



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



## LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Mai 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 contrat ayant pour objet l'achat d'un produit n'ayant pas encore fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché doit être annulé (CE 5 avril 2023, n° 459834, <i>Commune de Hyères-Palmiers</i> et n° 459865 – <i>Société Compagnie européenne de réalisation antiparasitaires (CERA)</i> , classé B).....	2
1.2 Le membre d'un groupement solidaire peut demander la modulation des pénalités de retard en raison des retards dans l'exécution des seules prestations dont il avait la charge ; le pouvoir de passer un marché de substitution sans clause s'applique aussi aux marchés de service (CE 12 avril 2023, n° 461576, <i>Société Art &amp; Build Architectes</i> , classé B) .....	4
1.3 Le droit de suivi du marché de substitution offert au titulaire défaillant implique seulement la communication spontanée, par le pouvoir adjudicateur, dudit marché (CE 5 avril 2023, n° 463554, <i>Ministre des armées c/ Société Iveco France</i> ) .....	4
1.4 Les engagements des opérateurs en matière de déploiement du réseau de fibre optique soumis à l'acceptation du ministre chargé des communications électroniques ne sont pas de nature contractuelle (CE 21 avril 2023, n° 464349, <i>Société Orange</i> , classé B).....	5
1.5 Des conditions de participation peuvent exclure les candidats liés à des personnes exerçant des activités susceptibles d'être contrôlées par l'autorité contractante au titre de ses pouvoirs de police (CE 12 avril 2023, n° 466740, <i>Office National des Forêts c/ société Héli-Cojyp</i> ) .....	7
<b>2. Brèves</b> .....	9

## 1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

---

### 1.1 Le contrat ayant pour objet l'achat d'un produit n'ayant pas encore fait l'objet d'une autorisation de mise sur le marché doit être annulé (CE 5 avril 2023, n° 459834, *Commune de Hyères-les-Palmiers* et n° 459865 – *Société Compagnie européenne de réalisation antiparasitaires (CERA)*, classé B)

Cet arrêt précise la notion de « contenu illicite » qui permet aux tiers, aux côtés des vices d'une particulière gravité et des vices de consentement, d'obtenir l'annulation d'un contrat administratif dans le cadre d'un recours en contestation de validité, dès lors que cette annulation ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général (CE, Assemblée, 4 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70).

Dans son arrêt Cerba (CE 9 novembre 2018, Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie, n° 420654 et 420663, au Recueil p. 407), le Conseil d'Etat a donné une définition assez stricte de la notion : « *Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* ».

L'achat d'un produit qui ne comporte pas encore d'autorisation de mise sur le marché confère-t-il un contenu illicite au contrat ? La réponse à cette question est clairement positive, tant pour la Cour administrative d'appel de Marseille que pour le Conseil d'Etat. La solution pouvait néanmoins paraître relativement imprévisible et ce pour deux raisons.

La première a trait à la réglementation des autorisations de mise sur le marché de produits biocides. Le titulaire du marché prétendait pouvoir bénéficier de différentes dispositions transitoires du règlement (UE) n° 528/2012 du 22 mai 2012 concernant la mise à disposition sur le marché et l'utilisation des produits biocides, autorisant, sous certaines conditions, la possibilité d'utiliser à titre dérogatoire ces produits biocides le temps que la Commission achève l'examen de toutes les substances actives déjà sur le marché. Après un examen long rappel de la réglementation et des circonstances de l'espèce, le Conseil d'Etat conclut au rejet de cet argument, non sans raisons : le règlement applicable prévoyait la possibilité de commercialiser des produits pour lesquels l'évaluation n'avait pas été terminée au 1<sup>er</sup> septembre 2013 mais le titulaire n'avait déposé sa demande d'AMM que le 6 septembre 2013 et par ailleurs, la substance active produit en question figurait sur une liste de produit dudit règlement sans que cela n'ait pas pour effet de valoir mise sur le marché.

La deuxième raison ayant pu faire (faiblement) hésiter concerne précisément la notion de contenu illicite. Le considérant de principe, précité, de l'arrêt Cerba aurait pu conduire à rejeter l'argument de l'illicéité du contenu. L'objet du contrat n'était pas illicite en soi – lutter contre les moustiques qui prolifèrent dans le midi de la France devenant même un impératif de santé publique à mesure que ce déploie le moustique tigre – et on pouvait se demander si l'achat d'un produit n'ayant pas encore une autorisation de mise sur le marché « méconnaît nécessairement » la loi. Les précédents n'étaient guère éclairants : dans l'affaire

Cerba, il a été jugé que la méconnaissance de l'obligation de mentionner certaines taxes applicables aux prestations objet du marché ne constituait pas une illicéité et, par ailleurs, la circonstance que le titulaire d'un contrat n'ayant pas pour objet l'occupation du domaine public mais dont le lieu de réalisation se situe sur une dépendance du domaine public ne dispose pas d'un titre l'autorisant à occuper cette dépendance n'a pas pour effet de rendre illicite le contenu du contrat (CE 10 juillet 2020, Société de manutention et d'entreposage de grains, n° 427216).

L'arrêt étant sibyllin sur ce point, ce sont les conclusions du rapporteur public, Nicolas Labrune, qui éclairent le raisonnement : *« il nous semblerait vain, pour apprécier si le contenu d'un contrat est ou pas illicite, de chercher à distinguer l'offre technique de l'attributaire, d'une part, de l'objet du contrat, d'autre part. Le contrat, en effet, nous semble indissociable de l'offre retenue au terme de la procédure de mise en concurrence : une fois retenue par l'acheteur public, cette offre acquiert elle-même une valeur contractuelle. En réalité, ce que doit faire le juge, c'est un tri entre les éléments du contrat - ou de l'offre acceptée devenue contrat - selon leur portée : seuls ceux qui déterminent l'objet même des obligations contractuelles sont susceptibles, s'ils méconnaissent une norme supérieure, d'entraîner l'annulation du contrat. Au cas d'espèce, nous n'avons guère de doute : le présent litige porte sur un marché de fourniture dont l'objet même est la fourniture d'un produit qui ne dispose pas de l'autorisation de mise sur le marché nécessaire à sa commercialisation »*. La solution aurait sans doute été plus délicate s'agissant d'une prestation de service qui aurait inclus l'utilisation d'un produit n'ayant pas encore d'autorisation de mise sur le marché. Le rapporteur public a pu avancer l'idée de se fonder alors sur la place des prestations faisant usage de ce produit dans le contrat ou sur l'importance du choix du produit dans l'exécution du contrat, sachant qu'il a été jugé que l'absence d'autorisation des personnels de la société attributaire à manipuler des produits biocides n'entachait pas la régularité de l'offre (CE, 18 février 2022, Toulouse Métropole, n° 457578). Quoiqu'il en soit, on constate que l'arrêt adopte une conception assez large de la notion d'objet illicite en incluant dans l'objet l'offre du candidat retenu.

Les conclusions du rapporteur public nous apprennent aussi que les parties aux contrats, toutes les deux requérantes devant le juge de cassation, auraient pu invoquer le moyen tenant à ce que l'annulation du contrat pouvait ne porter que sur la période précédant l'autorisation de mise sur le marché, intervenue quelques mois avant la fin du contrat. Il est vrai que l'intérêt était limité compte tenu de cette brève échéance.

Ce que ne disent ni les conclusions ni l'arrêt concernent les suites de l'annulation de ce contrat entièrement exécuté. Le requérant, fournisseur du concurrent évincé, devrait être en droit de demander des dommages et intérêts, ce qu'il aurait d'ailleurs pu faire concomitamment dans le cadre de son recours, d'autant que l'arrêt de la Cour administrative d'appel faisait état d'un préjudice certain puisque le concurrent évincé avait été classé deuxième et que son offre n'était pas irrégulière. Les sommes versées par la commune au titulaire devraient aussi être restituées et l'ordonnateur de la commune devrait émettre un titre de recettes, sauf à risquer de voir sa responsabilité engagée. Il ne resterait alors à l'ancien titulaire du marché que l'action en responsabilité quasi-contractuelle pour obtenir le remboursement des dépenses utiles à la commune, à l'exception, le cas échéant, des produits qui n'auraient pas été utilisés et qui devraient être restitués à l'ancien titulaire.

Pour terminer, on rappellera les autres conséquences contentieuses d'un contenu illicite d'un contrat administratif : le juge ne peut ordonner la reprise des relations contractuelles (CE, 1er octobre 2013, Sté

Espace Habitat construction, n° 349099), la juridiction arbitrale internationale doit écarter le contrat (CE Assemblée, 9 novembre 2016, Sté Fosmax LNG, n° 388806) et en principe la personne publique cocontractante doit faire droit à une demande d'un tiers de résiliation du contrat (CE Section, 3 juin 2017, Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, n° 398445).

**1.2 Le membre d'un groupement solidaire peut demander la modulation des pénalités de retard en raison des retards dans l'exécution des seules prestations dont il avait la charge ; le pouvoir de passer un marché de substitution sans clause s'applique aussi aux marchés de service (CE 12 avril 2023, n° 461576, Société Art & Build Architectes, classé B)**

Un commentaire est désormais disponible à l'AJCT des éditions Dalloz :

**François Lichère, « Marché public : du nouveau dans la modulation des pénalités de retard et la substitution du titulaire défaillant », note sous CE 12 avril 2023, n° 461576, Société Art & Build Architectes, AJCT, juillet-août 2023, p. 429.**

**1.3 Le droit de suivi du marché de substitution offert au titulaire défaillant implique seulement la communication spontanée, par le pouvoir adjudicateur, dudit marché (CE 5 avril 2023, n° 463554, Ministre des armées c/ Société Iveco France)**

Le pouvoir de substituer un nouveau titulaire au titulaire défaillant, que ce soit temporairement ou définitivement en cas de résiliation, est un pouvoir ancien qui existe même sans clause (CE 9 janvier 1957, D..., aux Tables p. 955). La jurisprudence a récemment renforcé les droits du titulaire défaillant en indiquant que, même en l'absence de clause en ce sens, il bénéficie d'un droit de suivi du marché de substitution (CE 18 décembre 2020, Société Treuils et Grues Labor, n° 433386). L'arrêt commenté permet de préciser ce qu'il convient d'entendre par droit de suivi et notamment l'étendue qui pèse sur la personne publique quant à la communication spontanée d'informations.

A cet égard, le Conseil d'Etat juge que seule pèse sur la personne publique l'obligation de communication spontanée du marché de substitution et qu'elle n'est pas tenue de communiquer au titulaire défaillant les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées en exécution du nouveau contrat qu'à la condition d'être saisie d'une demande en ce sens. La communication du marché de substitution est historiquement justifiée pour que le titulaire défaillant puisse vérifier que le nouveau marché a un objet équivalent à celui de l'ancien ou doit permettre de parvenir au même résultat (CE Section du 17 mars 1972, Dame F..., n° 76453, au Recueil p.224 et CE 28 janvier 1977, Ministre de l'Economie c/ Société Heurtey, n° 99449, au Recueil p. 50). La communication spontanée au titulaire défaillant ne doit donc pas aller au-delà comme le décide ici le juge administratif suprême. Le Conseil d'Etat casse ainsi l'arrêt de la CAA de Bordeaux qui l'avait déchargé de l'obligation de payer plus de deux millions d'euros au motif qu'il n'avait pas été mis à même d'apprécier la réalité de l'exécution du marché de fourniture au ministère de la défense de véhicules de dégivrage et d'antigivrage pour aéronefs.

Les conclusions du rapporteur public Nicolas Labrune apportent des éclairages sur les arguments pour et contre la solution adoptée par le Conseil d'Etat. Au titre des derniers, il indiquait que communiquer spontanément des informations permettant le suivi de l'exécution n'est pas une obligation impossible à satisfaire du fait des pièces transmises par le nouveau titulaire et « *permettrait en outre de se prémunir d'éventuelles stratégies d'évitement de l'administration, qui pourrait à l'occasion être tentée de parier sur l'inertie du titulaire défaillant qui omettrait de demander des précisions* ». Pourtant, il voyait plus de raisons pour ne pas faire peser une telle obligation de communication spontanée sur l'autorité contractante : cela alourdirait ses obligations, sans que l'étendue de celles-ci ne soit précise, et entraînerait un risque financier certain puisqu'une insuffisance de communication aboutirait à décharger le titulaire défaillant de l'obligation de payer les surcoûts. « *A suivre le raisonnement de la cour, le titulaire défaillant serait incité à ne rien demander puis à contester devant le juge les sommes mises à sa charge en faisant valoir qu'il n'a pas été suffisamment informé* ».

Tranchant l'affaire au fond, le Conseil d'Etat apporte d'autres précisions sur le régime de la substitution. Ainsi, le titulaire défaillant ne saurait invoquer une éventuelle atteinte à l'égalité des candidats dans l'attribution du marché de substitution à l'effet de contester son obligation de paiement. Tout juste aurait-il pu, comme le précise le rapporteur public, contester ce marché par le biais d'un recours en contestation de validité. Enfin, il ne saurait contester de devoir payer les sommes résultant de tranches conditionnelles actionnées après la substitution, puisqu'il s'était contractuellement engagé à exécuter tant la tranche ferme que les tranches conditionnelles.

Il reste à savoir quelles sont les pièces que le titulaire défaillant a le droit de demander, ce que le Conseil d'Etat n'a pas eu l'occasion de préciser ici. Le rapporteur public indiquait cependant que « *nous pensons alors que le titulaire défaillant devrait pouvoir obtenir communication des pièces justificatives des sommes versées au titre du marché de substitution, telles que les factures* ». La jurisprudence n'a donc pas fini d'apporter des précisions en la matière, d'autant que la pratique de la substitution, encouragée par la jurisprudence du Conseil d'Etat comme l'illustre l'arrêt commenté, semble loin d'être marginale.

#### **1.4 Les engagements des opérateurs en matière de déploiement du réseau de fibre optique soumis à l'acceptation du ministre chargé des communications électroniques ne sont pas de nature contractuelle (CE 21 avril 2023, n° 464349, Société Orange, classé B)**

Une fois n'est pas coutume, c'est une réponse à une question prioritaire de constitutionnalité qui donne au Conseil d'Etat l'occasion de trancher une question relative à un contrat administratif, en l'occurrence la question de savoir s'il existait une relation contractuelle ou unilatérale entre le ministre chargé des communications électroniques et la société Orange dans un contexte de fibre optique.

Afin de pouvoir apprécier la réponse du Conseil d'Etat, il convient de rappeler le contexte législatif et réglementaire. Dans les zones dites très denses (ZDT), correspondant à 106 communes et représentant environ 6,5 millions logements ou établissements professionnels, soit 18% de l'ensemble des locaux situés sur le territoire, le déploiement de la fibre optique est effectué exclusivement par les opérateurs privés puisqu'il est économiquement viable pour plusieurs opérateurs de déployer leurs propres infrastructures au plus près des logements. Dans les zones dites moins denses (ZMD), qui recouvrent le reste du territoire national, la rentabilité du déploiement est variable, de sorte que le gouvernement a lancé en 2011 un

appel à manifestation d'intentions d'investissements (AMII) visant à recueillir les intentions d'investissement des opérateurs en matière de déploiements de réseaux de boucle locale à très haut débit à horizon de 5 ans. Devant le faible déploiement, la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique a voulu renforcer l'opposabilité des engagements des opérateurs. L'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques qui en résulte prévoit ainsi que « *le ministre chargé des communications électroniques peut accepter, après avis de l'[ARCEP], les engagements, souscrits auprès de lui par les opérateurs, de nature à contribuer à l'aménagement et à la couverture des zones peu denses du territoire par les réseaux de communications électroniques et à favoriser l'accès des opérateurs à ces réseaux* ». Et il ajoute que « *l'[ARCEP] en contrôle le respect et sanctionne les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11* ». La société Orange a, par deux courriers des 20 février et 31 mai 2018, soumis à l'acceptation du ministre une série d'engagements relatifs à ses déploiements de réseaux FttH, ce qu'il a fait par un arrêté du 26 juillet 2018 après avoir recueilli l'avis de l'ARCEP. Après ouverture d'une instruction onze mois plus tard, justifiée par la lenteur des déploiements, puis demande du Ministre de l'ouverture d'une procédure de sanction, la formation de règlement des différends, de poursuite et d'instruction de l'ARCEP a, par une décision n° 2022-0573 du 17 mars 2022, mis en demeure la société Orange de se conformer à ses engagements, décision que la société Orange a demandé au Conseil d'Etat d'annuler. Seul le volet « contractuel » de l'arrêt sera ici commenté et qui d'ailleurs est le seul à justifier le classement en « B ».

La question prioritaire de constitutionnalité portait sur trois dispositions du Code des postes et télécommunications électroniques et notamment sur la conformité à la Constitution de l'article 33-13 précité en ce qu'il confie à l'ARCEP le contrôle du respect des engagements souscrits par les opérateurs et de sanctionner les manquements constatés dans les conditions prévues à l'article L. 36-11. Outre les arguments relatifs à l'indépendance et à l'impartialité des membres de l'ARCEP chargé d'opérer les deux missions, rejetés par le Conseil d'Etat, ce dernier avait à se prononcer sur la nature contractuelle ou non des rapports précités. Selon le requérant en effet, soumettre des engagements de nature contractuelle à un régime de sanction administrative porterait atteinte à la garantie des droits, et notamment au principe de liberté contractuelle, alors que leur exécution peut être contrôlée et sanctionnée par le juge du contrat. Le Conseil d'Etat n'a pas eu à répondre sur le bien fondé du moyen puisqu'il l'a jugé inopérant, faute pour l'engagement d'être de nature contractuelle.

On peut être surpris au premier abord par la formulation choisie : « *Il ressort de l'article L. 33-13 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) que le législateur a entendu donner une force contraignante aux engagements librement consentis par les opérateurs en matière de déploiement du réseau de fibre jusqu'à l'habitant en permettant au ministre chargé des communications électroniques de les accepter. Il en résulte que les engagements librement souscrits sur ce fondement et acceptés par cette autorité ne peuvent être qualifiés de contrat entre l'opérateur et l'Etat. Par conséquent, la requérante ne peut utilement se prévaloir de ce que les dispositions attaquées conduiraient à méconnaître la liberté contractuelle* ». La référence aux « engagements librement souscrits » aurait pu laisser entrevoir, au contraire, une voie contractuelle.

On n'est guère davantage convaincu *a priori* par les conclusions de Clément Malverti. Selon lui, « *lorsqu'un acte est édicté en vertu d'une habilitation à agir par voie unilatérale et non par l'instrument contractuel, il est nécessairement unilatéral, les modalités de son élaboration étant à cet égard indifférentes* ».

Mais cet argument peut prendre tout son sens si l'on ajoute l'adjectif « législative » à « habilitation ». Il est probable que le fait que la référence à l'arrêté ministériel provienne du législateur a joué un rôle essentiel (voir, dans ce sens, CE 23 octobre 1974, Sieur Valet et Association pour la défense des intérêts professionnels de la boucherie du Bassin Parisien, n° 88034, Rec. p. 500, à propos de la fixation des prix de la viande en application de l'ordonnance du 30 juin 1945). Car en l'absence d'une telle qualification législative, le Conseil d'Etat n'hésite pas à requalifier ce qui est appelé convention en acte unilatéral (CE sect. 23 juin 1995, Min. Cult. c/ Association Défense Tuileries, 161311 : un « cahier des charges » signé par l'État et par l'établissement du Grand Louvre pour définir les conditions de délivrance des autorisations d'occupation du jardin des Tuileries est un acte réglementaire) et inversement (CE 25 novembre 1994, Soc. Aticam, 137318, Rec. 514 : un « règlement d'exploitation » de hangars, annexé à un contrat d'occupation du domaine public constitue un document contractuel).

On ne peut, cela étant, s'empêcher de penser qu'il y a là un argument quelque peu formel. Il est d'ailleurs arrivé à des rapporteurs publics de contester la nature contractuelle de ce que le législateur avait qualifié de convention (voir les conclusions Hubac sous CE Ass. 8 avril 1998, Société Ser c/ Fun Radio, 161411, Rec. 138, à propos de l'article 28 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée en 1989 qui subordonnait la délivrance d'autorisations de fréquence de radiodiffusion et télévision à la conclusion d'une convention entre l'État et le titulaire).

### **1.5 Des conditions de participation peuvent exclure les candidats liés à des personnes exerçant des activités susceptibles d'être contrôlées par l'autorité contractante au titre de ses pouvoirs de police (CE 12 avril 2023, n° 466740, Office National des Forêts c/ société Héli-Cojyp)**

Bien que classé « C » et intervenant dans le contexte guyanais de lutte contre l'orpaillage illégal, cet arrêt présente un intérêt certain quant à la notion et au contrôle juridictionnel des « conditions de participation » que peut imposer un pouvoir adjudicateur aux candidats. En l'espèce, l'Office national des forêts (ONF) a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la passation d'un accord-cadre à bons de commande ayant pour objet la commande de missions de travail aérien et de transport public sur l'ensemble du territoire de la Guyane. Un article du règlement de consultation relatif aux « Conditions de participation » disposait que « *Les opérateurs économiques ayant un lien organique ou capitalistique avec une personne physique et/ou morale exerçant une activité professionnelle, soit d'exploitation du sol ou du sous-sol (extraction minière notamment), soit étroitement liée à ce secteur d'activité, ne peuvent pas candidater à la présente consultation* ». Un candidat à ce marché, avant même d'être écarté pour ce motif, demanda et obtint du juge des référés du tribunal administratif de Guyane d'ordonner à l'ONF de reprendre le processus d'analyse des offres après avoir écarté cette condition, d'informer les opérateurs économiques intéressés de cette modification et d'ouvrir un nouveau délai de réception des offres au moins égal à cinquante jours.

Le Conseil d'Etat commence par casser l'ordonnance au motif que le juge du référé précontractuel a vu dans l'interdiction précitée une « condition d'exécution » alors que, à la lecture de l'article L. 2142-1du Code de la commande publique, relatif aux « aptitudes » des candidats, mais aussi de l'article 58 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 relative aux « capacités » des candidats, « *un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles*

*requis lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché ». Et le rapporteur public d'ajouter qu'il ne s'agissait pas non plus d'un motif d'exclusion au sens que l'article 57 de la directive de 2014 donne à cette notion car « cet article concerne des motifs généraux d'exclusion de tous les marchés publics en raison de faits particulièrement graves ». En effet, si la jurisprudence européenne (CJUE 7 septembre 2021, Klaipedios regiono atlieky tvarkymo centras UAB, aff. C-927-19) a reconnu que la directive 2014/24 peut conduire à ce que des prescriptions techniques puissent être regardées comme constituant à la fois des critères de sélection ayant trait aux capacités techniques et professionnelles des candidats, et comme des spécifications techniques ou des conditions d'exécution du marché, « cela ne signifie pas pour autant que l'article 58 ne puisse pas trouver à jouer de manière autonome ni, encore moins, qu'il se confonde avec l'article 57 ».*

Ensuite et surtout, le Conseil d'Etat admet la légalité d'une telle atteinte au libre accès et à l'égalité des candidats à un marché public. Peut-être est-ce là la conséquence du contrôle restreint qu'il opère dans le cadre de son office de juge du référé précontractuel, sanctionnant seulement l'exigence de capacité imposée aux candidats « manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée » (CE 7 mai 2013, Société Segex et société Aximum, n° 365706, T. p. 702, ccl. B. Dacosta; CE 17 septembre 2014, Société Delta Process, n° 378722, T. p. 748). En tout état de cause, de solides arguments pouvaient venir au soutien de cette condition de participation et permettre de rejeter les arguments adverses.

En premier lieu, l'ONF n'a pas méconnu les dispositions de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique relatif au motif d'exclusion pour cause de situation conflit d'intérêt puisque cet article concerne la phase de passation et non celle d'exécution (CE 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, n° 454466).

*En deuxième lieu, « Il résulte de l'instruction que le marché en cause porte sur la réalisation de missions hélicoptérées, comptabilisées en heure de vol, ayant notamment pour objet la surveillance des activités minières légales et illégales, et que la bonne exécution de ces missions impose des exigences de confidentialité et d'indépendance des pilotes vis-à-vis notamment des personnes susceptibles de faire l'objet de cette surveillance. Par suite, et alors qu'il est manifeste, en l'état de l'instruction, qu'aucune des autres modalités que la société Héli-Cojyp présente comme alternatives à la clause litigieuse n'aurait permis à l'ONF de garantir que les candidats disposent des capacités professionnelles nécessaires à l'exécution du marché compte tenu des exigences de confidentialité et d'indépendance précitées, la clause litigieuse, imposant aux candidats à ce marché de n'avoir ni lien organique ni lien capitalistique avec une personne physique ou morale exerçant une activité d'exploitation du sol ou du sous-sol, n'est ni manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ni manifestement disproportionnée ».*

Il existe certainement un lien entre l'interdiction en litige et l'objet du contrat, même s'il est vrai que cet objet porte aussi sur des heures de vol sans lien avec la surveillance des activités minières légales et illégales : on ne saurait exiger de réduire le périmètre du marché à cette seule surveillance sauf à risquer de multiplier les coûts puisqu'un vol peut remplir plusieurs fonctions.

Le caractère manifestement disproportionné de l'exigence posée était plus délicat à examiner puisque la société requérante estimait que le risque de conflit d'intérêts pouvait également exister avec des prestataires ayant pour clients des sociétés minières et pas seulement pour celles ayant des liens

organique ou capitalistique. Le rapporteur public écarte l'argument au motif de la différence de nature, comme le Conseil d'Etat, mais aussi par rapport à la nécessité de prévenir les risques les plus importants de conflits d'intérêt, même si, en l'espèce, cela peut aboutir à ce que ce seul candidat sera écarté. On pourrait ajouter qu'une interdiction trop étendue risquerait d'aboutir à une absence de candidatures recevables.

Enfin, la société requérante avançait la possibilité de solutions alternatives garantissant son accès tout en luttant contre le risque évoqué. Mais le rapporteur public a pu démontrer combien la signature de clauses de confidentialité avec les pilotes eux-mêmes, le recours à un accord-cadre multi-attributaires ou la segmentation du marché par lots selon la nature et la sensibilité des missions auraient été impossibles ou inutiles : la première ne pourrait être vérifiée qu'a posteriori alors que l'accord-cadre multi attributaires ou la segmentation s'avéraient peu praticables au regard de l'imbrication des différentes composantes des missions aériennes recherchées.

Cet arrêt ouvre ainsi la possibilité de poser des conditions de participation permettant de lutter contre des conflits d'intérêts susceptibles d'apparaître pendant la phase d'exécution du marché, ce qui est à notre connaissance inédit. Une telle possibilité semble bienvenue, même si un contrôle entier au stade du référé précontractuel serait préférable, à l'image de ce qui est déjà admis pour le contrôle des conditions d'exécution (CE 4 décembre 2017, Ministre de l'intérieur c/ Région Pays-de-la-Loire, n° 413366).

## 2. Brèves

---

1. Saisi d'un recours subrogatoire exercé par l'assureur subrogé dans les droits de son assuré contre le tiers débiteur, il revient au juge, si les conditions d'engagement de la responsabilité du tiers débiteur sont remplies, de déterminer le droit à réparation de l'assuré, avant de déterminer les droits de l'assureur subrogé, qui ne peuvent excéder le montant de l'indemnité d'assurance qu'il a versée à son assuré. Si le juge retient un partage de responsabilité en raison d'une faute commise par l'assuré, ce partage doit être appliqué à l'assiette constituée par l'évaluation du préjudice subi par l'assuré et non au montant de l'indemnité versée par l'assureur à son assuré. (CE 12 avril 2023, n° 463881, Société SMA, classé B)
2. Dans l'hypothèse où le préjudice de la personne publique résulte de pratiques auxquelles ses organes dirigeants ont participé, de sorte qu'en raison de leur implication, elle n'a pu faire valoir ses droits à réparation, la prescription ne peut courir qu'à la date à laquelle, après le remplacement de ses organes dirigeants, les nouveaux organes dirigeants, étrangers à la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, acquièrent une connaissance suffisamment certaine de l'étendue de ces pratiques (CE 9 mai 2023, n°451710, Société Gespace France et autres et n°451817, Société Eiffage construction et Fougerolles et autres, classé A).
3. Un maire peut prescrire la réalisation de travaux de mise en sécurité sur un édifice constituant une dépendance du domaine public appartenant à une personne publique. La personne publique qui assume les obligations du propriétaire, tel que l'affectataire, doit être regardée comme le propriétaire de ces biens pour l'exercice des pouvoirs de police de la sécurité et de la

salubrité des immeubles, locaux et installations (CE 1er mars 2023, n° 466574, Commune de Tergnier).

4. Un concurrent évincé a droit à l'indemnisation de son manque à gagner en cas de déclaration irrégulière d'infructuosité et s'il était classé premier lors de l'appel d'offres initial. L'irrégularité de la déclaration d'infructuosité résulte de ce que « l'estimation a été réalisée par la maîtrise d'œuvre, sans qu'aucun élément ne corrobore qu'il s'agissait également des crédits budgétaires alloués à l'opération » et sur le fait que l'offre retenue à l'issue de la négociation était supérieure de 67 % à l'estimation initiale (CAA Paris, 10 févr. 2023, n° 22PA00023, Sté Ardimanni et Benedetti).
5. Lorsque le maître d'ouvrage public subordonne la souscription d'une assurance complémentaire « tout risque chantier » à son accord préalable, le titulaire commet une faute. En revanche, le maître d'ouvrage ne peut imposer la souscription à une telle assurance et commet lui aussi une faute en pareil cas (CAA Bordeaux, 7 mars 2023, n° 21BX01067, Région Réunion)
6. La clause aux termes de laquelle « l'entreprise ne pourra réclamer d'indemnités, ni de plus-value pour la méconnaissance des inconvénients, difficultés ou sujétions, de quelque nature qu'ils soient » n'exclut pas une demande d'indemnisation des travaux indispensables (CAA Douai, 21 févr. 2023, n° 19DA02251, Sté Eiffage Construction Nord-Pas-de-Calais).
7. Un bien nécessaire au service public ne constitue pas un bien de retour s'il est la propriété d'un tiers au contrat de délégation de service, lequel l'a simplement apporté en location au profit du délégataire pour lui permettre de gérer le service public (CAA Bordeaux, 28 févr. 2023, n° 21BX01167, épX A.)
8. Le juge est fondé à demander une expertise sur le caractère excessif ou non d'une DSP de stationnement de 40 ans. Le titulaire n'a pas pu « démontrer que le compte prévisionnel de résultat annexé à l'ensemble contractuel tenant compte d'une durée d'exécution de quarante ans correspondait à une hypothèse crédible en termes de charges et de recettes et lui permettait de dégager un bénéfice raisonnable. Par ailleurs, la commune de Dunkerque, qui se bornait à soutenir devant le tribunal que la résiliation de l'ensemble contractuel pour durée excessive était justifiée eu égard, d'une part, aux prestations réelles et certaines demandées à la SA Auxiliaire de Parc, à savoir la construction et l'exploitation d'un seul parc de stationnement d'une capacité de deux cents places environ et l'exploitation du stationnement payant sur voirie, d'autre part, aux investissements mis à sa charge de 5 709 981 euros et, enfin, à l'amortissement technique des horodateurs ramené de quarante à dix ans par la société elle-même après vingt années d'exécution des conventions, n'établissait pas que la durée initialement fixée présentait un caractère excessif » (CAA Douai, 21 févr. 2023, n° 21DA02389, SA Auxiliaire de Parcs).
9. Le concessionnaire n'était pas tenu de réaliser ces travaux dit de « mise en conformité » car ils « n'étaient pas définis contractuellement » : de simples renvois aux « prescriptions, règlements et circulaires en vigueur » et aux cahiers des charges d'organismes tiers ne suffisent pas à caractériser des obligations contractuelles (CAA Lyon, 23 févr. 2023, n° 20LY03741, Sté Valespace).

10. Est illégale une redevance d'occupation calculée sur la base de l'emprunt souscrit pour la réalisation de l'immeuble occupé (CAA Toulouse, 21 févr. 2023, n° 21TL01306, Synd. intercommunal à vocation multiple de la vallée du Cady).
  
11. Présente un motif d'intérêt général la vente avec rabais de 13 % par rapport à l'estimation de France domaine d'un bâtiment scolaire désaffecté pour construire un immeuble qui comportera 30 % de logements sociaux (CAA Bordeaux, 23 févr. 2023, n° 21BX00510).