

LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Juillet 2022

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 Le contrat de participation à l'exercice des missions de service public hospitalier est un vrai contrat ; une clause illicite peut être écartée unilatéralement par la personne publique mais pas annulée (CE 13 juin 2022 n° 453769 et 453770, <i>Centre hospitalier d'Ajaccio</i> , classé B).....	2
1.2 Un accord-cadre « multi-attributaires » peut n'être résilié qu'avec un des attributaires et ce dernier ne peut alors contester par la voie du référé contractuel l'attribution de nouveaux marchés subséquents aux autres titulaires (CE 3 juin 2022, n°462256, <i>Collectivité européenne d'Alsace</i> , classé B)	3
1.3 Une méthode fondée sur la déduction du prix des prestations à la fois du surcoût supporté par la personne publique à la suite d'une entente anticoncurrentielle et de la marge bénéficiaire de l'entreprise ne saurait être retenue (CE 17 juin 2022, n° 454189, <i>Société Lacroix City Saint-Herblain</i> , classé B).....	4
1.4 Le fait de se référer aux dispositions relatives aux offres dans les marchés publics au lieu de celles relatives aux candidatures dans les concessions n'entache pas toujours une ordonnance d'irrégularité ; l'autorité concédante doit rejeter comme tardive une candidature déposée hors délai même si un des deux liens internet permettant de déposer sa candidature était défectueux (CE 3 juin 2022, n°461899, <i>Société SAUR</i>)	6
1.5 Si la preuve des sujétions imprévues et des travaux indispensables incombe au titulaire du marché, le juge peut se fonder sur certaines circonstances pour conclure à leur existence voire pour renverser la charge de la preuve (CE 10 juin 2022, n°451334, <i>Société voirie assainissement travaux publics</i>)	7
2. Brèves	8

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 Le contrat de participation à l'exercice des missions de service public hospitalier est un vrai contrat ; une clause illicite peut être écartée unilatéralement par la personne publique mais pas annulée (CE 13 juin 2022 n° 453769 et 453770, *Centre hospitalier d'Ajaccio*, classé B)

Le premier apport de l'arrêt est de revenir sur la difficulté qu'il peut exister parfois à considérer que ce qui est dénommé « contrat » ou « convention » est de nature véritablement contractuelle. La CAA de Marseille avait en effet considéré que le titre de recettes émis par le centre hospitalier à l'égard d'un médecin exerçant à l'hôpital était illégal car les praticiens autorisés à exercer une activité libérale sont placés, vis-à-vis de l'administration, dans une situation réglementaire et non contractuelle, et que l'administration ne pouvait retirer la décision fixant la redevance au-delà du délai de 4 mois. Le Conseil d'Etat annule l'arrêt sur ce point puisqu'il considère que la convention en cause était vraiment de nature contractuelle car elle prévoyait l'emploi d'un médecin sans pour autant que trouvent à s'appliquer les dispositions de l'article L. 6154-1 du code de la santé publique. En effet, cet article vise l'activité libérale exercée par des médecins statutaires à temps plein qui, même s'ils n'ont pas, dans le cadre de cette activité, le statut d'agents publics, ne sont pas pour autant dans une relation contractuelle (CE, 10 janvier 2002, M. R..., n°222967, 222967, 223073, B). Cette possibilité, créée en 1958, supprimée en 1982, et rétablie en 1987, ne doit donc pas être confondue avec l'intervention de médecins libéraux au sein des hôpitaux publics, comme le prévoit par exemple l'article L. 6146-2 du code de la santé publique et comme peuvent le prévoir des conventions en dehors de tout texte spécifique (voir, par exemple, pour des radiologues, voir CE 12 octobre 1989, M. G..., n°74518 et CE 9 juillet 2020, Mme D... et autres, n°432336). La méthode ici pratiquée, consistant finalement à une opération de qualification de la situation du médecin au regard des textes qui régissent des relations non contractuelles, est sans doute propre au domaine hospitalier. Car la jurisprudence utilise, selon les circonstances, différentes méthodes pour distinguer les situations contractuelles des situations non contractuelles (voir par exemple, CE 29 juin 2012, n° 357976, Société Pro 2C et CE 17 octobre 2016, n° 389131, Centre des monuments nationaux, à propos de la qualification de marchés publics – sur tous ces exemples, voir notre dossier « La notion de marchés publics » en accès libre sur www.droitdelacommandepublique.fr).

Assimilant l'intervention de médecins libéraux à des praticiens statutaires, le CHU avait réclamé le reversement d'une redevance de 30 % des actes médicaux comme le prévoit les textes pour ces derniers et non 16 % comme le prévoyait la convention. Le Conseil d'Etat conclut donc à l'illégalité du titre de recettes au motif que le CHU ne pouvait prononcer unilatéralement l'annulation de la clause relative à la redevance. En effet, il n'aurait pu qu'écarter pour l'avenir ladite clause prétendument illégale.

C'est ici que se situe le deuxième apport de l'arrêt. La portée immédiate de l'arrêt est de protéger le cocontractant de la rétroactivité d'une annulation que prononcerait l'administration. A cet égard, il est d'ailleurs mieux protégé que le bénéficiaire d'un acte unilatéral puisqu'en application de la jurisprudence Ternon codifiée, la personne publique peut retirer l'AAU illégal dans un délai de 4 mois.

L'autre apport est surtout de permettre à la personne publique de prononcer la résiliation d'une clause illégale ou, dit autrement, de l'écarter, donc pour l'avenir seulement. La solution est nettement affirmée

dans l'analyse de l'arrêt mais résulte aussi de ce dernier (« cette décision ne pouvait s'appliquer qu'à l'exercice par M. A... d'une activité libérale au sein du centre hospitalier pour l'avenir »). On remarquera qu'il s'agit d'ailleurs d'un *obiter dictum*, puisque le Conseil d'Etat avait la possibilité, comme l'a fait son rapporteur public, de se contenter de dire que la personne publique ne pouvait annuler une clause. Cela s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence *Société Comptoir Négoce* (CE 10 juillet 2020) qui a permis aux personnes publiques de résilier unilatéralement un contrat qu'elles estiment illégal alors qu'il a toujours été refusé à la personne publique de prononcer sa nullité (CE, 2 avril 1971, T..., p. 923).

Mais de la même manière que la possibilité de résilier le contrat dans son ensemble pose questions, notamment au regard de l'appréciation du caractère régularisable ou non du vice, ou encore des conséquences indemnitaires au cas où le cocontractant ne pouvait ignorer l'illégalité du contrat, l'arrêt *Centre hospitalier d'Ajaccio* ici commenté pose une question principale : la personne publique doit-elle apprécier si la clause qu'elle écarte est détachable du contrat ? Dans la négative, faut-il qu'elle résilie tout le contrat ? La logique voudrait que tel soit le cas mais cela laisserait encore des marges importantes à la personne publique et devrait impliquer la possibilité de demander au juge d'annuler de la décision de résilier la clause illégale, si le cocontractant estime qu'elle n'est pas détachable, de la même manière qu'il peut demander l'annulation de la décision de résilier le contrat dans son ensemble en application de la jurisprudence *Béziers II*. Il reste que cela supposerait d'ajouter une nouvelle exception au principe selon lequel le cocontractant ne peut que demander des dommages et intérêts à la suite d'une mesure d'exécution du contrat qu'il estime illégal.

1.2 Un accord-cadre « multi-attributaires » peut n'être résilié qu'avec un des attributaires et ce dernier ne peut alors contester par la voie du référé contractuel l'attribution de nouveaux marchés subséquents aux autres titulaires (CE 3 juin 2022, n°462256, *Collectivité européenne d'Alsace*, classé B)

Dans le cadre d'un accord-cadre de transports scolaires d'une durée de 3 ans, le requérant s'était vu initialement attribué 5 marchés subséquents d'un an sur les 10 attribués correspondants à 10 circuits. Pour l'année suivante, le requérant s'est vu notifié la décision de ne pas être reconduit et la mise en concurrence n'a été organisée qu'avec les deux autres titulaires. Le requérant a attaqué les 10 marchés subséquents de la 2ème année. A cette occasion, le juge du référé contractuel a annulé l'accord-cadre et cette ordonnance est annulée par l'arrêt commenté comme ayant statué *ultra petita*. *In fine*, le Conseil d'Etat juge irrecevable le recours contre les marchés subséquents, le titulaire de l'accord-cadre non reconduit n'ayant à sa disposition que le recours en reprise des relations contractuelles qui n'a pas été ici mise en œuvre.

La solution paraît assez évidente, mais les conclusions Pichon de Vendeuil permettent de comprendre qu'il y avait quand même un enjeu non négligeable : implicitement, le juge admet qu'un accord-cadre peut n'être résilié qu'avec un titulaire ou une partie des titulaires, ce qui peut conduire à passer d'un accord-cadre multi-attributaire à un mono-attributaire, conduisant à supprimer toute mise en concurrence pour les marchés subséquents.

Pour le rapporteur public toutefois, « l'attributaire résilié n'est pas dépourvu de moyens pour obvier un tel risque : il peut soit demander la reprise des relations contractuelles dans le cadre de votre jurisprudence « *Béziers II* » (Section 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, p. 117) soit solliciter la suspension

de la décision de résiliation de l'accord-cadre (CE 16 novembre 2016, Commune d'Erstein, n° 401321, T. pp. 833-880). Dans ces deux hypothèses, nous serions tout prêt à estimer que la requérante conserve alors un intérêt à agir contre l'attribution des nouveaux marchés subséquents ».

Il reste que si la décision de résiliation était confirmée par le juge et si l'on se trouvait avec un seul titulaire, la question de la viabilité de l'accord-cadre serait posée. Mais on devrait pouvoir toutefois maintenir l'accord-cadre car, après tout, il n'y a pas d'obligation de mettre fin à un accord-cadre s'il n'existe plus qu'un seul concurrent en lice, même si l'on peut admettre que la personne publique aurait la possibilité d'y mettre fin pour motif d'intérêt général.

1.3 Une méthode fondée sur la déduction du prix des prestations à la fois du surcoût supporté par la personne publique à la suite d'une entente anticoncurrentielle et de la marge bénéficiaire de l'entreprise ne saurait être retenue (CE 17 juin 2022, n° 454189, Société Lacroix City Saint-Herblain, classé B)

On se souvient que le Conseil d'Etat a permis à la victime d'une entente lors de la passation d'un contrat public de demander l'annulation et la « restitution » du prix payé par la personne publique mais que l'ex-cocontractant peut demander l'indemnisation des dépenses utiles (CE 10 juillet 2020, Société Lacroix signalisation, n°420045). La question de savoir ce qui peut être inclus dans ces dépenses utiles vient d'être précisé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt commenté, toujours à propos des ententes ayant touché le secteur des panneaux de signalisation dans les années 2000. Il s'agit d'ailleurs de la même affaire que celle jugée le 10 juillet 2020, puisque sur renvoi la CAA de Douai a condamné le requérant à verser au département de la Seine-Maritime les sommes de 1 608 254,85 euros, 256 076,20 euros et 887 761,99 euros au titre des marchés de 1999, 2003 et 2006, ainsi que la somme de 425 616 euros en réparation du préjudice du département lié à l'indisponibilité des sommes correspondant au surpris des contrats annulés pour la période antérieure au 26 mars 2015.

Le pourvoi en cassation donne l'occasion au Conseil d'Etat de rappeler mais aussi de préciser ce qu'il est possible d'obtenir au titre des dépenses utiles et les méthodes qui peuvent ou ne peuvent pas être utilisées pour les calculer. Ainsi, il indique que « *Les dépenses utiles comprennent, à l'exclusion de toute marge bénéficiaire, les dépenses qui ont été directement engagées par le cocontractant pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l'administration. Ne peut être prise en compte que la quote-part des frais généraux qui contribue à l'exécution du marché et est à ce titre utile à la personne publique. Ne peuvent pas être regardés comme utilement exposés pour l'exécution du marché les frais de communication ainsi que, dans le cas où le contrat en cause est un marché public et sauf s'il s'agit d'un marché de partenariat, les frais financiers engagés par le cocontractant* ». Autant le cas des frais financiers avait déjà été inclus pour les concessions (CE 16 novembre 2005 MM. Auguste et Commune de Nogent-sur-Marne, 262360 263709, au Recueil) et les contrats de partenariat (CE 9 juin 2020, Société Espace habitat construction, n° 420282, aux Tables), et est donc confirmé pour les marchés de partenariat, autant celui des frais de communication ne l'avait jamais été par le Conseil d'Etat, qui doivent donc être exclus des dépenses utiles.

Mais c'est sur la mise en œuvre des principes relatifs au calcul des dépenses utiles que l'arrêt est le plus intéressant, puisqu'il sanctionne par deux fois le raisonnement de la Cour.

La première censure concerne le calcul des dépenses utiles. La Cour s'est basée s'est fondée sur la méthode proposée par le département, consistant à déduire du prix du marché le surcoût imputable aux pratiques anticoncurrentielles de cette société puis un taux de marge normal appliqué au reliquat résultant de cette première opération. Elle a évalué ce surcoût à un taux moyen de 58 % des montants versés au titulaire des marchés de 1999, de 24 % pour le marché de 2003 et de 47 % pour le marché de 2006. En se fondant ainsi sur la seule comparaison entre les prix pratiqués par cette société dans les marchés conclus entre 1999 et 2006 et ceux d'un unique marché conclu en 2010 par le département avec une autre société, « *ce sans tenir compte d'aucun facteur exogène susceptible d'avoir influencé la formation du prix, et alors qu'il ressortait des pièces du dossier qui lui étaient soumis que l'Autorité de la concurrence, dans sa décision du 22 décembre 2010, évaluait à 5 à 10 % le surcroît moyen de prix imputable à cette entente, la cour administrative d'appel de Douai la cour administrative d'appel de Douai a dénaturé les faits de l'espèce* ». La rapporteure publique Mireille Le Corre proposait d'y voir une erreur de droit dans le fait de s'en être tenue à la proposition du Département mais le Conseil d'Etat a préféré y voir une dénaturation des faits.

On aurait pu attendre de l'arrêt du 10 juillet 2020 qu'il donnât un canevas de calcul en direction de la CAA, ce qui aurait permis de gagner du temps, mais il ne fait guère mieux ici. Il a en effet commencé par rejeter la méthode proposée par le département, pour les mêmes motifs que ceux ayant conduit à l'annulation de l'arrêt de la CAA, avant de rejeter également celle proposée par le requérant. Ce dernier pensait pouvoir, en substance, calculer ces dépenses utiles sur les résultats d'une étude économique qu'elle avait commandée, consistant, pour les marchés de 2003 et 2006, à estimer les coûts de production de certains articles et de certaines prestations pour l'exercice fiscal 2016-2017 puis à reconstituer « *l'évolution des principaux postes de coûts contribuant à la formation du coût complet de ces articles, tels que le film adhésif, l'aluminium et l'acier, la main d'œuvre et les frais de structure, jusqu'en 2003 (...) et a enfin reconstitué le coût total des fournitures et prestations vendues au département dans le cadre de ces deux marchés* », cependant que pour les marchés de 1999, ne disposant pas des données nécessaires pour appliquer la même méthode que pour les marchés postérieurs, elle a fait valoir que l'analyse de ses liasses fiscales pour cette période laisse apparaître que ses charges d'exploitation pour la période considérée représentaient 86,9 % de ses produits d'exploitation, et proposait d'appliquer ce taux au montant facturé au département dans le cadre des marchés.

Le Conseil d'Etat rejette toutefois ces deux méthodes. S'agissant des marchés signés en 1999, elle ne peut être retenue « *en l'absence de tout élément tendant à démontrer que le rapport entre les charges d'exploitation et les produits d'exploitation de la société, pris dans leur ensemble, serait représentatif de l'activité ayant fait l'objet des marchés litigieux, et alors que l'activité de signalisation routière représentait seulement 44 % du chiffre d'affaires de la société Lacroix Signalisation en 2009 selon l'Autorité de la concurrence. En outre, une telle méthode ne permet pas d'exclure ceux des frais de la société qui n'ont pas été utiles à la personne publique, tels que les frais financiers* ». S'agissant des marchés de 2003 et de 2006, il considère, de manière lapidaire, que les documents produits par la société Lacroix Signalisation à l'appui de l'étude économique réalisée à sa demande « *ne permettent pas de s'assurer de l'exactitude de la reconstitution qu'elle propose* ». Aussi renvoie-t-il à un expert le soin d'apprécier, d'une part, le montant des dépenses engagées par la société pour l'exécution de ces marchés et qui ont été utiles au département de la Seine-Maritime, c'est-à-dire « *les dépenses directement engagées par le cocontractant*

pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l'administration » et, d'autre part, les effets de l'érosion monétaire jusqu'à la date du 26 mars 2015.

On n'en sait donc guère plus sur la méthode à adopter pour calculer les dépenses utiles...La seule précision concerne la date d'actualisation que doit prendre en compte l'expert pour tenir compte de l'érosion monétaire, en l'occurrence la date d'enregistrement de la demande au TA de Rouen, comme le proposait la rapporteure publique.

Quant au préjudice lié à l'indisponibilité des sommes correspondant au surcoût des marchés jusqu'à la date de sa demande d'intérêts, il rejette l'appel incident du département, le seul préjudice « *tenant à l'impossibilité de se désendetter du montant correspondant n'étant pas indemnisable* », sans autre explication.

1.4 Le fait de se référer aux dispositions relatives aux offres dans les marchés publics au lieu de celles relatives aux candidatures dans les concessions n'entache pas toujours une ordonnance d'irrégularité ; l'autorité concédante doit rejeter comme tardive une candidature déposée hors délai même si un des deux liens internet permettant de déposer sa candidature était défectueux (CE 3 juin 2022, n°461899, Société SAUR)

Quoiqu'adopté en chambre jugeant seule, cette affaire permet d'illustrer des principes connus de manière originale.

Le premier aspect tient à l'erreur commise par le juge du référé précontractuel de s'être référé aux dispositions relatives aux marchés publics au lieu de celles relatives aux concessions, applicables en l'espèce s'agissant de l'attribution d'une concession de production et de distribution d'eau potable. Pour le Conseil d'Etat, « *les règles rappelées au point 5 qui résultent des dispositions précitées du code de la commande publique applicables aux concessions sont identiques à celles qui résultent des dispositions des articles R. 2151-5 et R. 2132-9 du code de la commande publique, applicables aux marchés publics. Par suite, la circonstance que l'auteur de l'ordonnance attaquée se soit référé à ces dernières dispositions est sans incidence sur le bien-fondé de son raisonnement* ». Le rapporteur public indiquait pourtant dans ses conclusions avoir hésité car, non seulement le juge a confondu marchés et concessions, mais il a aussi confondu offres et candidatures, reprenant purement et simplement les termes de ce qu'avait jugé dans une affaire RATP à propos des offres dématérialisées transmises dans le cadre d'un marché public (CE 23 septembre 2021, RATP, n° 449250, B). Or, s'il est vrai qu'il a déjà été jugé que confondre les dispositions relatives aux marchés avec celles relatives aux concessions n'entraîne pas l'irrégularité de l'ordonnance (CE Section 21 juin 2013, Communauté d'agglomération du pays de Martigues, n° 352427, A), il n'avait jamais été jugé qu'il en allait de même lorsqu'en outre est confondu offres et candidatures. Pour le rapporteur public, les dispositions sont identiques, soit dans la lettre (arrêtés 22 mars 2019 figurant aux annexes n° 6 à 8 du code de la commande publique relatifs à la dématérialisation), soit en substance, s'agissant de l'élimination des offres et des candidatures hors délai. Sur ce dernier point, l'« identité » de texte est sans doute exagérée puisque, s'il est clairement précisé que « *Les offres reçues hors délai sont éliminées* » (art. R. 2151-5 CCP), pour les concessions, le Code prévoit que : « *Ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du contrat de concession : (...) 2° Les candidats qui*

produisent une candidature irrecevable » (art. R. 3123-21), et qu'aux termes de l'article R. 3123-14 : « L'autorité concédante fixe le délai de réception des candidatures en fonction notamment de la nature, du montant et des caractéristiques des travaux ou services demandés au concessionnaire ». Autrement dit, l'élimination obligatoire des candidatures reçues hors délai résulte de l'implicite.

Le deuxième aspect intéressant de l'arrêt concerne la question de l'appréciation de l'éventuelle faute de la personne publique pouvant fonder l'illégalité du rejet de la candidature hors délai en cas de dysfonctionnement du site internet accueillant les candidatures. Le requérant mettait en avant le fait qu'un des deux liens hypertextes indiqués dans le règlement de consultation était défectueux. Pour le Conseil, *« en se fondant sur la circonstance qu'en l'espèce, un des liens hypertexte permettait l'accès au réseau informatique du syndicat mixte Atlantic'Eau et qu'ainsi, l'autorité concédante devait rejeter la candidature de la société Saur comme tardive, alors même qu'un autre lien figurant dans le règlement de consultation était défectueux, le juge des référés du tribunal administratif de Nantes n'a pas commis d'erreur de droit ».*

Le rapporteur public a pu identifier la raison de ce dysfonctionnement : *« Ainsi, du fait que le mot « puis » a été accolé par erreur (sans espacement) à la seconde adresse électronique, le second lien ne permettait pas l'accès à la plateforme... En revanche, rien n'interdisait d'utiliser le premier dont il n'est nullement établi qu'il ne fonctionnait pas ».* Autrement dit, la charge de la preuve incombe ici au requérant. Mais il ne faut pas généraliser : on sait que, dans l'affaire RATP précitée, le Conseil d'Etat avait considéré que la charge de la preuve pouvait être partagée (*« En premier lieu, en constatant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, d'une part, que l'impossibilité pour la société Alstom-Aptis de transmettre son offre dématérialisée dans le délai imparti n'était imputable ni à son équipement informatique, ni à une faute ou une négligence de sa part dans le téléchargement des documents constituant son offre et, d'autre part, que la RATP n'établissait pas le bon fonctionnement de sa plateforme de dépôt et en déduisant de ce constat que la tardiveté de la remise de l'offre de la société Alstom-Aptis était imputable à un dysfonctionnement de cette plateforme qui faisait obstacle à ce que la RATP écarte cette offre comme tardive, le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit »*). La charge de la preuve d'un dysfonctionnement informatique dépend donc des circonstances.

1.5 Si la preuve des sujétions imprévues et des travaux indispensables incombe au titulaire du marché, le juge peut se fonder sur certaines circonstances pour conclure à leur existence voire pour renverser la charge de la preuve (CE 10 juin 2022, n°451334, Société voirie assainissement travaux publics)

Cet autre arrêt adopté en chambre jugeant seule rappelle des principes établis en matière de charges de la preuve de surcoûts indemnifiables, mais avec des illustrations intéressantes.

S'agissant des sujétions imprévues, le Conseil d'Etat rejette la demande d'indemnité pour absence de bouleversement de l'économie du contrat, non pas parce qu'un certain seuil ne serait pas atteint, puisqu'en l'occurrence le requérant estimait que le prix du marché avait doublé, mais parce que les surcoûts invoqués n'étaient pas suffisamment reliés à des sujétions imprévues précises. Pour le rapporteur public, *« elle ne disait rien de précis quant aux motifs et à la nature de ces surcoûts ».*

S'agissant des surcoûts liés à la découverte de longrines, le Conseil d'Etat confirme le raisonnement de la Cour, qui a tranché, tel un jugement de Salomon comme le disait le rapporteur public, entre les prétentions des parties, en se fondant sur les durées de réalisation des travaux supplémentaires et sur l'immobilisation des équipes de l'entreprise.

En revanche, la CAA est censurée trois fois à propos de certains travaux supplémentaires, dont on sait qu'ils sont indemnisés soit quand ils sont nécessaires et accomplis dans les règles de l'art, soit quand ils sont demandés par la personne publique.

Le Conseil d'Etat censure la CAA pour insuffisance de motivation dans un cas et erreur de droit dans deux autres cas. L'insuffisance de motivation concerne la demande relative aux frais liés à l'allongement de la durée de mobilisation de l'encadrement et les pertes d'amortissement des frais généraux sur le chiffre d'affaires, à laquelle la CAA n'a pas répondu. La première erreur de droit est relative au fait qu'en estimant que les travaux supplémentaires liés à l'allongement de la durée du chantier n'étaient pas étrangers à la société requérante sans rechercher si un défaut d'exécution était effectivement imputable à cette société, elle a illégalement renversé la charge de la preuve. La deuxième erreur de droit consiste à avoir jugé que certains travaux n'étaient pas indispensables alors qu'il ressortait des pièces du dossier, notamment des observations du maître d'œuvre, agissant pour le compte du maître de l'ouvrage, sur le projet de décompte final établi par la société requérante, que ces travaux avaient été réalisés à la demande du maître de l'ouvrage.

Enfin, la CAA est sanctionnée pour avoir renversé la charge de la preuve au profit de la personne publique concernant la somme réclamée par le titulaire au titre d'intérêts moratoires pour paiement tardif de situations de travaux. En effet, selon une jurisprudence constante, en l'absence de toute explication ou justification fournie par l'administration, les allégations du demandeur doivent être regardées comme établies, quel que soit le domaine considéré (CE Assemblée 11 mai 1973, Sieur Sanglier, n° 79230, p. 344, à propos de l'absence de consultation préalable d'organisations professionnelles ; CE 8 novembre 1993, Richer de Frogès, n° 115009, B, à propos de 2 feuillets égarés sur 5 d'une copie ; CE 7 juillet 2000, Confédération paysanne des Bouches-du-Rhône, n° 187219, A, à propos de la circonstance que les règles concernées n'avaient pas été antérieurement appliquées par les membres du comité concerné, sans que l'administration n'en apporte la preuve contraire).

2. Brèves

1. *« Il résulte de ces dispositions que la prescription qu'elles instituent court à compter de la manifestation du dommage, c'est-à-dire de la date à laquelle la victime a une connaissance suffisamment certaine de l'étendue du dommage, quand bien même le responsable de celui-ci ne serait à cette date pas encore déterminé. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel a estimé, pour écarter l'exception de prescription soulevée par la société Otéis, que la commune du Tholonet a été mise en mesure d'identifier l'origine des désordres affectant l'installation de chauffage et de climatisation de l'ouvrage réceptionné le 10 septembre 2010 à la suite du dépôt du rapport de l'expertise diligentée devant le juge administratif le 18 mai*

2016, pointant tant les défauts de conception et de configuration, particulièrement d'accessibilité à la pompe à chaleur, que les défaillances de la maîtrise d'œuvre. En retenant ainsi comme point de départ de la prescription non la manifestation du dommage, mais l'identification de l'origine des désordres affectant l'installation de chauffage et de climatisation de l'ouvrage et celle des responsables de ces désordres, la cour a commis une erreur de droit » (CE 10 juin 2022, n°450675, Sociéié OTEIS).

2. La substitution d'un matériau et la recherche d'économie constituent des motifs d'intérêt général justifiant la résiliation unilatérale d'un marché public de droit privé par une SEM. Ne peut être discuté pour la première fois en cassation le grief fondé sur le caractère illicite d'une clause reconnaissant à l'acheteur privé un pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général (Cass. 3e civ., 11 mai 2022, n° 21-12.291).
3. Est contraire au droit de l'Union européenne une disposition du droit national qui impose au mandataire du groupement d'entreprises d'exécuter lui-même une part majoritaire des prestations du marché public. En effet, si l'article 63 de la directive autorise le pouvoir adjudicateur à exiger qu'un participant à un groupement d'entreprises exécute lui-même « certaines tâches essentielles » découlant du marché, la volonté du législateur européen a été de « limiter ce qui peut être imposé à un seul opérateur d'un groupement, suivant une approche qualitative et non simplement quantitative » dans le but de favoriser l'accès à la commande publique de groupements de petites et moyennes entreprises (CJUE 28 avril 2022, aff. C-642/20, Caruter Srl c/ SRR Mes)
4. « *Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel a estimé, pour écarter l'exception de prescription soulevée par la société Otéis, que la commune du Tholonet a été mise en mesure d'identifier l'origine des désordres affectant l'installation de chauffage et de climatisation de l'ouvrage réceptionné le 10 septembre 2010 à la suite du dépôt du rapport de l'expertise diligentée devant le juge administratif le 18 mai 2016, pointant tant les défauts de conception et de configuration, particulièrement d'accessibilité à la pompe à chaleur, que les défaillances de la maîtrise d'œuvre. En retenant ainsi comme point de départ de la prescription non la manifestation du dommage, mais l'identification de l'origine des désordres affectant l'installation de chauffage et de climatisation de l'ouvrage et celle des responsables de ces désordres, la cour a commis une erreur de droit » (CE 10 juin 2022, n°450675, Société OTEIS)*
5. « *Il résulte de l'instruction que l'UMM fait état de doutes sérieux sur l'authenticité de l'arrêté n° 003/SP/CD/2016 du 28 avril 2016 du président du conseil départemental de Mayotte qui lui a été opposé par la société MCG dans un courrier du 8 janvier 2021 pour justifier des tarifs applicables aux usagers du port pour la période courant de l'année 2016 à l'entrée en vigueur de l'arrêté du 25 janvier 2018, en faisant valoir que cet acte, entaché d'irrégularités formelles, n'a fait l'objet ni d'une transmission au contrôle de légalité, ni d'une publication dans un bulletin officiel. Elle indique avoir l'intention de demander la résiliation du contrat de concession de la société MCG si l'arrêté tarifaire du 28 avril 2016 se révélait être un faux. Dans les circonstances particulières de l'espèce, la demande de l'association requérante tendant à ce qu'il soit enjoint au département de Mayotte, qui n'a fait valoir aucune observation dans la présente instance, de lui communiquer une copie certifiée conforme à l'original de cet arrêté du 28 avril 2016 présente un caractère utile*

et urgent et ne fait pas obstacle à l'exécution d'une décision administrative » (CE 8 avril 2022, n° 455000, Union maritime de Mayotte).

6. *« En jugeant, après avoir constaté, par une appréciation souveraine qui, contrairement à ce qui est soutenu, n'est pas entachée de dénaturation, que la ville de Lyon avait connaissance de la présence d'amiante dans les cinq portes coupe-feu dont elle a demandé à la société Baur E..., par un bon de commande émis le 9 décembre 2008, de procéder à la dépose, l'évacuation en décharge et le remplacement, et qu'elle ne s'était pas assurée que cette société ou la société à laquelle cette dernière sous-traitait l'exécution de la prestation disposait du certificat de qualification exigé par l'arrêté du 22 février 2007 précité, que le préjudice dont elle demandait réparation du fait de la pollution du site survenue à la suite de l'exécution de cette prestation lui était exclusivement imputable, alors même que la société Baur E... et à sa sous-traitante la société C... étaient informées de la présence d'amiante dans les portes et qu'elles ne disposaient pas du certificat de qualification requis, la cour administrative d'appel de Lyon n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis » (CE 10 juin 2022, n°453977, Société Axa France IARD)*
7. L'article 16 de l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009 doit être interprété comme limitant de façon exhaustive les moyens invocables en référé contractuel devant le juge judiciaire et cette limitation n'est pas contraire au droit au recours dès lors qu'il existe aussi le référé précontractuel (sauf pour les MAPA) et que le recours indemnitaire demeure ouvert par toutes les procédures, y compris les MAPA (Cass. com., 11 mai 2022, n° 19-24.270, Sté Bâtiment mayennais).
8. Une commune qui vend un terrain dont 15 % du prix était acquitté moyennant la remise d'un bâtiment n'a pas conclu un marché public car l'objet principal reste la vente, eu égard aux valeurs respectives et aux besoins de la collectivité qui ne sont pas réellement pris en compte (CAA Marseille, 11 avr. 2022, n° 21MA00539, I. et N. c/ Commune de Grasse)
9. Le titulaire d'un contrat d'amodiation sur le domaine public maritime qui consent un bail commercial à l'exploitant d'un restaurant ne commet pas de faute car il « a pu, de bonne foi, n'étant pas juriste, ne pas avoir eu conscience des conséquences en découlant et considérer que la conclusion d'un bail commercial n'était pas incompatible avec la situation de l'immeuble, les contrats d'amodiation énonçant que les installations mises en place par l'amodiataire restaient sa propriété pendant toute la durée de l'occupation autorisée ni celui qui a pris le bail ». Il en va de même de l'exploitant du restaurant qui recherchait la responsabilité du titulaire. Il en va différemment du notaire qui a opéré le renouvellement de l'acte, qui a manqué à son devoir de conseil mais cette faute est dépourvue de lien de causalité avec le préjudice, celui-ci étant né du premier contrat sous seing privé signé en violation de l'interdiction de baux commerciaux sur le domaine public (CA Caen, 28 avr. 2022, n° 19/02672).