-Roussillon et Association ATTAC Montpellier*, n° 392815, T. pp. 831-832-872) et que si l'acte d'approbation émane d'une autorité distincte des cocontractants, ce qui implique d'identifier si les personnes qui approuvent ne participent pas en réalité au processus de sa conclusion (CE 2 décembre 2022, *M. D...*, n° 454318, aux tables). Aussi, le recours pour excès de pouvoir contre le décret approuvant un avenant à une concession est déclaré ici irrecevable (puisque c'est l'Etat qui l'approuve après l'avoir signé), alors qu'il était encore admis en 2016 (CE 23 décembre 2016, *M. C...*, n° 397096). En revanche, selon le rapporteur public, la légalité de ce décret devrait pouvoir être contestée par la voie de l'exception à l'occasion d'un recours *Tarn-et-Garonne*, y compris donc sur les motifs d'illégalité externe du décret, même si des mesures de régularisation seront alors possibles.

En deuxième lieu, et sans surprise, la contestation de l'avenant lui-même par le biais du recours *Tarn-et-Garonne* contre les clauses non réglementaires est jugée irrecevable, faute pour le requérant d'être « lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses » du contrat. Il était clair que les éléments non réglementaires de l'avenant, « à savoir les conditions de réalisation de l'ouvrage et son financement hors redevance, n'affectent pas directement les intérêts du simple usager des autoroutes qu'est le requérant, d'autant que celui-ci ne manque pas de signaler, précisément, qu'il n'a guère vocation à emprunter le futur tronçon montpelliérain » comme le précise le rapporteur public.

Enfin, s'agissant du recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires des contrats administratifs, on sait que la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* n'y a pas mis fin. Tout juste doit-on souligner que, désormais, la mesure contestée doit porter une atteinte « directe et certaine » aux intérêts de l'utilisateur qui la conteste (CE 9 février 2018, *Communauté d'agglomération Val d'Europe Agglomération*, n° 404982, p. 34). En l'espèce, l'impact sur l'utilisateur était certes limité, comme s'en prévalait le ministre, puisque le financement envisagé conduisait à une augmentation des tarifs du péage pour tous les usagers de la concession de seulement 0,264 %, mais, bien que limitée, l'augmentation était réelle et l'intérêt lésé direct et certain, ce qui a permis au Conseil d'Etat d'annuler le décret en raison d'une illégalité.

Sur le fond justement, l'arrêt montre une approche assez stricte mais somme toute logique de la proportionnalité d'une redevance, éclairé par les subtiles conclusions de Marc Pichon de Vendeuil. Depuis que la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a mis fin à la possibilité d'allonger la durée des concessions pour financer des tronçons ou liaisons nouvelles, pratique appelée adossement, il faut trouver d'autres sources de financement. Or, l'article L. 122-4 du Code de la voirie routière permet de modifier par simple avenant un contrat de concession d'autoroute pour y intégrer de nouveaux ouvrages, lorsque « *leur financement ne peut être couvert que par une augmentation des tarifs de péages, raisonnable et strictement limitée à ce qui est nécessaire* ». Cet article n'est en réalité que la reprise de ce que la jurisprudence exige à travers le principe d'équivalence : toute redevance doit correspondre à une « contrepartie directe » « au bénéfice propre d'usagers déterminés » (CE 28 novembre 2018, SNCF Réseau, n° 413839, p. 425).

C'est sur cette base que le Conseil d'Etat juge qu' « *en mettant, par la hausse tarifaire litigieuse, à la charge de l'ensemble des usagers de la totalité des 2 714 km du réseau autoroutier concédé à la société ASF le financement des travaux de réalisation d'un tronçon de 6,2 km destiné au contournement ouest de Montpellier dépourvu de péage, la disposition tarifaire attaquée méconnaît la règle de proportionnalité entre le montant du tarif et la valeur du service rendu* ».

Certes, il est arrivé au Conseil d'Etat de faire preuve de souplesse dans l'application de ce principe, comme le rappelait son rapporteur public : ainsi, le respect de la règle d'équivalence peut tenir compte de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire (Assemblée 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n°293229, classé A) et un tarif peut ne pas être « *strictement proportionné au coût du service correspondant dès lors, d'une part, que le produit global des redevances n'excède pas le coût des prestations servies et, d'autre part, que la compensation entre les différentes redevances est limitée* » (CE 21 juillet 2022, *Aéroports de Paris*, n° 459433, classé B). Il peut même y avoir des dérogations au principe d'équivalence : des tarifs forfaitaires sont légaux si leur ampleur est limitée et s'ils sont justifiés par des motifs d'intérêt général, tels que la fluidité du trafic ou la rationalisation de l'exploitation de l'autoroute (CE 5 mars 2014, *Département du Bas-Rhin*, n° 367233). Mais tel n'était pas le cas en l'espèce. Le rapporteur public s'appuyait ainsi sur l'avis très réservé de l'Autorité de régulation des transports (ART) rendu le 28 octobre 2021, pour indiquer qu'il ressortait des prévisions que si « *plus des deux-tiers des véhicules qui y circuleront effectueront un trajet interne à l'aire urbaine de Montpellier, en revanche, il n'a aucun impact sur le trafic général sur l'ensemble du réseau* ».

Dans un souci pédagogique, le rapporteur public évoque d'autres pistes de financement : outre le financement direct ou, à l'extrême inverse, par les usagers de ce seul tronçon, il pourrait être décidé d'un financement « *à travers les péages acquittés à proximité du contournement sur les autoroutes limitrophes A 709 et A9* » puisque la jurisprudence n'exclut pas la possibilité d'instituer un dispositif de péage forfaitaire « *d'ampleur limitée et justifiée par un motif d'intérêt général tel que la fluidification du trafic local* », la section des travaux publics l'ayant déjà admis (avis du 21 juin 2011, aff. 385183).

1.3 L'effet direct des directives joue entre pouvoirs adjudicateurs et le contrôle conjoint ouvrant droit à la quasi-régie ne peut être indirect (CJUE 22 décembre 2022, Sambre & Biesme SCRL (C-383/21), Commune de Farciennes (C-384/21))

Cet arrêt concerne une affaire belge mais pourrait avoir des répercussions sur le droit et la pratique française de la quasi-régie.

La SLSP Sambre & Biesme, une coopérative à responsabilité limitée dont les actionnaires principaux sont les communes de Farciennes et d'Aiseau-Presles, et la commune de Farciennes ont décidé d'unir leurs moyens pour créer un écoquartier à Farciennes regroupant environ 150 logements. À cette fin, les parties ont voulu faire appel aux services de l'Igretec pour suivre la mise en œuvre de leur projet, une société coopérative à responsabilité limitée qui exerce des missions de service public et qui comptait parmi ses associés plus de 70 communes, dont la commune de Farciennes. La SLSP Sambre & Biesme a décidé d'acheter une part sociale de catégorie C dans l'Igretec afin de pouvoir bénéficier de ses services en tant qu'associée. Une autorité de tutelle a annulé les deux décisions du conseil d'administration de la SLSP Sambre & Biesme qui approuvait des conventions cadres sans mise en concurrence, au motif que les conditions de l'exception *in house* n'étaient pas remplies entre la SLSP Sambre & Biesme et l'Igretec.

Étant donné que la loi de transposition de ladite directive n'était pas encore entrée en vigueur au moment des faits en cause alors que le délai prévu à l'article 90 de la directive 2014/24 aux fins d'une telle transposition était déjà expiré, la juridiction de renvoi se demandait si c'était sur le fondement de l'article 12, paragraphes 3 et 4, de cette directive qu'il y avait lieu de trancher les litiges pendants devant elle, alors que les parties aux litiges s'opposaient sur la question de savoir si celles-ci ont seulement pour objet de prévoir une faculté pour les États membres d'exclure du champ d'application de ladite directive l'attribution de certains marchés publics passés entre des entités appartenant au secteur public. La réponse à cette question par la Cour de justice peut a priori surprendre : « À cet égard, il convient de relever que l'article 12 de la directive 2014/24, conformément à l'intitulé de la section dans laquelle il s'insère, prévoit, en substance, que les marchés publics passés entre des entités appartenant au secteur public remplissant les critères qui y sont visés sont exclus du champ d'application de cette directive, critères qu'un pouvoir adjudicateur doit donc respecter lorsqu'il souhaite procéder à l'attribution directe d'un tel marché public. En particulier, les paragraphes 3 et 4 dudit article 12 ont trait, d'une part, aux marchés publics attribués par un pouvoir adjudicateur à une personne morale sur laquelle celui-ci exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et, d'autre part, aux marchés publics conclus exclusivement entre des pouvoirs adjudicateurs afin d'établir ou de mettre en œuvre une coopération entre eux dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ».

Mais c'est sur la deuxième question posée que l'apport pour le droit français pourrait être significatif : l'article 12, paragraphe 3, second alinéa, sous i), de la directive 2014/24 doit-il « être interprété en ce sens que, afin d'établir qu'un pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale adjudicataire analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes

décisionnels de la personne morale contrôlée, est satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur » ?

La réponse est négative : Il résulte des termes de la disposition de la directive en cause que celle-ci requiert qu'un pouvoir adjudicateur exerçant un contrôle conjoint sur une personne morale dispose d'un membre agissant en qualité de représentant de ce pouvoir adjudicateur dans les organes décisionnels de cette personne morale, ce membre pouvant, le cas échéant, représenter également d'autres pouvoirs adjudicateurs. En effet, *« pour ce qui est de l'article 12, paragraphe 3, de cette directive, cette disposition prévoit qu'un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale, au sens du paragraphe 1 de cet article 12, peut, néanmoins, attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer ladite directive lorsque ce pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée. Toutefois, il importe de souligner que, à la différence des paragraphes 1 et 2 dudit article, ladite disposition ne prévoit pas que les conditions relatives au contrôle du pouvoir adjudicateur sur la personne morale adjudicataire puissent être satisfaites de manière indirecte »*. En conséquence, l'exigence visée à cette disposition, tenant à ce qu'un pouvoir adjudicateur soit représenté dans les organes décisionnels de la personne morale contrôlée, n'est pas satisfaite au seul motif que siège au conseil d'administration de cette personne morale le représentant d'un autre pouvoir adjudicateur qui fait également partie du conseil d'administration du premier pouvoir adjudicateur.

1.4 En cas de résiliation du marché, il convient de combiner les articles 13 et 50 du CCAG pour l'établissement et la contestation du décompte de liquidation, qui se substitue alors au décompte général (CE 27 janvier 2023, n° 464149, Centre hospitalier Louis-Daniel Beauperthuy, classé B)

Cette affaire montre, une fois encore, l'importance du respect des règles de délais dans l'établissement des décomptes de marchés de travaux, dans une hypothèse où le juge nous apprend qu'il fallait faire une lecture combinée des articles 47, 13 et 50 du CCAG travaux. L'affaire concernait le CCAG de 2009 mais la solution vaut pour celui de 2021 comme l'a indiqué le rapporteur public.

L'article 47.2.1 du CCAG applicable stipulait que, en cas de résiliation, *« Le décompte de liquidation du marché, qui se substitue au décompte général prévu à l'article 13.4.2, est arrêté par décision du représentant du pouvoir adjudicateur et notifié au titulaire »*. Cet article se différencie ainsi du processus normal – *i.e.* en dehors de toute résiliation – d'établissement du décompte puisque, dans ce dernier cas, c'est le titulaire qui a l'initiative du processus : établissement du « projet de décompte final », avant que celui-ci ne se transforme en « décompte final » après acceptation ou modification par le maître d'œuvre puis, en « décompte général » après signature du représentant du pouvoir adjudicateur puis enfin en « décompte général et définitif » si le titulaire ne conteste pas le décompte général (art. 13 CCAG de 2009, art. 12 du CCAG 2021).

On peut tout à fait comprendre que, dans le cas où le pouvoir adjudicateur prend l'initiative de résilier, le processus d'établissement du décompte ne soit pas initié par le titulaire. Mais ni l'article 47.2.1, ni la

suite de l'article 47 ne précisait le processus de contestation ultérieur : le 47.2.2 indiquait ce que devait comprendre le décompte de liquidation, cependant que le 47.2.3 précisait le délai de notification du décompte de liquidation au titulaire (deux mois à compter du PV d'inventaire visé au 47.1.1, sauf le cas de résiliation aux frais et risques du titulaire).

C'est dans ce contexte contractuel que le CH Louis-Daniel Beauperthuy a décidé de résilier pour faute un marché, sans pour autant que ce soit aux frais et risques du titulaire. Il a toutefois notifié le décompte de résiliation plus de neuf mois après la résiliation puis la société a refusé de signer le décompte et a saisi le tribunal administratif d'une demande au fond et d'un référé pour désignation d'un expert à l'effet d'établir les causes du retard des travaux ainsi que le volume de travaux réellement effectués dans le cadre de l'exécution de son lot. Le Conseil d'Etat rejette la demande d'expertise mais après avoir cassé l'ordonnance du juge des référés de la CAA au motif « *qu'en jugeant que le décompte de liquidation du marché notifié par le centre hospitalier à la société GETELEC TP, le 10 août 2020, soit neuf mois après la signature du procès-verbal de résiliation du marché, ne pouvait tenir lieu de décompte de liquidation, au motif que sa notification était intervenue au-delà du délai de deux mois prévu par l'article 47.2.3 du cahier des clauses administratives générales, et que la société GETELEC TP ne pouvait ainsi se voir opposer les délais de contestation de ce décompte prévus par ce cahier, le juge des référés de la cour administrative de Bordeaux a commis une erreur de droit* ».

Pour en arriver là, le Conseil d'Etat commence par indiquer qu'il faut combiner l'article 47.2.1 avec l'article 13, du moins « *en l'absence de stipulation particulière relative au décompte de liquidation du marché* ». Autrement dit, hormis pour l'initiative du décompte qui revient à la personne publique, on doit appliquer les dispositions de l'article 13 dès lors que le décompte de résiliation se « substitue » au décompte général. Or, « *il résulte des stipulations de l'article 13.4.2 que l'absence de notification au titulaire par le représentant du pouvoir adjudicateur du décompte de résiliation dans le délai, fixé par l'article 47.2.3, de deux mois suivant la date de signature du procès-verbal prévu à l'article 47.1.1, permet seulement au titulaire de mettre le représentant du pouvoir adjudicateur en demeure de le faire, l'absence de réponse à cette mise en demeure dans un délai de trente jours l'autorisant alors à saisir le tribunal administratif en cas de désaccord* ». Le rapporteur public rappelait en effet que le non-respect du délai de l'article 13 n'a pas pour effet de rendre nul le décompte (CE 19 juin 1981, *Bongiovanni et autres*, n° 3822, B), d'autant plus que l'article 13.4.2 du CCAG lui-même indique que « *si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire, dans les délais stipulés ci-dessus, le décompte général signé, celui-ci lui adresse une mise en demeure d'y procéder. L'absence de notification au titulaire du décompte général signé par le représentant du pouvoir adjudicateur, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la mise en demeure, autorise le titulaire à saisir le tribunal administratif compétent en cas de désaccord* ». Et de rappeler que cette rédaction rend caduque une jurisprudence rendue sous l'empire du CCAG de 1977 (CE 8 août 2008, *Société Bleu Azur*, n° 290051, T. p. 813, qui jugeait qu'un décompte notifié après la saisine du tribunal ne pouvait être regardé comme un décompte général). En conséquence, non seulement la CAA a eu tort de considérer que le décompte de résiliation tardif ne saurait valoir décompte général, mais surtout « *la notification du décompte de résiliation postérieurement au délai de deux mois, qu'elle réponde à une mise en demeure adressée par le titulaire au représentant du pouvoir adjudicataire ou pas, fait courir le délai de 45 jours imparti par l'article 13.4.4 au titulaire pour renvoyer au représentant du pouvoir adjudicateur le décompte général revêtu de sa signature, sans ou avec réserves, ou pour faire connaître*

les motifs pour lesquels il refuse de le signer, à peine d'être regardé comme ayant accepté le décompte notifié par le représentant du pouvoir adjudicateur ».

En conséquence, la demande de nomination d'un expert est rejetée puisque le décompte doit être regardé comme étant définitif.

Cette solution s'inscrit dans le prolongement de celle adoptée dans le cas d'une notification tardive du projet de décompte final par le titulaire au maître d'œuvre : même postérieure à ce délai, cette notification fait courir les délais qui s'imposent au maître d'ouvrage et peut conduire à la naissance d'un DGD tacite (CE 25 juin 2018, *Société Merceron Travaux publics*, n° 417738, T. p. 773).

La solution peut paraître *a priori* sévère, surtout pour le requérant qui aurait du deviner la position ici adoptée par le Conseil d'Etat. Elle est néanmoins logique car on ne voit guère quelles autres règles de contestation auraient pu être appliquées.

2. Brèves

1. « *Les décisions prises par le juge des référés sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative sont rendues à la suite d'une procédure particulière qui, tout en étant adaptée à la nature des demandes et à la nécessité d'assurer une décision rapide, doit garantir le caractère contradictoire de l'instruction. Il résulte des dispositions citées au point 4 que, lorsqu'il décide de communiquer, après la clôture de l'instruction, un mémoire qui a été produit par les parties avant ou après celle-ci, le juge des référés doit être regardé comme ayant rouvert l'instruction. Il lui appartient, en pareil cas, sauf à fixer une nouvelle audience, d'informer les parties de la date et, le cas échéant, de l'heure à laquelle l'instruction sera close. Il ne saurait, en toute hypothèse, rendre son ordonnance tant que l'instruction est en cours sans entacher la procédure d'irrégularité* » (CE 7 février 2023, n°461935, Métropole Toulon Provence-Méditerranée)
2. « *Dès lors que l'avis d'appel à la concurrence n'exigeait pas des entreprises candidates au marché en cause la production d'une certification en particulier mais demandait de fournir " des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et habilités à attester la conformité des fournitures par des références à certaines spécifications techniques, ou toutes autres preuves de mesures équivalentes de garantie de la qualité " et " les certificats de qualification professionnelle établis par des organismes indépendants ou tout moyen de preuve équivalent ", le tribunal, en ne recherchant pas si les certificats produits par la société Wics Naval à l'appui de sa candidature ne comportaient pas des éléments relatifs aux moyens humains de l'entreprise de nature à révéler des choix stratégiques couverts par le secret des affaires, a commis une erreur de droit* » (CE, 22 Novembre 2022, n° 456554, "Shipping Audit Survey").
3. Un contrat organisant un système public de location et d'usage partagé de véhicules électriques est une concession de services dès lors que son titulaire se rémunère grâce aux recettes provenant, pour l'essentiel, des redevances versées par les utilisateurs de ce service et assume un risque lié à l'exploitation des services concédés (CJUE, 10 nov. 2022, aff. C-486/21, SHARENGO).
4. Présente un caractère administratif le contrat qui comporte une clause conférant à la personne publique, dans un but d'intérêt général, une prérogative de contrôle de son exécution telle qu'une obligation de suivi annuel des résultats du contrat collectif avec présentation de la solidarité et de la maîtrise financière à l'établissement souscripteur et aux collectivités mandantes et, d'autre part, par la production à l'établissement souscripteur, au terme d'une période de 3 ans, d'un rapport retraçant les opérations réalisées dans le cadre de la solidarité intergénérationnelle entre les adhérents ainsi que la couverture effective des plus âgés et des plus exposés aux risques (T. confl., 7 nov. 2022, n° 4252, Centre de gestion de la fonction publique territoriale du Gard c/ Groupement Interiale – Gras Savoye).
5. « *Aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 25 juillet 2015 relative aux marchés publics alors en vigueur : « Les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs* ». En vertu de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent

créer des sociétés publiques locales dont elles détiennent le capital et qui revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du code de commerce. La SPLANG a été créée sur le fondement de ces dispositions par la région Guyane et une communauté d'agglomération en 2012. Ainsi créée dans le cadre institué par le législateur pour permettre à une collectivité territoriale de transférer certaines missions à une personne morale de droit privé contrôlée par elle, la SPLANG ne peut être regardée comme une entité transparente. En attribuant à la société Marlink un marché de fournitures et de services relatif à la continuité opérationnelle des installations satellitaires et hertziennes dont elle assure la gestion, la SPLANG a agi en son nom et pour son propre compte. Par suite, le marché litigieux passé sur le fondement de cette ordonnance ne saurait présenter le caractère d'un contrat administratif par détermination de l'article 3 de celle-ci. Aucun autre principe ni aucune autre disposition n'est par ailleurs de nature à lui conférer un caractère administratif » (CE 14 février 2023, *Société Guyacom*, n° 460527).

6. Un ancien délégataire dispose d'un intérêt à agir contre la prolongation d'une concession, quand bien même il ne s'était pas présenté lors du renouvellement. Celle-ci est annulée par le biais de l'annulation du refus de résilier (recours SMPAT) au motif que l'avenant de prolongation a conduit à une augmentation de plus de 50 % du montant initial d'investissement et à une augmentation de 50 % de la durée du contrat, sans que la commune ne puisse justifier que cette économie du contrat n'ait pas été prévue dès le contrat initial (CAA Marseille, 28 nov. 2022, n° 20MA03656, *Sté Cathédrale d'Images*).
7. Une délégation de service public déficitaire dès la mise en service de l'ouvrage n'est pas, de ce seul fait, irrégulière. Aucune stipulation du contrat n'obligeant la collectivité publique à intervenir aux fins de maintenir l'équilibre financier du contrat et d'assurer une juste rémunération du délégataire, celle-ci n'a pas méconnu son obligation de loyauté contractuelle (CAA Nancy, 29 nov. 2022, n° 19NC02318).
8. Dans le cadre d'une procédure adaptée, l'acheteur entend négocier les éléments contenus dans les offres initiales, il doit, afin de ne pas rompre l'égalité de traitement des candidats, fixer un délai de remise des offres modifiées qui tienne compte de la complexité du besoin à satisfaire et des sujétions s'imposant à lui (CAA Toulouse, 8 nov. 2022, n° 21TL23426, *Sté Ogoxi-Ogoxe*).
9. Une personne publique ne peut invoquer l'illégalité des clauses de tacite reconduction afin d'obtenir que le litige soit réglé sur le terrain extra-contractuel : d'une part, les clauses litigieuses sont détachables et donc « sans incidence sur la légalité des contrats initiaux ; d'autre part, si la tacite-reconduction s'est effectuée en violation des règles de publicité et de mise en concurrence, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu notamment des montants des contrats en cause, cette irrégularité n'est pas d'une gravité telle que le litige ne puisse être réglé sur le terrain contractuel (CAA Lyon, 24 nov. 2022, n° 20LY03771).
10. L'indemnité d'imprévision est soumise à la TVA (www.economie.gouv.fr/daj/assujettissement-de-lindemnite-dimprevision-la-tva-dans-les-contrats-publics)