

## LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Jun 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

<b>1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée.....</b>	<b>2</b>
1.1 Les noms de domaine et les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet d'une DSP sont des biens de retour et cette qualification est d'ordre public ; le juge administratif est compétent pour se prononcer sur une demande de leur restitution en référé mesures utiles (CE 16 mai 2022, n°459904, <i>Commune de Nîmes</i> , classé A).....	2
1.2 Le référé contractuel est recevable contre un avenant ; la substitution d'un membre d'un groupement suppose une remise en concurrence ; l'avenant procédant à la substitution est illégal mais cette illégalité se traduit en l'espèce par une pénalité financière et non par une annulation (CE 16 mai 2022, n° 459408, <i>Société hospitalière d'assurances mutuelles</i> , classé B).....	4
1.3 L'absence de répartition des tâches entre membres d'un groupement solidaire n'empêche pas toute demande de l'un d'eux visant à obtenir le paiement des seules sommes lui étant dues (CE 19 mai 2022, n° 454 637, <i>Société Patriarche</i> , classé B) .....	7
1.4 Les documents détenus par le mandataire d'un maître d'ouvrage public sont des documents administratifs communicables par principe (CE 25 mai 2022, n°450003, <i>Société Spie Batignolles Ile de France</i> , classé B).....	8
1.5 Lorsque le décompte final a été établi d'office par le maître d'œuvre, le titulaire a le droit de former, dans le délai de quarante-cinq jours suivant la transmission du décompte général du marché, une réclamation sur ce décompte général, même sur un poste de rémunération ou d'indemnisation qui n'avait pas été mentionné dans le décompte final (CE 19 mai 2022, n° 4551342, <i>Société Eiffage Route Nord-Est et autres</i> , classé B) .....	10
<b>2. Brèves .....</b>	<b>11</b>

## 1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

---

### 1.1 Les noms de domaine et les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet d'une DSP sont des biens de retour et cette qualification est d'ordre public ; le juge administratif est compétent pour se prononcer sur une demande de leur restitution en référé mesures utiles (CE 16 mai 2022, n°459904, *Commune de Nîmes*, classé A).

Le non renouvellement de la délégation de service public relative aux trois célèbres monuments romains de Nîmes (Arènes, Maison carrée, Tour Magne) donne l'occasion au Conseil d'Etat d'apporter plusieurs précisions sur la notion et le régime des biens de retour et sur l'utilisation du référé mesures utiles à leur propos. La commune réclamait en effet, outre les noms de domaine et les droits d'administration des pages des réseaux sociaux, la restitution de différents décors et d'un film sur la Maison carrée.

Sur la notion et le régime des biens de retour, l'arrêt s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence *Commune de Douai* de 2012, en apportant la précision suivante : « *En retenant que les stipulations de la convention de délégation de service public étaient susceptibles de faire obstacle au retour gratuit à la personne publique de biens nécessaires au service créés au cours de la délégation et en s'abstenant de rechercher si les biens en cause étaient nécessaires au fonctionnement du service public, alors qu'il résulte des principes mentionnés au point précédent que, si les parties au contrat de délégation peuvent décider la dévolution gratuite à la personne publique d'un bien qui ne serait pas nécessaire au fonctionnement du service public, elles ne sauraient en revanche exclure qu'un bien nécessaire au fonctionnement du service public lui fasse retour gratuitement, le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes a commis une erreur de droit* ». Autrement dit, la marge laissée aux parties sur la qualification des biens de la concession de service public ne peut s'exprimer qu'à la hausse et non à la baisse au regard de ce qui est nécessaire au service public. Sur la hausse, c'est-à-dire des biens non nécessaires mais qualifiés de biens de retour, cela avait été jugé dès 1970 (CE 3 juin 1970, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*, p. 381) mais peut-être que la formulation de l'arrêt *Commune de Douai* avait pu laisser croire à une certaine marge de manœuvre pour ce qui est de la marge à la baisse, c'est-à-dire pour la définition des biens nécessaires au service public. Pour le rapporteur public, « *l'interprétation du contrat ou des intentions des parties n'intervient à cet égard que pour délimiter l'étendue exacte du service concédé, dont le périmètre permettra d'apprécier si le bien est nécessaire à son exploitation* ». Mais ce moyen n'était pas soulevé par les requérants, de sorte que le Conseil d'Etat a dû le considérer comme un moyen d'ordre public afin d'annuler l'ordonnance. C'est la 2ème apport de l'arrêt puisqu'il ne s'était jamais prononcé sur ce caractère. Cela résulte cependant explicitement des conclusions et implicitement de l'arrêt (« *Il s'ensuit que son ordonnance doit être annulée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les moyens du pourvoi* »).

L'autre apport de l'arrêt *Commune de Nîmes* relatif à la notion est de considérer que les biens en cause sont des biens de retour, non seulement les décors et un film mais aussi les noms de domaines et les droits d'administration des réseaux sociaux du service public en cause. Que des biens mobiliers soient des biens de retour, il n'y a rien de nouveau (CE 7 mars 2014, *CHU Hôpitaux de Rouen*, n°372897, CE 24 mars 2022, *Commune de Toulouse*, n°449826) et cela s'étend à des biens immatériels (CE 6 décembre 2017, *Commune de Valence*, n° 402322, solution implicite à propos des quotas de gaz à effet de serre). Mais c'est à notre connaissance la première fois qu'il étend la notion à des noms de domaines Internet et à des droits d'administration des réseaux sociaux. L'arrêt permet toutefois de considérer que ce caractère de

biens de retour résulte de l'objet du contrat (« valorisation des monuments ») et de ses stipulations et n'est donc pas nécessairement applicable à toute délégation de service public (« *Les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat étant nécessaires au fonctionnement du service public tel qu'institué par la commune de Nîmes, ils doivent lui faire retour gratuitement au terme du contrat* »).

Sur les aspects contentieux, les apports sont ici encore multiples. Le délégataire sortant contestait en premier lieu la compétence de la juridiction administrative sur la base de l'article L. 331-1 du Code de la propriété intellectuelle qui donne compétence aux juridictions judiciaires pour « *les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique* ». Pour le Conseil d'Etat, l'action en restitution se fait « *sans préjudice des éventuels droits de propriété intellectuelle relatifs à ces supports ou aux contenus hébergés par ces pages* ». Autrement dit, il s'agit de permettre à la commune de récupérer l'usage de ces biens immatériels, ce qui n'empêche pas, en théorie, que le délégataire sortant puisse tenter une action (qu'on imagine en responsabilité) devant le juge judiciaire s'il estime que ses droits de propriété intellectuelle ont été violés.

Le Conseil d'Etat confirme ensuite que le juge du référé mesures utiles est compétent pour statuer sur la restitution de biens à la personne publique au terme d'une concession (CE 5 février 2014, Sociétés Equalia et Polyxo, n° 371121) et vérifie qu'en l'espèce, les conditions d'urgence, d'utilité et d'absence de contestation sérieuse sont présentes. Tel est le cas pour le film, les décors de la « semaine romaine » et les noms de domaine et les droits d'administration des réseaux sociaux, le juge faisant preuve d'un certain libéralisme favorable à la personne publique, en particulier sur la notion d'urgence, et jugeant implicitement que la question de la contestation sérieuse relève de la qualification juridique, dans la lignée de ce qu'il avait jugé à propos de la notion d'obligation sérieusement contestable en référé provision (CE Section 6 décembre 2013, Thévenot, n° 363290, p. 309). Le délégataire est enjoint de restituer tous les biens concernés dans un délai de quinze jours à l'issue duquel il sera redevable d'une astreinte de 200 euros par jour de retard.

Au final, cet arrêt illustre une nouvelle exception, en précisant l'intérêt du référé mesures utiles, à un principe rappelé au commencement de l'arrêt et illustré huit fois devant le Conseil d'Etat depuis l'arrêt de Section du 13 juillet 1956 Office public d'habitations à loyers modérés du département de la Seine, n° 37656 : « *S'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle* ».

**1.2 Le référé contractuel est recevable contre un avenant ; la substitution d'un membre d'un groupement suppose une remise en concurrence ; l'avenant procédant à la substitution est illégal mais cette illégalité se traduit en l'espèce par une pénalité financière et non par une annulation (CE 16 mai 2022, n° 459408, Société hospitalière d'assurances mutuelles, classé B)**

Cet arrêt apporte ainsi trois enseignements.

Le premier ne nous retiendra pas longtemps. Certes, les textes relatifs au référé contractuel font référence à un recours contre un contrat, à l'image de l'article L. 551-14 du CJA qui fait allusion aux personnes qui ont un intérêt à conclure « le contrat ». Mais le rapporteur public n'a pas eu de mal à convaincre le Conseil d'Etat d'adopter une interprétation étendue de la notion de contrat pour ouvrir le référé contractuel contre les avenants, en s'appuyant notamment sur le fait qu'il a déjà admis la recevabilité du référé précontractuel contre un avenant (CE Section du 11 juillet 2008, Ville de Paris, n° 312354) et qu'il n'y avait pas de raison de traiter différemment référé précontractuel et contractuel. En outre, il a également admis la recevabilité du recours Tarn-et-Garonne contre un avenant (CE 20 novembre 2020, Association Trans'Cub, n° 428156). On peut ajouter un autre argument théorique plus que de texte : en droit privé comme en droit public, « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* » (article 1101 du Code civil).

Le second apport est plus important puisqu'il affirme que la substitution d'un membre d'un groupement doit par principe être mise en concurrence et estime qu'en l'espèce il fallait mettre en concurrence. Le considérant de principe est rédigé simplement : « *La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par les dispositions de l'article L. 2194-1 du Code de la commande publique, citées au point 4, et précisés par les dispositions réglementaires citées au point 5* ».

Cette formulation simple répond à deux questions centrales. Le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil les a résumées ainsi : « - *l'une d'ordre général : à quelles conditions la substitution d'une entreprise à une autre en tant que titulaire d'un marché est-elle admissible sans remise en concurrence ? - l'autre, plus spécifique, conduit à déterminer si la circonstance que cette substitution ne concerne qu'un membre d'un groupement d'entreprises titulaire du contrat appelle une solution différente ?* »

Le premier point ne faisait guère débat en l'espèce puisqu'on sait que les directives de 2014, à la suite de la jurisprudence de la CJUE du 19 juin 2008 « Pressetext » (C 454/06), pose le principe de la remise en concurrence en cas de cession du contrat, contrairement à ce qu'avait réaffirmé le Conseil d'Etat en 2000 (CE Avis, du 8 juin 2000, n°364803). Il est vrai que le Code de la commande publique, en son article R. 2194-6, ne prévoit lui-même que deux hypothèses : celle de l'application d'une clause de réexamen ou d'une option du contrat et celle d'une cession à la suite d'une « opération de restructuration du titulaire initial », mais aucune de ces exceptions n'était présente en l'espèce. Le rapporteur public en profite néanmoins pour souligner la portée incertaine de la deuxième exception, tout en rappelant que la directive 2014/24, dans le ii) du d) du 1 de l'article 72 de la directive 2014/24 est plus précise. Il souligne au passage comment la directive, contrairement à l'arrêt Pressetext, rejoint l'avis de 2000 en revanche

sur un point de la notion de cession : « *l'arrêt Priesstext précisait aussi que la cession des parts sociales de l'entreprise prestataire à un tiers constituait un changement de cocontractant, les directives ne reprennent pas ce critère, ce dont nous déduisons que la conception organique retenue par l'avis du 8 juin 2000 demeure compatible avec le droit européen* ».

Mais c'est surtout au regard de la substitution d'un membre du groupement que le sujet était le plus délicat. Du reste, le juge du référé contractuel avait estimé la cession légale au motif que cette modification ne concernait qu'un membre du groupement et que son mandataire n'avait pas changé. Il pouvait se prévaloir de certaines jurisprudences ou clauses-types. Il en va ainsi de l'article 2 du CCAG-FCS: « Le titulaire est l'opérateur économique qui conclut le marché avec le pouvoir adjudicateur. En cas de groupement des opérateurs économiques, le titulaire désigne le groupement, représenté, le cas échéant, par son mandataire. ». De même, au moins un arrêt, classé B, le Conseil d'Etat parle du «groupement titulaire du marché » (CE 12 janvier 2011, Société des autoroutes du nord et de l'est de la France, n° 332136). Mais une autre interprétation était possible de la titularité du contrat, au sens de la notion de cession d'un contrat, et c'est ce que fait le Conseil d'Etat en annulant l'ordonnance. Le rapporteur public mit en avant plusieurs arguments convaincant. L'absence de personnalité morale du groupement vient en premier, et qui peut expliquer plusieurs jurisprudences. Il a en effet évoqué le cas d'attribution de lots « *à des entreprises nommément désignées qui ont, chacune pour ce qui la concerne, la qualité de cocontractant du maître d'ouvrage* » (CE 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres, n° 70836) ainsi que le cas des « *entreprises ayant formé un groupement solidaire pour l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées se représenter mutuellement* » (CE 31 mai 2010, Société bureau de conception et de décoration du bâtiment, n° 323948, T. p. 856).

Le deuxième argument tient à l'avis du 8 juin 2000 « *qui fait de la continuité de la personnalité morale – et, à travers elle, des notions élémentaires de débiteur et de créancier des obligations contractuelles – le principal déterminant d'une situation de changement de titulaire du contrat* ».

Enfin, « *considérer que les changements affectant la composition des membres d'un groupement ne constituent jamais une modification du titulaire semble assez contraire à l'esprit relativement sévère des textes que nous vous avons cités et exposerait sans doute à des risques de contournement de la règle par modification successive des membres, ce qu'il ne paraît pas souhaitable d'encourager* ».

C'est, selon nous, le principal argument, alors pourtant que le rapporteur public l'évoque par un « surplus » en y voyant un argument allant « au-delà de l'analyse juridique ». Le droit européen de la commande publique étant tourné vers l'offre (pour protéger les candidats) et non vers la demande (pour protéger les autorités contractantes), contrairement au droit des marchés publics français à l'origine, il est logique que toute substitution sans mise en concurrence porte atteinte au libre accès à la commande publique. D'ailleurs, le rapporteur public n'envisage qu'une hypothèse, en dehors des textes, de changement du groupement sans remise en concurrence : celle où un membre d'un groupement solidaire se retire mais n'est pas remplacé.

L'apport de l'arrêt n'est pas négligeable non plus sur un autre point, lorsque le Conseil d'Etat examine si la substitution sans mise en concurrence ne pouvait se justifier au regard des autres motifs, et notamment d'une circonstance qu'un acheteur diligent ne pouvait prévoir.

Il indique en effet que « *10. En premier lieu, d'une part, il résulte de ce qui a été dit précédemment que la substitution de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International*

*Underwriters DAC comme membre du groupement avec lequel a été passé le marché doit être regardée comme un changement de titulaire, qui ne peut avoir régulièrement lieu que dans les cas et conditions prévus par l'article R. 2194-6 du code de la commande publique. Or il résulte de l'instruction que cette modification n'a pas eu lieu en application d'une clause de réexamen ou d'une option et qu'elle n'est pas intervenue à la suite d'une opération de restructuration de la société Amtrust International Underwriters DAC.*

*11. D'autre part, la décision de cette société de se retirer du groupement, qui met en œuvre une clause de résiliation prévue par le contrat lui-même, ne peut être regardée comme constituant une circonstance qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir au sens des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique ».*

Il y a sans doute une petite contradiction à considérer que le changement de titulaire ne peut intervenir que dans les deux cas prévus à l'article R. 2194-6 puis à examiner la légalité de cette substitution au regard de l'article R. 2194-5, même s'il estime en l'espèce qu'il n'y avait pas d'imprévisibilité...Sauf à considérer qu'il ne s'est pas prononcé sur le caractère opérant du moyen (mais alors il aurait dû préciser « en tout état de cause »), le Conseil d'Etat semble ainsi ouvrir une troisième hypothèse pouvant justifier une substitution d'un membre de groupement sans remise en concurrence, en cas de circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait prévoir. Il faudrait toutefois, en pareille hypothèse et selon nous, justifier aussi de l'impossibilité d'organiser une remise en concurrence, au regard par exemple de l'exécution en cours d'un contrat qui ne pourrait être différé.

Le Conseil d'Etat constate, en revanche, que l'augmentation qui est résulté de la substitution d'un assureur à un autre et qui entraîne une surprime de plus de 15 % sur un an n'est pas illégale puisque, s'agissant d'un marché d'assurance sur trois ans, cela équivaut à une augmentation globale d'un peu plus de 5 % du montant du marché.

Enfin, le troisième intérêt de l'arrêt a trait à un point de divergence entre les conclusions et l'arrêt. Alors que le rapporteur public, après hésitations, avait écarté la solution de la pénalité financière au profit de l'annulation de l'avenant, le Conseil d'Etat juge le contraire : « *Si cette irrégularité est, par application de l'article L. 551-18 du Code de justice administrative, de nature à entraîner l'annulation de ces stipulations de l'avenant litigieux, une telle annulation se heurte en l'espèce à une raison impérieuse d'intérêt général, tenant à l'obligation légale faite aux établissements de santé de bénéficier d'une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile et aux conséquences disproportionnées, au regard des manquements commis, qu'aurait une annulation rétroactive de l'avenant sur la couverture assurantielle des sinistres ayant été susceptibles de survenir depuis sa signature. En outre, compte tenu, d'une part, de l'obligation d'assurance des établissements de santé, laquelle fait obstacle à ce qu'une résiliation soit prononcée avec un effet immédiat, et, d'autre part, de la durée d'exécution du contrat restant à courir, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 551-19 du Code de justice administrative et d'infliger au GHSIF une pénalité financière de 5 000 euros.* ».

Il n'a donc pas été convaincu par l'argument selon lequel « *En juger ainsi reviendrait en effet à fermer de manière définitive et automatique toute possibilité de prononcer la nullité d'un contrat passé en méconnaissance des règles de la concurrence dans le champ des assurances hospitalières, ce qui nous paraît aller au-delà des prévisions du code . Le même principe vaudrait d'ailleurs pour bon nombre de contrats d'assurance dont la souscription est une obligation légale, qu'il s'agisse par exemple des assurances dommage ouvrage ou des assurances automobiles. Ce sont donc des pans entiers de l'activité contractuelle qui bénéficieraient ainsi d'une immunité de fait* ». Sans doute le risque qu'une action en

responsabilité d'un patient pour des faits antérieurs à l'annulation ne soit pas assuré en cas d'annulation a dû peser lourd dans la balance.

### **1.3 L'absence de répartition des tâches entre membres d'un groupement solidaire n'empêche pas toute demande de l'un d'eux visant à obtenir le paiement des seules sommes lui étant dues (CE 19 mai 2022, n° 454 637, Société Patriarche, classé B)**

La solution n'était pas évidente dans le cas d'un groupement solidaire puisque chacun est tenu aux dettes des autres membres du groupement. De même, la solidarité conduit à considérer la qualité de membres d'un groupement solidaire leur donne intérêt pour saisir le juge d'une demande tendant à la condamnation du maître d'ouvrage à payer le solde des travaux et la solidarité comporte mandat mutuel de représentation entre les codébiteurs (CE 25 juin 2004, Syndicat intercommunal de la vallée de l'Ondaine, n° 250573, T. p. 770-805). Il a aussi été jugé que lorsque les entreprises se sont engagées conjointement et solidairement par un même marché sans qu'aucune répartition des tâches soit faite entre elles par le marché, elles doivent être regardées comme s'étant donné mandat mutuel de se représenter (CE 15 juin 1983, Société entreprise Solétanche, n° 27329, p. 258).

Toutefois la représentation mutuelle cesse lorsque les codébiteurs solidaires formulent des conclusions divergentes dans une même instance (CE 31 mai 2010, Société bureau de conception et de décoration du bâtiment, n° 323948, T. p. 856 et CE 22 juin 2012, Centre hospitalier Manchester de Charleville-Mézières, n° 350757).

Pour le rapporteur public, *« ces deux décisions s'inscrivent dans une logique complémentaire : dans l'hypothèse qu'elles régissent, ce n'est pas tant la clause de solidarité qui est rompue, que le mandat lui-même du fait du comportement de chacun des coobligés. Peu importe alors l'absence ou l'existence d'une répartition initiale des tâches entre les cotraitants puisqu'il se déduit de la propre expression de leur volonté qu'ils ont entendu renoncer au mandat tacitement accepté. Il n'existe donc pas de « privilège » du mandataire en la matière et la circonstance – qui est celle de la présente espèce – selon laquelle c'est le mandataire du groupement qui a agi devant le juge ne change rien à la solution que vous retiendrez ».*

En conséquence, le rapporteur public proposait d'appliquer le principe selon lequel qui peut le plus peut le moins : un membre du groupement solidaire qui peut agir, même sans être mandataire, pour l'ensemble des membres, doit pouvoir n'agir que pour lui-même.

Aussi le Conseil d'Etat ajoute une autre exception, après celle de conclusions divergentes, au principe de représentation découlant de la solidarité : *« D'autre part, un membre d'un groupement solidaire, qu'il en soit ou non le mandataire, est recevable à demander le paiement, pour son propre compte, des seules prestations qu'il a personnellement effectuées, y compris lorsque le marché ne précise pas la répartition des tâches entre les membres de ce groupement. Lorsque le maître d'ouvrage acquitte les sommes correspondant à ces prestations ou est condamné par le juge du contrat à les verser, il est libéré de sa dette à concurrence du montant des sommes correspondantes à l'égard de l'ensemble des membres du groupement ».*

Il reste que, à défaut de répartition des tâches, il pourrait y avoir débat quant à la réalité des tâches effectuées par les uns et les autres. Cela étant, ce débat peut exister également quand le paiement est effectué au mandataire, à charge pour lui de répartir la rémunération. En outre, lorsque le Conseil d'Etat parle d'absence de répartition des tâches, c'est implicitement mais nécessairement au sens d'absence de répartition connue du maître de l'ouvrage, car dans l'immense majorité des cas, cette répartition sera mentionnée dans la convention de groupement si elle n'est pas mentionnée dans l'acte d'engagement.

Au final, cet arrêt présente probablement plus d'avantages que d'inconvénients. Il permet à un membre du groupement d'obtenir le paiement de ses prestations sans dépendre du bon vouloir (ou de sa défaillance) du mandataire de réclamer les sommes dues, ce faisant il augmente les marges de manœuvre des PME face aux grandes entreprises qui sont généralement mandataires des groupements. Il est aussi en cohérence avec les nouveaux CCAG qui prévoient la possibilité pour chaque membre d'avoir un compte sur lequel sera versé sa rémunération.

#### **1.4 Les documents détenus par le mandataire d'un maître d'ouvrage public sont des documents administratifs communicables par principe (CE 25 mai 2022, n°450003, *Société Spie Batignolles Ile de France*, classé B)**

Le contexte de l'affaire intéressera les titulaires de marchés publics de travaux puisqu'il s'inscrit dans le cadre des litiges (récurrents) relatifs aux retards de chantier, dont on rappellera qu'ils impliquent qu'une victime de ces retards se retourne vers les personnes supposées responsables, y compris le maître d'ouvrage public mais seulement si ce dernier a commis une faute (CE 5 juin 2013 Région Haute-Normandie, n° 352917), sachant que, depuis peu, un participant peut invoquer le non-respect du contrat d'un autre participant même dans l'hypothèse où ils ne sont pas liés par contrats (CE 11 octobre 2021, Société CMEG, n° 438872).

En l'occurrence, la société SPIE Batignolles souhaitait avoir communication d'une liste impressionnante de documents : les rapports d'activité mensuels, les rapports aux différentes phases d'étude et les comptes rendus trimestriels relatifs à l'état d'avancement de l'opération qu'elle a adressés au maître d'ouvrage, l'ensemble des rapports ou comptes rendus de réunions entre elle et la maîtrise d'œuvre, l'ensemble des rapports ou comptes rendus de réunions en sa possession entre la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre, l'ensemble des correspondances en lien avec les retards d'exécution du chantier entre elle et la maîtrise d'ouvrage ou la maîtrise d'œuvre, l'ensemble des correspondances en sa possession en lien avec les retards d'exécution du chantier entre la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre, ainsi que l'ensemble des avenants conclus entre elle et le maître d'ouvrage et entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre.

Il avait adressé sa demande à la société d'économie mixte mandataire du maître d'ouvrage public et, suite à son refus implicite, avait saisi la CADA qui s'était déclarée incompétente. Ayant saisi le tribunal administratif, celui-ci estima que la SEM n'étant pas chargée d'une mission de service public, elle n'était pas soumise à l'obligation de communication issue de la loi du 17 janvier 1978 et aujourd'hui codifiée au Code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Le Conseil d'Etat étant compétent en appel des jugements relatifs à l'accès aux documents administratifs et après avoir écarté une question de



recevabilité du fait de l'existence d'un jugement définitif enjoignant au maître d'ouvrage public de communiquer lesdits documents, il annule le jugement au motif que « *le tribunal administratif s'est borné à constater que le département du Haut-Rhin n'avait confié à cette société aucune prérogative de puissance publique, sans rechercher si, en l'absence de telles prérogatives, elle ne pouvait pas également être regardée comme assurant une mission de service public eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints* ». Autrement dit, le tribunal s'était borné à appliquer la jurisprudence Nancy (CE, Sect., 28 juin 1963) sans tenir compte de la jurisprudence APREI (CE Section du 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI), n° 264541).

Evoquant l'affaire, le Conseil d'Etat conclut à la communicabilité des documents détenus par le mandataire personne privée mais pour un autre motif que celui tenant à d'éventuelles missions des service public. Il commence par rappeler les termes de l'article de l'article L. 300-2 d CRPA : « *Sont considérés comme documents administratifs, au sens des titres Ier, III et IV du présent livre, quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission (...)* ».

Puis il ajoute qu' « *il résulte des dispositions précitées de l'article L. 2422-10 du Code de la commande publique que le mandataire de maîtrise d'ouvrage d'une des personnes mentionnées à l'article L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration, qui agit en son nom et pour son compte, est tenu, en application de l'article L. 311-1 du même code, et tant que sa mission n'est pas achevée, de communiquer aux tiers les documents administratifs qu'il a produits ou reçus dans le cadre de l'exercice de son mandat, dans les conditions prévues par le livre III dudit code* ».

C'est donc l'effet représentatif du mandat de maîtrise d'ouvrage qui conduit à la solution de la communicabilité de ces documents. A cet égard, l'arrêt s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence bien établie. La rapporteure publique rappelle ainsi que le Conseil d'Etat a déjà jugé « *qu'il appartient aux constructeurs, s'ils entendent obtenir la réparation de préjudices consécutifs à des fautes du mandataire du maître d'ouvrage dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées, de rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage, seule engagée à leur égard, et non celle de son mandataire, y compris dans le cas où ce dernier a signé les marchés conclus avec les constructeurs, dès lors qu'il intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, et n'est pas lui-même partie à ces marchés* » (CE 26 septembre 2016, Société Dumez I France France, n° 390515, aux tables), le maître d'ouvrage devant être regardé comme l'auteur des décisions prises par son mandataires (CE 17 février 1993, Société d'équipement de l'Auvergne, n° 80515). On peut ajouter la jurisprudence qui juge qu'est un contrat administratif un marché passé par un mandataire d'une personne publique, auquel le Code des marchés publics doit s'appliquer (CE 28 juillet 1995, Société civile de gérance Jeanne d'Arc, n°143438).

Une fois admis la communicabilité, l'arrêt Spie BatigFrance de France est également intéressant pour la partie relative aux documents effectivement communicables. C'est bien le cas, s'agissant de documents portant sur l'exécution de marchés publics (CE 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, n° 375529), même s'ils concernaient la construction au profit d'une entité ayant une activité commerciale ou une

activité de promotion touristique, culturelle ou économique pour le compte du département. Il a déjà été jugé en effet que sont communicables les documents afférents à la gestion du domaine privé d'une collectivité territoriale (CE, 14 octobre 2021, Société Axxès, n° 437004). Plus délicate était le moyen relatif à l'article L. 311-5 du Code des relations entre le public qui prohibe la communication qui porterait atteinte au déroulement d'une procédure juridictionnelle. Or une expertise avait été diligentée par le tribunal de grande instance de Paris pour déterminer les causes des retards et une autre procédure relative à un séquestre était pendante devant le tribunal judiciaire de Mulhouse. Toutefois, le Conseil juge que la communication à la société Spie BFrancelles Ile-de-France des documents demandés n'est pas de nature à empiéter sur les compétences et prérogatives du juge chargé du suivi de l'expertise et que la procédure de séquestre en cours porte sur d'autres documents.

Au passage, l'arrêt applique aussi la jurisprudence (CE Ass. 12 juin 2020, n°422327) qui a jugé que, « *par exception au principe s'lon lequel le juge de l'excès de pouvoir apprécie la légalité d'un acte administratif à la date de son édicition, il appartient au juge, eu égard à la nature des droits en cause et à la nécessité de prendre en compte l'écoulement du temps et l'évolution des circonstances de droit et de fait afin de conférer un effet pleinement utile à son intervention, de se placer à la date à laquelle il statue* ».

**1.5 Lorsque le décompte final a été établi d'office par le maître d'œuvre, le titulaire a le droit de former, dans le délai de quarante-cinq jours suivant la transmission du décompte général du marché, une réclamation sur ce décompte général, même sur un poste de rémunération ou d'indemnisation qui n'avait pas été mentionné dans le décompte final (CE 19 mai 2022, n° 4551342, Société Eiffage Route Nord-Est et autres, classé B)**

Le rapporteur public a, par souci pédagogique, rappelé la procédure normale : le titulaire du marché doit « *établir, dans des délais qui courent à compter de la notification de la décision de réception des travaux, un projet de décompte final qu'il adresse au maître d'œuvre. Une fois accepté ou rectifié par le maître d'œuvre, le projet devient à proprement parler le « décompte final* ». Ce décompte final constituera lui-même l'un des éléments, avec d'autres documents financiers, qui permettra au maître d'ouvrage d'arrêter le projet de décompte général, qui, une fois signé par l'entreprise et sauf s'il fait l'objet d'une réclamation, deviendra le décompte général et définitif, lequel cristallise les relations financières entre les parties ».

En l'espèce, le titulaire a fait la politique de l'autruche en n'adressant pas son projet décompte final. Le CCAG applicable à l'espèce – celui de 2009 mais la procédure est toujours la même - prévoit en ce cas qu'« *en cas de retard dans la transmission du projet de décompte final par le titulaire, et après mise en demeure restée sans effet, le maître d'œuvre établit d'office le décompte final aux frais du titulaire. Ce décompte final est alors notifié au titulaire avec le décompte général tel que défini à l'article 13.4* ».

La CAA de Douai avait estimé que dans l'hypothèse où le titulaire du marché n'a pas établi de projet de décompte final et où ce dernier a été établi d'office et lui a été notifié avec le décompte général, le titulaire du marché ne pouvait plus contester dans son mémoire en réclamation des éléments n'ayant pas été présentés avant l'expiration d'un délai raisonnable ayant couru à compter de la réception de la mise en demeure de transmettre un projet de décompte final. Elle s'était sans doute inspirée de l'article 13.3.3 du CCAG, qui prévoit que « *le titulaire du marché est lié par les indications figurant au projet de décompte*

*final* » – avec la conséquence qu’il ne peut plus, en principe, faire état dans son mémoire en réclamation de demandes qui n’avaient pas été incluses dans son projet de décompte final (CE 16 décembre 2015, SAS Ruiz, n° 373509, p. 471). Elle avait ajouté, de manière prétorienne, la référence « Czabajienne » au « délai raisonnable ».

Le Conseil d’Etat y voit une erreur de droit : « *Lorsque le titulaire du marché n’a pas produit de projet de décompte final et qu’après mise en demeure demeurée sans suite, ce décompte final a été établi d’office par le maître d’œuvre, les stipulations précédemment citées n’ont pas pour objet et ne sauraient avoir pour effet de le priver du droit de former, dans le délai de quarante-cinq jours suivant la transmission du décompte général du marché, une réclamation sur ce décompte général, quand bien même elle porterait sur un poste de rémunération ou d’indemnisation qui n’avait pas été mentionné dans le décompte final établi d’office par le maître d’œuvre* ».

Cette solution est justifiée par le rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil par trois séries d’arguments. D’une part, l’article 13.3.3 du CCAG ne lie le titulaire du marché qu’au projet de décompte final et non au décompte final lui-même. D’autre part, l’approche de la cour est contredite par l’esprit du texte « car il ne nous paraît pas aller de soi que l’on puisse opposer au titulaire du marché, dès ce stade de la procédure d’établissement du décompte, des éléments dont il n’est pas l’auteur ». Enfin, la solution retenue par la cour était peu praticable, la notion de « délai raisonnable » paraissant peu compatible avec les délais resserrés des CCAG.

On saluera le pragmatisme du Conseil tant il est vrai qu’il ne faut pas abuser de la notion de délai raisonnable, très incertaine juridiquement (CE, 30 mars 2016, *Centre hospitalier de Perpignan*, n° 375529).

## 2. Brèves

---

1. Le règlement (UE) 2022/576 interdit d'attribuer tout marché public ou contrat de concession répondant à un besoin dont le montant est égal ou supérieur aux seuils européens à un ressortissant russe, ou une personne physique ou morale, une entité ou un organisme établi en Russie ou toute personne morale, ou à une entité ou organisme dont plus de 50 % des droits de propriété sont détenus, directement ou indirectement, par une entité russe, ou à toute personne physique ou morale, entité ou organisme agissant pour le compte ou selon les instructions des deux catégories précédentes, y compris les sous-traitants et fournisseurs, lorsqu'ils représentent plus de 10 % de la valeur du marché. Cette interdiction s'étend à la poursuite de l'exécution de tels contrats de la commande publique sauf pour les contrats conclus avant le 9 avril 2022, dont l'exécution doit être poursuivie jusqu'au 10 octobre 2022. Des exceptions sont toutefois prévues : nucléaire civil et de programmes spatiaux, fourniture de biens ou de services strictement nécessaires, fonctionnement des représentations diplomatiques et consulaires de l'Union et des États membres en Russie, achat de gaz naturel et de pétrole, titane, aluminium, cuivre, nickel, palladium et minerai de fer depuis ou via la Russie vers l'Union et, jusqu'au 10 août 2022, achat de charbon et d'autres combustibles fossiles solides (Règlement (UE) 2022/576, 8 avril 2022, modifiant le règlement UE n° 833/2014 concernant des mesures restrictives eu égard aux actions de la Russie déstabilisant la situation en Ukraine).

2. Le décret n° 2022-641 du 25 avril 2022 s'applique aux services centraux et déconcentrés de l'État et vise à réduire le risque d'achats de produits qui contribuent à la déforestation. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices de l'Etat prennent en compte le risque de déforestation importée dans leurs achats, de la définition du besoin au suivi de l'exécution du marché (estimation précise du besoin à satisfaire au regard des risques de déforestation importée, qui peut se traduire par un objectif de sobriété ; engagement d'un dialogue avec les opérateurs économiques à toutes les étapes du marché afin de recueillir des informations sur la traçabilité des produits, en ayant par exemple recours à un questionnaire afin de mieux évaluer et réduire le risque de déforestation importée ; recours à des labels ou certifications dans les spécifications techniques ; mise en place d'un plan de progrès et d'une évaluation périodique dans le cadre du suivi du marché). Les segments d'achats sont les matériaux de construction et de rénovation, des combustibles, du mobilier, des véhicules y compris les équipements, des fournitures de bureau, des produits d'entretien et de la restauration. Les produits concernés sont tout produit, produit dérivé, produit transformé issu, ou produit à partir, des matières premières suivantes : bois, soja, huile de palme, cacao, bœuf et hévéa (Décret n° 2022-641 du 25 avril 2022 relatif à la prise en compte du risque de déforestation importée dans les achats de l'État).
3. Un acheteur est en droit d'imposer une exigence de qualification excédant le niveau d'exigence minimale imposé par la réglementation nationale dès lors qu'elle demeure justifiée et proportionnée à l'objet du marché et qu'elle respecte les conditions fixées par la directive 2014/24/UE (CJUE 31 mars 2022, Aff. C-195/21, *LB c/ Smetna palata na Republika Bulgaria*).
4. En l'absence de publication au fichier immobilier, le bail emphytéotique administratif ne permet pas de rendre l'emphytéote redevable de la taxe foncière qui pèse donc sur la collectivité délégante, propriétaire des ouvrages relevant de son domaine public. Le fait que le délégataire se voit reconnaître un droit réel n'y change rien et l'incorporation gratuite de ces biens dans son domaine fait obstacle à l'exonération de taxe foncière sur les immeubles des personnes publiques affectés au service public et non productifs de revenus (CE 11 mars 2022, n° 449460 et 449770, *Sté SMA Environnement et Syndicat mixte départemental de valorisation et de traitement des déchets ménagers du Puy-de-Dôme (VALTOM)*).
5. « Si la société soutient, à l'appui de sa demande en référé [contractuel], qu'une telle décision [de ne pas reconduire l'accord-cadre] prise à l'encontre d'un seul titulaire de l'accord cadre multi-attributaire est irrégulière, il est constant qu'elle n'a pas demandé la reprise des relations contractuelles ni la suspension de la décision de la collectivité européenne d'Alsace de mettre fin à leurs relations contractuelles. Par suite, la société S&S Chauffeurs privés, n'étant plus titulaire de cet accord cadre au titre de la période en litige, ne dispose pas d'un intérêt pour agir contre la procédure de passation des marchés subséquents pris pour son application. Sa demande en référé dirigée contre cette procédure n'est, dès lors, pas recevable » (CE 3 juin 2022, n° 462256, *Collectivité européenne d'Alsace*).
6. « En premier lieu, les règles (...) 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. En deuxième lieu, 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 » (CE 3 juin 2022, n°461899, *Société SAUR*).

7. La cour d'appel a estimé que le fait que la ville a procédé à une réduction du périmètre du marché à l'occasion du renouvellement du marché de gardiennage avant de le rétablir 10 mois plus tard ne permettait pas à la société entrante de se soustraire à son obligation conventionnelle de reprise de la totalité des salariés transférables affectés au périmètre sortant. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt au motif qu'en statuant ainsi « alors qu'il résultait de ses constatations que le marché attribué à la société entrante ne concernait pas les missions de gardiennage de l'ensemble immobilier du centre commercial de la tour auxquelles étaient exclusivement affectés les salariés, la cour d'appel a violé les textes susvisés » (Cass. soc. 23 mars 2022).
8. Les concurrents d'une entreprise s'étant maintenue sur le domaine public après le terme de son titre d'occupation sont fondés à rechercher sa responsabilité pour concurrence déloyale même si l'administration n'a pas mis en demeure de quitter les lieux (Cass. com., 16 mars 2022, n° 20-22.022, *Sté MJA*).
9. Une promesse de vente d'un ensemble des terrains en contrepartie d'un versement de 2 500 000 € et de la rétrocession d'un bâtiment à construire d'une valeur estimée à 450 000 € ne peut être requalifiée en marché public en raison « du manque de spécification précise de l'ouvrage envisagé » parce que les travaux « ne constituent pas l'objet principal du contrat » (CAA Marseille, 11 avril 2022, n° 21MA00539, *G. e. a.*).
10. Le principe général du droit interdisant aux personnes publiques de consentir des libéralités s'oppose à la clause d'un contrat de location-maintenance d'une imprimante prévoyant que la résiliation donne lieu au paiement de la totalité des copies faisant l'objet d'un « engagement Volume-copie annuel » calculé sur toute la durée initialement prévue du contrat et augmenté de 10 %. En effet, le caractère manifestement disproportionné de cette indemnité résulte de ce qu'elle est « sans lien avec un quelconque préjudice » et « ne tient pas compte des charges » dont la résiliation du contrat dispense le titulaire et représente une somme « supérieure au chiffre d'affaires maximal » auquel il aurait pu prétendre si l'exécution avait été poursuivie jusqu'au terme initialement prévu (CAA Paris, 11 mars 2022, n° 20PA01320, *Sté Riso France*).
11. « Il ne résulte ni de la convention [...] ni d'aucune autre pièce que les parties auraient eu la commune intention de mettre à la charge [de l'association] l'acquisition de l'immeuble [...] en vue du fonctionnement du service public ». En conséquence, l'immeuble en question n'est pas un bien de retour (CAA Nantes 8 avril 2022, n° 21NT00768, *Commune Hennebont*).
12. Une convention d'occupation du domaine public à titre gratuit est nulle et la commune ne peut invoquer l'enrichissement sans cause de l'occupant au motif qu'il n'a pas entretenu le domaine public occupé, comme le contrat le prévoyait (CAA Douai 17 mars 2022, n° 20DA00770, *Commune de Crotoy c/ Assoc. Club nautique de la baie de Somme*).

13. La procédure de sélection d'un occupant en vue de l'exercice d'une activité économique sur le domaine public étant organisée « librement » par l'autorité compétente, une commune peut décider de soumettre l'examen des projets soumis par les candidats à un jury, à condition que les garanties d'impartialité et de transparence soient respectés (CAA Paris 17 mars 2022, n° 20PA00588, *Association Les ailes d'Oraguon*).
  
14. Une compagnie aérienne obtient du juge du référé précontractuel d'annuler la procédure de passation d'une convention d'exploitation de services aériens lancée sur le fondement du règlement européen (CE) n° 1008/2008 du 24 septembre 2008 au motif que l'attributaire, condamné pour travail dissimulé, n'a réglé l'intégralité des amendes (TA Pau, ord., 21 mars 2022, n° 2202424, *Sté Chalair aviation*).