



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



## LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Janvier 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

<b>1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée</b> .....	2
1.1 Le principe d'interdiction des libéralités empêche aux parties de prévoir une indemnité de résiliation supérieure au préjudice (CE 16 décembre 2022, n°455186, <i>Société Grasse Vacances</i> , classé A)	2
1.2 Le refus de résilier un marché de travaux à la demande du titulaire pour ordre de service tardif doit faire l'objet d'un mémoire en réclamation (CE 29 décembre 2022, n° 458678, <i>Grand Port maritime de Marseille</i> , classé B).....	4
1.3 Le montant du préjudice lié aux désordres affectant un immeuble correspond aux frais que la collectivité territoriale doit engager pour les travaux de réfection et comprennent, en règle générale, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), nonobstant le mécanisme de compensation au titre du FCTVA (CE, Avis, 19 décembre 2022, n° 462156, <i>Commune de Pérols</i> , classé A). .....	6
1.4 Un rapporteur public ne peut prononcer des conclusions sur une affaire qu'il a eu à connaître en tant que médiateur ; le contrôle du juge de cassation sur la mise en œuvre de la jurisprudence <i>Région Haute-Normandie</i> reste limité (CE, 29 décembre 2022, n°459673, <i>Société Gemco</i> , classé B).....	7
1.5 La décision d'une commune de résilier une concession de distribution d'électricité à laquelle elle n'est pas partie est inexistante et il est possible de demander le sursis à exécution d'un jugement qui prononce cette inexistence (CE 29 décembre 2022, n° 463598, <i>Commune de Loos</i> , classé B) .....	9
<b>2. Brèves</b> .....	10

## 1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

---

### 1.1 Le principe d'interdiction des libéralités empêche aux parties de prévoir une indemnité de résiliation supérieure au préjudice (CE 16 décembre 2022, n°455186, *Société Grasse Vacances*, classé A)

La résiliation conventionnelle d'un bail emphytéotique pour l'établissement d'un village de vacances donne au Conseil d'Etat l'occasion, sur conclusions conformes de son rapporteur public Thomas Pez-Lavergne, de resserrer son contrôle sur les indemnités contractuellement prévues en cas de résiliation.

Jusqu'alors, en vertu de la jurisprudence *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* (CE, 4 mai 2011, n° 334280, concl. B. Dacosta, A), l'étendue et les modalités de l'indemnisation du cocontractant, en cas de résiliation d'un contrat administratif, pouvaient être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le cocontractant, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé.

Le contrôle du juge s'en tenait donc à celui d'une « disproportion manifeste », assez logique au regard de l'origine de l'interdiction des libéralités, qui empêche de condamner les personnes publiques à verser une somme dont il est établi qu'elles ne la doivent pas (CE, Section, du 19 mars 1971, n°79962, Mergui : « *le tribunal administratif de paris était tenu de refuser de condamner l'Etat a verser aux sieurs a... l'indemnité offerte par le ministre de l'intérieur aux requérants et acceptée par ceux-ci dans la mesure où il apparaissait que cette condamnation aurait obligé l'Etat a payer une indemnité calculée sans qu'en soit déduit le montant de loyers versés par le sieur x... aux sieurs a... et qui correspondait ainsi à une fraction de préjudice que les sieurs a... n'avaient pas subi* »).

On sait que cette logique Mergui est parfois poussée à l'extrême en pratique, et on peut craindre que l'arrêt commenté ne renforce cette tendance. En effet, le Conseil d'Etat juge désormais que « *Les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat* ». On passe donc du contrôle de la disproportion manifeste à celui de l'excédent du montant du préjudice.

Ce resserrement n'est pas justifié par le Conseil d'Etat mais il est intéressant de constater qu'il l'est par le rapporteur public au regard de la jurisprudence du...Conseil constitutionnel. Ce dernier estime que principe d'égalité devant les charges publiques ainsi que l'exigence de bon emploi des deniers publics ne seraient pas assurés « *si était allouée à des personnes privées une indemnisation excédant le montant de leur préjudice* » (Cons. const., Décision n° 2010-624 DC du 20 janvier 2011, Loi portant réforme de la représentation devant les cours d'appel, cons. 17 à 21 ; Décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, cons. 76 à 79 ; Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016, Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours

professionnels, cons. 15 à 17 ; Décision n° 2019-781 DC du 16 mai 2019, Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises, cons. 59 à 64).

On peut craindre d'ailleurs que ce resserrement ait un impact, en pratique, sur la notion de « concessions réciproques » dans le cadre de transactions, d'ailleurs évoquées par le rapporteur public : même si ce dernier estime que ce resserrement du contrôle sur les indemnités de résiliation ne remet pas en cause la jurisprudence existante en la matière (CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, n° 391840, B, fichée sur ce point), il indique qu'il faudra quand même vérifier que les concessions réciproques ne sont pas « excessives » et non plus « manifestement disproportionnées », tout en précisant qu'elles seront toujours appréciées « de manière globale » et non par chef de préjudice.

La suite de l'arrêt ne permet pas d'apprécier l'effet concret de cet ajustement, le Conseil d'Etat annulant l'arrêt de la CAA pour un autre motif : « *En refusant de tenir compte, pour déterminer si le montant de l'indemnité accordée par la commune au titre de la résiliation du contrat était excessif au regard du préjudice en résultant pour le cocontractant au titre du gain dont il a été privé, du prix qu'il pouvait tirer de la cession des droits qu'il tenait du bail, afin de retenir le plus élevé des deux montants correspondant soit au bénéfice escompté de l'exploitation du site pour la durée du contrat restant à courir soit à la valeur des droits issus du bail, la cour a commis une erreur de droit* ». Autrement dit, il fait droit à l'argument de la société requérante qui estimait que la cour n'avait retenu que le bénéfice que l'emphytéote pouvait raisonnablement escompter de l'exploitation du village de vacances pour la durée du contrat restant à courir alors qu'elle aurait dû tenir compte de la valeur locative du site. En effet, puisque le titulaire du bail emphytéotique a le choix entre exploiter lui-même le bien ou céder, sous réserve de l'accord de la commune, les droits réels qu'il tient du contrat, l'indemnité doit s'apprécier, s'agissant du gain manqué, par rapport à la perte de bénéfice causé par la fin anticipée du contrat dans l'hypothèse où l'emphytéote a fait le choix d'exploiter lui-même, ou bien par rapport à la perte de la valeur des droits réels qu'il ne peut plus céder pour la période restant à courir s'il l'a confié à un tiers. L'affaire est renvoyée à la Cour et il faudra attendre son arrêt pour apprécier la portée du resserrement.

L'arrêt est aussi intéressant sur d'autres points. Le juge se reconnaît implicitement compétent alors que le bail datait de 1966 et n'était donc pas administratif en vertu de la loi. Le recours portant sur la délibération du conseil municipal approuvant la décision de résiliation d'une convention d'occupation du d'un bien du domaine privé de la commune, le juge administratif est compétent dans la mesure où était attaquée par un tiers, le juge judiciaire n'étant compétent qu'en cas de recours de l'occupant du domaine privé contre une décision prise à son égard (TC, 22 novembre 2010, SARL Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims, n° 3764, A). Il s'agit donc d'une extension de la jurisprudence *Commune de Valbonne* (CE, 7 mars 2019, n° 417629, A). Dans cette dernière affaire, le Conseil d'Etat avait jugé que « *si la contestation par une personne privée de l'acte, délibération ou décision du maire, par lequel une commune ou son représentant, gestionnaire du domaine privé, initie avec cette personne, conduit ou termine une relation contractuelle dont l'objet est la valorisation ou la protection de ce domaine et qui n'affecte ni son périmètre ni sa consistance relève de la compétence du juge judiciaire, la juridiction administrative est, contrairement à ce que soutient la commune de Valbonne, compétente pour connaître de la demande formée par un tiers tendant à l'annulation de la délibération d'un conseil municipal autorisant la conclusion d'une convention ayant pour objet la mise à disposition d'une dépendance du domaine privé communal et*

*de la décision du maire de la signer* ». On voit donc que le recours contre la délibération approuvant la décision de mettre fin à une occupation du domaine privé relève du juge administratif.

N'étant pas un contrat administratif, le Conseil d'Etat n'a pas eu à trancher le fait de savoir si ce type de recours pour excès de pouvoir devait être transformé en recours de plein contentieux, comme cela a été fait pour le recours d'un tiers contre une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution d'un contrat administratif (CE Section 30 juin 2017, SMPAT, n° 398445, A), autrement dit si la jurisprudence TV6 devait être revisitée (CE Ass. 2 février 1987, Société TV6, n° 81131, A). Le rapporteur public indiquait, pour conclure au caractère privé du contrat, que « *Les clauses du bail, même si elles prévoient que l'établissement du village de vacances contribuera au développement du tourisme local, ne nous semblent pas véritablement imposer des obligations de service public au preneur* », ce qui va dans le sens de l'interprétation assez strict des clauses qui implique un régime exorbitant du droit commun, illustrée ailleurs (CE 20 juillet 2022, n°759616).

### **1.2 Le refus de résilier un marché de travaux à la demande du titulaire pour ordre de service tardif doit faire l'objet d'un mémoire en réclamation (CE 29 décembre 2022, n° 458678, *Grand Port maritime de Marseille*, classé B)**

L'affaire est assez complexe et avait déjà fait l'occasion d'une cassation, le Conseil d'Etat ayant annulé un précédent arrêt de la CAA de Marseille (CE, 3 février 2021, n° 442844). La cour avait initialement estimé que la formalité de réclamation préalable de l'article 50.1 du CCAG travaux de 2009 n'était pas substantielle dans les circonstances très particulières de l'espèce où était également en jeu l'article 46.2.1 du CCAG Travaux de 2009. Le Conseil d'Etat avait jugé que la cour aurait dû trancher la question de savoir si, en cas de refus de résiliation à la suite d'une demande en ce sens du titulaire pour ordre de service tardif, le recours contre ce refus devait être précédé du mémoire en réclamation prévu alors à l'article 50.1 du CCAG travaux (art. 55.1 dans le CCAG 2021). La cour, sur renvoi, avait répondu par la négative, estimant que l'article 46.2.1 dérogeait à la procédure prévue à l'article 50.1. Le Conseil d'Etat juge ici l'inverse, estimant que les deux doivent se combiner.

Il est vrai qu'on pouvait hésiter. Selon l'article 46.2.1 (devenu 50.2.1 dans le CCAG 2021), « *Dans le cas où le marché prévoit que les travaux doivent commencer sur un ordre de service intervenant après la notification du marché, si cet ordre de service n'a pas été notifié dans le délai fixé par le marché ou, à défaut d'un tel délai, dans les six mois suivant la notification du marché, le titulaire peut (...) demander, par écrit, la résiliation du marché. / Lorsque la résiliation est demandée par le titulaire en application du présent article, elle ne peut lui être refusée / Si, ayant reçu l'ordre de commencer les travaux, le titulaire n'a pas, dans un délai de quinze jours, refusé d'exécuter cet ordre et proposé une nouvelle date de commencement ou demandé la résiliation du marché, il est réputé, par son silence, avoir accepté d'exécuter les prestations aux conditions initiales du marché (...)* ». L'article 50.1.1 du CCAG Travaux stipulait : « *Si un différend survient entre le titulaire et le maître d'oeuvre, sous la forme de réserves faites à un ordre de service ou sous toute autre forme, ou entre le titulaire et le représentant du pouvoir adjudicateur, le titulaire rédige un mémoire en réclamation. / Dans son mémoire en réclamation, le*

*titulaire expose les motifs de son différend, indique, le cas échéant, les montants de ses réclamations et fournit les justifications nécessaires correspondant à ces montants. Il transmet son mémoire au représentant du pouvoir adjudicateur et en adresse copie au maître d'oeuvre (...) ».* On pouvait estimer que cet article visait les cas de réclamation financière suite à des ordres de services, lesquels ne peuvent faire l'objet de recours en annulation, alors que le refus de résilier peut faire l'objet d'un tel recours en vertu de la jurisprudence Béziers 2. En outre, que signifie de faire un mémoire en réclamation quand la résiliation est de droit ? Le Conseil d'Etat confirme néanmoins son interprétation *lato sensu* du champ d'application de l'exigence de mémoire en réclamation et estime qu'il fallait le déposer en l'espèce : « *lorsqu'intervient, au cours de l'exécution d'un marché, un différend entre le titulaire et l'acheteur, résultant d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque émanant de ce dernier et faisant apparaître le désaccord, le titulaire doit présenter, dans le délai qu'elles prescrivent, un mémoire en réclamation, à peine d'irrecevabilité de la saisine du juge du contrat* », formulation du « différend » qui n'avait été adoptée qu'à une occasion par le passé à propos d'un marché de fourniture (CE 27 novembre 2019, n°422600, sociétés SMA Propreté, SMA Environnement et SMA Vautubière).

L'arrêt commenté s'inscrit ainsi dans la lignée de ce qu'il avait jugé, par exemple, en l'absence d'un « décompte de liquidation » à la suite d'une résiliation à l'initiative de l'acheteur, imposant la formalité du mémoire en réclamation préalablement à la saisine du juge (CE, 31 mai 2010, Office public de l'habitat de la communauté urbaine de Strasbourg, n° 313184, aux Tables).

Le Conseil d'Etat se montre en revanche plus flexible quant à la mise en œuvre en l'espèce de cette obligation. Il juge ainsi que le mémoire en réclamation contestant le refus de résilier, que la société avait quand même adressé au maître d'ouvrage, avait bien été adressé au maître d'œuvre conformément à l'article 50.1.1 du CCAG travaux. Les conclusions nous apprennent qu'il s'est contenté d'un simple accusé de réception scanné, alors même que l'adresse portée par l'accusé de réception était très abîmée, mais qu'on pouvait en déduire que cela correspondait à l'adresse du maître d'œuvre.

L'arrêt se prononce ensuite sur la demande d'indemnités liée aux frais engagés et confirme le raisonnement de la cour selon lequel, dans certaines circonstances, le titulaire peut demander davantage que les frais de préparation du chantier. Les conclusions précisent que tel était le cas : les dépenses dont la cour a considéré qu'elles étaient nécessaires sont toutes étroitement reliées au chantier et constituent bien la mobilisation de moyens nécessaires à l'exécution du marché, tels que la location d'engins divers, parfois spécialisés comme des barges, et alors même que « *la somme accordée représente une part importante du montant du marché, la défense expos[ant] que cela s'explique par le fait que le retard pris à démarrer le chantier correspond à la durée du chantier qui était initialement prévue* ». En l'occurrence cela correspond tout de même à 715 000 euros, soit 43 % du montant du marché.

Enfin, la rapporteure publique avançait un autre élément, non repris par l'arrêt, concernant une possible extension de la jurisprudence *Société Grenke Location* au cas de refus de résilier suite à la demande du titulaire, alors que, dans *Grenke Location*, était en cause une décision de résiliation du titulaire en application d'une clause (CE, 8 octobre 2014, n° 370644, au Recueil). Pour Cécile Raquin, le fait que le CCAG prévoit une résiliation de plein droit ne fait pas obstacle à la transposition de cette jurisprudence à l'espèce. Autrement dit, selon elle, la personne publique aurait toujours la possibilité de refuser cette

résiliation pour un motif d'intérêt général, qui était toutefois absent en l'espèce, le Conseil d'Etat n'ayant donc pas souhaité poser un *obiter dictum*.

**1.3 Le montant du préjudice lié aux désordres affectant un immeuble correspond aux frais que la collectivité territoriale doit engager pour les travaux de réfection et comprennent, en règle générale, la taxe sur la valeur ajoutée (TVA), nonobstant le mécanisme de compensation au titre du FCTVA (CE, Avis, 19 décembre 2022, n° 462156, Commune de Pérols, classé A).**

Cette question avait été tranchée par le passé, le Conseil d'Etat ayant estimé que la circonstance que les collectivités locales bénéficient du FCTVA ne faisait pas obstacle à ce que la TVA grevant les travaux de réfection d'un immeuble soit incluse dans le montant de l'indemnité due par des constructeurs à une collectivité (CE, Section, 19 avril 1991, SARL Cartigny, n° 109322, p. 163). Mais la CAA de Marseille a voulu tester le bien-fondé du maintien de cette jurisprudence compte tenu de son ancienneté et de l'évolution du fonds de compensation pour le TVA dont bénéficient ces collectivités et le Conseil d'Etat a admis la triple condition, posée par l'article L. 113-1 du CJA, de nouveauté, de difficulté sérieuse et de fréquence des litiges justifiant la recevabilité de cet demande d'avis contentieux.

On doit indiquer au préalable que le principe, en la matière, est que l'indemnité versée par un constructeur à un maître d'ouvrage doit inclure la TVA lorsque celui-ci en supporte la charge définitive, la preuve de son assujettissement lui incombant (CE, Section, 29 janvier 1982, SA des docks lorrains, n° 13690, p. 44, solution réaffirmée par CE 5 juillet 2017, Société Degremont France, n° 400571).

Si, dans l'arrêt de 1991, le Conseil d'Etat s'était exclusivement fondé sur le fait que le FCTVA ne modifiait pas le régime fiscal des opérations des collectivités pour en déduire que la TVA pouvait être incluse dans le montant de l'indemnité due par les constructeurs, le commissaire du gouvernement ajoutait deux séries de considérations : d'une part, le remboursement de la TVA par le fonds n'était ni intégral ni certain et, d'autre part, ce remboursement était soumis à de longs délais.

22 ans plus tard, le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil estime que ces trois arguments perdurent. Le premier tient tout simplement au fait que, aujourd'hui comme hier, « *la nature du mécanisme mis en œuvre s'apparente plus (...) à un système de subvention aux collectivités locales qu'au mécanisme fiscal de déductibilité de la TVA acquittée sur celle perçue* » comme l'avait dit le commissaire du gouvernement à l'époque. Mais le rapporteur public va plus loin en estimant que la qualification fiscale ne dicte pas nécessairement la réponse à la question puisque, « *ce qui importe en ce domaine, ce n'est pas tant de savoir si la TVA est déductible par la collectivité locale, mais si elle en supporte la charge définitive en vertu de la loi, ce qui permet de caractériser, ou pas, un enrichissement sans cause* ». Il est vrai que le délai de remboursement s'est amélioré mais ce qui importe le plus aux yeux du rapporteur public est le caractère certain et intégral du remboursement. Certes, depuis 2001, il existe un taux de remboursement forfaitaire fixé par la loi qui s'élève, depuis 2015 à 16,404% (20 % de TVA moins la part de la TVA qui est versée au budget de l'Union européenne). Mais le mode de calcul n'étant « *pas directement corrélé au montant de la taxe, la TVA effectivement et définitivement à la charge de chaque collectivité territoriale n'est toujours pas intégralement « remboursée* ». Le système est même sans doute un peu moins généreux pour les collectivités territoriales qu'en 1991 puisque la part de la TVA destinée au budget de l'UE n'est plus prise



*en compte* ». Le rapporteur public ajoute d'autres arguments, dont un lié à la difficulté technique qu'il y aurait à calculer le remboursement effectif du fait de l'existence de taux inférieur au taux de 20%.

Au final, le Conseil d'Etat confirme sa position de 1991, en s'en tenant à l'argument, un peu formel, selon lequel « *si le fonds de compensation pour la taxe sur la valeur ajoutée vise à compenser la taxe sur la valeur ajoutée acquittée par les collectivités territoriales notamment sur leurs dépenses d'investissement, il ne modifie pas le régime fiscal des opérations de ces collectivités* », formulation déjà présente dans des termes similaires en 1991. On ne peut exclure toutefois que, dans certains cas, une certaine forme d'enrichissement sans cause de la collectivité soit réalisée...

#### **1.4 Un rapporteur public ne peut prononcer des conclusions sur une affaire qu'il a eu à connaître en tant que médiateur ; le contrôle du juge de cassation sur la mise en œuvre de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* reste limité (CE, 29 décembre 2022, n°459673, *Société Gemco*, classé B)**

Le classement de cet arrêt en B concerne que le premier apport de l'arrêt mais le deuxième n'en est pas moins intéressant.

Sur le premier point, la solution restrictive adoptée par le Conseil d'Etat pouvait être discutée. D'une part, le rôle d'un médiateur n'est pas forcément celui d'une personne qui prend parti comme le ferait un arbitre, qui a procédé à une sorte de « pré-jugement » de l'affaire. Il est vrai, cependant, que les textes ont renforcé récemment son rôle. En vertu de l'article 22-1 de la loi n° 95-125 du 8 février 1995, la conciliation ressortit au rôle des juridictions, le conciliateur pouvant être un membre de la formation de jugement à condition qu'il soit impartial, ce qui n'est pas le cas si l'un des membres de la formation de jugement, menant une tentative de conciliation, indique quels seraient, en cas d'échec de celle-ci, certains des éléments de la décision qui serait adoptée » (Cass., 2e civ., 15 mars 2012, n° 11-01.194, Bull.).

Mais la conciliation « juridictionnelle » n'existe plus devant le juge administratif depuis l'introduction de la nouvelle procédure de médiation par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale. La médiation peut intervenir à l'initiative des parties (articles L. 213-5 à L. 213-6 CJA) ou à l'initiative du juge (articles L. 213-7 à L. 213-10 CJA), mais toujours avec l'accord des parties. La charte de déontologie de la juridiction administrative estime que des magistrats en activité peuvent, à titre d'activités accessoires, assumer de telles missions sous réserve d'y être autorisés, selon le cas, par le vice-président du Conseil d'Etat ou le chef de juridiction et que ces missions « *n'interfèrent pas avec les attributions juridictionnelles des intéressés* » et, bien sûr, qu'il intervienne dans des conditions impartiales.

En outre, le rapporteur public ne participe pas, devant les juridictions de fond, au délibéré, et s'il y participe devant le Conseil d'Etat, sauf récusation, il ne prend pas part au vote. Mais s'il ne fait pas partie de la formation de jugement, il doit néanmoins respecter l'impartialité. De ce fait, il a été jugé que le rapporteur public ayant eu à connaître d'une affaire en raison de sa participation à une commission administrative ne peut conclure sur le litige devant la juridiction à laquelle il appartient (CE, 24 octobre 1997, EA..., n° 165516, aux Tables) et que s'il s'est prononcé publiquement à l'occasion d'un jugement

avant dire droit il ne peut ensuite participer à la formation statuant au fond (CE, 22 juin 1928, Elections de Limoux, au Recueil p. 780).

Bien que la médiation soit extérieure à la juridiction, contrairement à la conciliation juridictionnelle, la rapporteure publique Cécile Raquin estimait que *« même si le rapporteur public a très bien pu n'exprimer aucune opinion ou appréciation personnelle sur le litige opposant les parties, on ne peut exclure que des éléments dont il a eu connaissance au stade de la médiation aient eu une incidence sur le sens de ses conclusions dans la phase juridictionnelle qui a suivi l'arrêt de cette procédure. C'est en ce sens que son impartialité peut être mise en cause. Pour ne pas tomber sous la critique d'une forme de « pré-jugement », le rapporteur public ne doit pas avoir sur le litige une conviction déjà formée sur laquelle il ne pourrait revenir. Et même lorsque son opinion n'est pas connue en l'absence de prise de position publique, deux éléments entrent en compte pour apprécier son impartialité : la capacité effective à faire abstraction de l'avis qu'il peut s'être formé en tant que médiateur, mais aussi la crédibilité de cette possibilité aux yeux du justiciable, ce qui rejoint la théorie des apparences »*. Elle a donc convaincu le Conseil d'Etat d'interdire au rapporteur public de prononcer des conclusions alors qu'il était intervenu comme médiateur dans le même litige.

Sur le second point, le Conseil d'Etat valide le raisonnement de la Cour en estimant qu'elle n'a pas commis de dénaturation des faits ou d'erreur de droit en rejetant toute faute de la commune qui serait à l'origine de l'allongement de la durée du chantier. En premier lieu, la CAA a eu raison d'estimer que la société n'établissait pas l'existence d'un lien de causalité entre la faute résultant, selon cette société, du choix par le pouvoir adjudicateur du lieu d'implantation de la base technique et le préjudice qu'elle estimait avoir subi de ce fait.

En deuxième lieu, il n'est pas établi que l'imprécision dans la caractérisation par la personne publique de la nature des sédiments à extraire aurait entraîné des retards, contrairement aux surcoûts d'adaptation des équipements de dragage liés aux particularités des sédiments à extraire.

En troisième et dernier lieu, la CAA a pu estimer que les défauts de conception des pièces contractuelles n'avaient pas eu de répercussion sur les délais ou les modalités d'exécution des travaux. Elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit *« en se fondant, pour établir la non-conformité de l'ouvrage aux prescriptions du marché, sur des relevés qui n'ont pas été réalisés de manière contradictoire et selon une norme différente de celle prévue au contrat, aucune de ces caractéristiques n'étant, en l'espèce, de nature à empêcher la cour d'en tenir compte dans le cadre de son appréciation souveraine des faits, qui est exempte de dénaturation. Par ailleurs, contrairement à ce qui est soutenu, la cour n'a fait aucun lien entre l'imprudence dont elle a estimé que la société GEMCO avait fait preuve en immobilisant son matériel sur le chantier pendant 7 mois après l'arrêt des travaux, circonstance relevée au demeurant par la cour à titre surabondant, et la conformité des travaux. La cour n'a, enfin, pas dénaturé les faits en estimant, au regard notamment de ses constatations sur les deux premiers points, et à supposer même que les travaux en litige répondraient aux attentes de la province Nord, qu'ils n'étaient pas conformes aux prescriptions contractuelles et que, par suite, c'était à bon droit que la Province Nord avait refusé d'en prononcer la réception »*.

Comme prévu, l'établissement d'éventuelles fautes du maître d'ouvrage public en application de la jurisprudence Haute-Normandie s'avère, à l'usage, compliqué, malgré les précisions apportées par l'arrêt Tonin (CE 12 novembre 2015, n°384716).



### **1.5 La décision d'une commune de résilier une concession de distribution d'électricité à laquelle elle n'est pas partie est inexistante et il est possible de demander le sursis à exécution d'un jugement qui prononce cette inexistence (CE 29 décembre 2022, n° 463598, Commune de Loos, classé B)**

L'illégalité de la décision d'une commune de résilier une concession à l'égard de laquelle elle est tiers ne faisait aucun doute, en dépit du contexte particulier : la commune était légalement distributrice du réseau basse tension et du réseau moyenne tension sur une zone d'activité, Enedis étant concessionnaire de distribution du reste du réseau moyenne depuis fort longtemps.

Mais ce qui est plus intéressant est la qualification retenue et les conséquences contentieuses. Le Conseil d'Etat estime être en présence d'un acte juridique inexistant, dont le régime a été précisé, s'agissant du délai de recours, par l'arrêt Rosan Girard (CE, Assemblée, 31 mai 1957, au Recueil, p. 355) : pour un acte juridiquement inexistant, le constat de cette inexistence peut être fait à tout moment par le juge et le recours n'est donc pas enfermé dans le délai de deux mois du recours pour excès de pouvoir. La question restait posée de savoir si ce recours devait être considéré comme distinct du recours pour excès de pouvoir ou bien comme assimilable à ce dernier. Du reste, le Conseil d'Etat a adopté la seconde branche de l'alternative s'agissant du référé-suspension (CE, 26 janvier 2007, n° 297969, Commune de Neuville-sur-Escaut, aux Tables).

A s'en tenir aux termes de l'article R. 811-15 du CJA relatif au sursis à exécution de jugement, c'est bien l'annulation qui est visée : « *Lorsqu'il est fait appel d'un jugement de tribunal administratif prononçant l'annulation d'une décision administrative, la juridiction d'appel peut, à la demande de l'appelant, ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de ce jugement si les moyens invoqués par l'appelant paraissent, en l'état de l'instruction, sérieux et de nature à justifier, outre l'annulation ou la réformation du jugement attaqué, le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par ce jugement* ». Mais, déjà, le Conseil d'Etat a adopté une interprétation large de la notion d'« annulation d'une décision administrative » en l'appliquant à un jugement prononçant l'annulation totale ou partielle d'un contrat sur recours de tiers ainsi que sa résiliation (CE, 11 mars 2009, Société Meuse Compost, n° 314788, aux Tables).

Combinant ces deux veines jurisprudentielles libérales, le Conseil d'Etat en conclut que la présidente de la CAA a commis une erreur de droit en jugeant irrecevable la demande de sursis à exécution de jugement. Mais il applique ensuite la jurisprudence des Laboratoires Servier (CE, 30 décembre 2015, Société Les Laboratoires Servier, n° 372230, au Recueil) : il n'annule pas l'ordonnance s'il n'existe aucun moyen sérieux et de nature à justifier l'annulation du jugement. Or tel est bien le cas en l'espèce, d'après l'arrêt mais que seules les conclusions permettent d'entrevoir. D'une part, le moyen tiré de ce que le tribunal aurait qualifié à tort la décision d'inexistante est nouveau en cassation, d'autre part, le tribunal n'aurait pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en jugeant que les concessions de distribution au profit d'Enedis (ou plus exactement d'EDF à qui Enedis s'est substitué) avaient été tacitement prorogées en 1943 et 1946. Il est vrai que le juge de cassation intervenant sur une demande de sursis à exécution de jugement est le juge de l'évidence : il exerce un contrôle limité à l'erreur de droit manifeste et à la dénaturation des pièces du dossier, analogue à celui qui est pratiqué en matière de référé-suspension (CE, 12 mars 2007, Association « Vivre à Ferney » et autres, n° 277452, aux Tables).

## 2. Brèves

---

1. La dispense de procédure de publicité et de mise en concurrence préalables pour les marchés publics de travaux dont la valeur estimée est inférieure à 100 000 euros hors taxes est prorogée jusqu'au 31 décembre 2024 ; le montant minimum de l'avance versée au titulaire pour les marchés de l'Etat conclus avec des PME est relevé de 20 à 30 % et les règles supplétives de remboursement des avances afin de garantir aux titulaires un rythme de remboursement mieux échelonné sont précisées, tenant compte du montant de l'avance accordée et de l'état d'avancement de l'exécution du marché. Le dépassement des engagements du maître d'œuvre sur le coût prévisionnel des travaux ou le coût résultant des marchés de travaux ne peut conduire à le pénaliser que si ce dépassement lui est imputable. Les candidats peuvent transmettre une copie de sauvegarde de leur offre par voie dématérialisée, par exemple via une plateforme cloud. Ces modalités, notamment les exigences techniques et de sécurité, seront précisées dans un arrêté à venir. Les mesures d'application de l'article 19 de l'ordonnance n°2022-1336 du 19 octobre 2022 qui crée un nouveau cas de réservation des marchés publics et des contrats de concession pour les entreprises implantées en milieu pénitentiaire et employant des personnes détenues sont adoptées, 50 % la part minimale de personnes détenues devant être employées dans ce cadre (Décret n°2022-1683 du 28 décembre 2022 portant diverses modifications du code de la commande publique et arrêté du 29 décembre 2022 (NOR : ECOM2234957A) modifiant les CCAG en conséquence).
2. La notion d'offre indument avantageuse est introduite en droit européen comme étant celle qui inclut une subvention étrangère faussant le marché. Une subvention étrangère « *est réputée exister lorsqu'un pays tiers octroie, directement ou indirectement, une contribution financière qui confère un avantage à une entreprise exerçant une activité économique dans le marché intérieur et qui est limitée, en droit ou en fait, à une ou plusieurs entreprises ou à un ou plusieurs secteurs* » (art. 3). Mais les subventions inférieures au seuil de minimis des aides d'Etat (actuellement 200 000 euros) ne faussent pas le marché et celles inférieures à 4 millions d'euros sur trois ans sont peu susceptibles de fausser le marché (art. 4). Le règlement prévoit surtout un contrôle des subventions étrangères par la Commission et une obligation de notification préalable pour les opérateurs économiques qui en bénéficient (article 29). La seule obligation pour les autorités contractantes consiste dans l'obligation d'indiquer, dans l'avis de marché ou de concession ou, en cas de procédure sans publication préalable, dans les documents de marché ou de concession, que les opérateurs économiques sont soumis à l'obligation de notification. Par ailleurs, l'article 41.3 dispose que « *le pouvoir adjudicateur concerné ou l'entité adjudicatrice concernée est destinataire des décisions adoptées en vertu de l'article 29, paragraphe 4, et de l'article 31, paragraphe 2. La Commission fournit une copie de cette décision à l'opérateur économique auquel l'attribution du marché ou de la concession est interdite* » (RÈGLEMENT (UE) 2022/2560 du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur).
3. Les stipulations de la convention collective nationale des entreprises de propreté et services associés du 26 juillet 2011 prévoient que lorsqu'un marché détenu par une seule entreprise a été attribué, à la suite d'un nouvel appel d'offre comportant plusieurs lots, à plusieurs prestataires, la condition posée pour le bénéfice de la garantie d'emploi tenant à ce que les salariés relevant de l'un des deux premiers échelons du niveau agent de maîtrise exploitation de la classification nationale des emplois soient affectés exclusivement sur le marché concerné s'apprécie par

rapport au marché initial, et non par rapport au nouveau marché. La circonstance que, dans une telle hypothèse, le périmètre d'activité d'un salarié affecté exclusivement sur le marché initial se trouve réparti entre plusieurs lots du nouveau marché attribués à des prestataires différents ne fait ainsi, en principe, pas obstacle à l'obligation pour ces prestataires d'assurer, chacun pour sa part, la continuité de son contrat de travail (CE, 27 décembre 2022, n° 453709, Société Vega Conseil Sécurité, classé B).

4. *« Une transaction est, en principe, un contrat de nature civile et son homologation comme les litiges nés de son exécution relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire, hormis le cas où elle a pour objet le règlement ou la prévention de différends pour le jugement desquels la juridiction administrative est principalement compétente. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la convention tripartite signée le 17 décembre 2017 entre sept conseillers municipaux, la commune et la société Bouygues Immobilier, a été signée pour mettre fin à un différend opposant la commune à ces élus, et qu'en contrepartie du désistement de l'action introduite par ces derniers, la commune a accepté de revoir son projet initial, en exigeant de Bouygues un prix de vente supérieur pour les parcelles concernées. En jugeant que cette convention était une transaction au sens du code civil, la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt, a porté sur les stipulations de cette convention une appréciation souveraine exempte de dénaturation et a donné de ce contrat une exacte qualification juridique. En revanche, dès lors que cette transaction avait pour objet d'obtenir des élus signataires le désistement de leur recours contre la délibération du 12 juin 2006, litige qui ressort principalement de la compétence du juge administratif, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en jugeant que la juridiction administrative n'était pas compétente pour connaître du litige né de son exécution. Mme L... est dès lors fondée à demander, dans cette mesure, l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque »* (CE 24 novembre 2022, n°442796).
5. La qualification d'accords entre candidats en vue de fausser la concurrence, dont des indices suffisamment plausibles fondent le pouvoir adjudicateur à écarter les offres (Dir. 2014/24/UE, art. 57, § 4, d). – CCP, art. L. 2141-9), a « une portée plus large » que la notion d'entente au sens de l'article 101 TFUE (pt 48) car la finalité de préservation de l'ordre public économique est plus restrictive que la finalité plus subjective du motif d'exclusion facultatif permettant d'exclure « les soumissionnaires non fiables avec lesquels ils ne pourraient pas entretenir une relation de confiance ». Le seul dénominateur commun consiste en une « convergence de volontés d'au moins deux opérateurs économiques », ce qui n'est pas le cas d'un commerçant soumettant deux offres, l'une en son nom propre et l'autre au nom de la société dont il est le gérant et l'unique associé. Dans le cas de soumissionnaires liés, le principe d'égalité de traitement [...] serait violé s'il était admis que ces soumissionnaires puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer des avantages injustifiés au regard des autres. Mais l'exclusion ne peut être prononcée que s'il est établi que les liens entre les soumissionnaires « ont eu une influence sur le contenu de leurs offres présentées dans le cadre d'une même procédure » (CJUE, 15 sept. 2022, aff. C-416/21, Landkreis Aichach-Friedberg c/ J. Sch. Omnibusunternehmen et K. Reisen GmbH).
6. Le fait que l'entreprise attributaire du lot n° 2 a déclaré en qualité de sous-traitante l'entreprise attributaire des lots 1 et 3 ne suffit pas à caractériser une entente anticoncurrentielle, alors même que la société attributaire du lot n° 2 « a proposé, pour chacune de ses offres, un prix prenant en

compte la mutualisation des coûts induits par l'exécution des prestations des trois lots litigieux » (CAA Paris, 6 oct. 2022, n° 20PA00296, Sté Europe Services Déchets (ESD)).

7. Le principe de proportionnalité s'oppose à une réglementation nationale qui impose au pouvoir adjudicateur de mettre fin à une procédure de passation de marché public lorsque, en cas de retrait du soumissionnaire initialement retenu pour avoir déposé l'offre économiquement la plus avantageuse, le soumissionnaire ayant déposé l'offre suivante économiquement la plus avantageuse constitue avec ce dernier un opérateur économique unique. En effet, même si ce retrait, dans ce contexte, peut constituer un indice d'une entente, un rejet systématique ne permet pas aux concurrents d'apporter la preuve du caractère indépendant de leurs offres (CJUE 8 décembre 2022, C-769/21, AAS « BTA Baltic Insurance Company »).
8. Le principe de protection de la confiance légitime ne s'oppose pas, en principe, à une législation nationale qui réduit temporairement la rémunération des concessionnaires stipulée dans des conventions conclues avec l'État, sauf s'il apparaît, au regard de l'ampleur de l'impact de cette réduction sur la rentabilité des investissements effectués par les concessionnaires et à la soudaineté et au caractère imprévisible de cette mesure, que le temps nécessaire pour s'adapter à cette nouvelle situation n'a pas été laissé auxdits concessionnaires (CJUE, 22 sept. 2022, aff. C-475/20 à C-482/20, Admiral Gaming Network Srl et a.).
9. La perte de confiance entre les parties, dès lors qu'elle fait obstacle à la poursuite de l'exécution du marché, constitue un motif d'intérêt général justifiant sa résiliation. En l'espèce, « *les échanges de courriers susmentionnés entre le GPMG et la société AXS Ingénierie, notamment celui du 14 août 2018, indiquant qu'« il est regrettable qu'AXS n'ait pu produire un rapport de visite pour le candidat KAK, à l'instar de celui du 08/12/17 relatif à la visite du candidat AES-DINSON. Ce rapport apparaît à charge contre ce candidat, sans qu'aucune expertise similaire n'ait été effectuée chez le second candidat. () Ces erreurs et lacunes répétées au mépris d'une approche impartiale ont conduit à une perte de confiance en votre objectivité attendue de plus en plus profonde au niveau de la maîtrise d'ouvrage et de l'assistance à maîtrise d'ouvrage. »*, et le fait que le GPMG ait diligenté la société StratéBord pour rendre un avis sur l'exécution par le groupement d'AXS Ingénierie de sa mission de contrôle technique et réglementaire, témoignent alors d'une profonde détérioration des relations contractuelles, née d'une perte de confiance entre les parties faisant obstacle à la poursuite du contrat, et ont justifié par suite la résiliation unilatérale, pour ce motif, du marché en cause » (CAA Bordeaux, 11 oct. 2022, n° 21BX02814, Sté AXS Ingénierie).
10. L'obligation, prévue par le CCAG-Travaux de 2009, de récapituler dans le dernier article du CCAP les dérogations que ce dernier lui apporte, n'est pas prescrite à peine de nullité de ces dérogations (CAA Versailles, 13 oct. 2022, n° 20VE03143, Sté Axima Concept).
11. Une sous-filiale d'EDF ayant pour activité la conception, la construction et l'exploitation de centrales de production d'énergie électrique et la fourniture de vapeur n'a pas à respecter, dans l'attribution de ses contrats, les obligations de publicité et de mise en concurrence incombant aux entités adjudicatrices alors même qu'elle est une entreprise publique au sens du droit de l'Union européenne (Dir. 2014/25/UE, 26 avr. 2014, art. 4, § 2), dès lors qu'aucune des activités de cette entreprise n'est une activité d'exploitation de réseau (Cass. com., 19 oct. 2022, n° 19-24.007).