

LETTRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Novembre-Décembre 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 Les occupations privatives du domaine public sont soumises au principe de transparence, même antérieures à l'ordonnance du 19 avril 2017, contrairement à celles du domaine privé (CE 2 décembre 2022, n° 455033, <i>Société Paris Tennis</i> et n° 460100, <i>M. Amigorena c/ ville de Biarritz</i> ; classés A)	2
1.2 La condamnation par un juge pénal à une peine accessoire d'exclusion des marchés publics doit être définitive pour entraîner l'exclusion des marchés publics (CE 2 novembre 2022, N° 464479, <i>Ministre des armées c/ Société Icare</i> , classé B).....	4
1.3 Les changements des prescriptions préfectorales pour des fouilles archéologiques n'entraînent pas de modification automatique du contrat passé pour les mettre en œuvre et auquel l'Etat n'est pas partie (CE 2 novembre 2022, N° 450930, <i>Institut national de recherches archéologiques préventives</i> , classé B).....	7
1.4 Les tiers ne peuvent attaquer en excès ce pouvoir que les actes d'approbation d'un contrat émanant d'une autorité distincte des parties contractantes, qui concernent des contrats déjà signés et qui sont nécessaires à leur entrée en vigueur ; un membre du conseil d'administration d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel ne peut être regardé comme disposant de la faculté d'attaquer un contrat administratif sans se prévaloir d'un intérêt lésé (CE 2 décembre 2022, N° 454318 et N° 454323, <i>M. Danthony</i> , classés B).....	9
2. Brèves	11

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 Les occupations privatives du domaine public sont soumises au principe de transparence, même antérieures à l'ordonnance du 19 avril 2017, contrairement à celles du domaine privé (CE 2 décembre 2022, n° 455033, *Société Paris Tennis* et n° 460100, *M. Amigorena c/ ville de Biarritz*; classés A)

Résurgence de l'arrêt Jean Bouin ou non ? Telle est la question qui se pose à la lecture de ces deux affaires, dont les conclusions de Cécile Raquin ont d'ailleurs été rendues conjointement.

D'une certaine manière, la première affaire conduit à répondre de manière négative. Si dans l'affaire de Section du 3 décembre 2010, Ville de Paris (n° 338272), dite du stade Jean Bouin, le Conseil d'Etat avait estimé qu'il n'y avait aucune obligation de publicité et de mise en concurrence pour les occupations privatives du domaine public, la solution est ici inverse alors même qu'était contestée une convention d'occupation du domaine public du Sénat signée antérieurement à l'ordonnance du 19 avril 2017 imposant de telles obligations. La raison de ce revirement de jurisprudence – qui n'est bizarrement pas fiché comme tel – tient tout simplement dans la décision de la Cour de justice du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl* (C-458/14 et C-67/15), mentionnée dans l'arrêt ici commenté, qui a jugé que les dispositions de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 sont susceptibles de s'appliquer aux autorisations d'occupation du domaine public. Cet article, non transposé en droit interne, pose en effet une seule condition pour imposer une procédure transparente : « *Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture* ». L'affaire commentée donne ainsi au Conseil d'Etat et pour la première fois, l'occasion d'appliquer cette directive.

Aussi, le Conseil juge en premier lieu que l'exploitation de courts de tennis, objet de la convention, constitue une activité de services au sens de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 et non, contrairement à ce que soutient le Sénat, un service d'intérêt général non économique qui ne relèverait pas de son champ d'application en vertu du a) du paragraphe 2 de son article 2. Au vu des enjeux financiers en cause, le caractère économique paraissait évident, d'autant que l'intérêt général n'était pas en outre forcément caractérisé. Ensuite, en autorisant l'occupation d'une partie du jardin du Luxembourg, qui appartient au domaine public, le Sénat doit être regardé comme exerçant un rôle de contrôle ou de réglementation, et donc comme constituant une autorité compétente au sens de cette directive. Enfin le titre doit constituer une « autorisation » au sens de cette directive. Il convient de garder cela en tête puisque c'est cette condition qui, pour le Conseil d'Etat, fait défaut pour les occupations d'occupation du domaine privé.

En deuxième lieu, l'autorisation d'occuper les six courts de tennis en litige doit être regardée comme étant disponible en nombre limité « *dès lors que les biens qui en font l'objet, eu égard à leur localisation, à la faible disponibilité des installations comparables à Paris, en particulier au centre de cette ville, ainsi qu'à leur notoriété, sont faiblement substituables pour un prestataire offrant un service de location de courts de tennis et d'enseignement de ce sport dans la région parisienne* ». La rapporteure publique avait en effet rappelé que, pour la Cour de justice, « *le fait que les concessions en cause au principal sont octroyées non pas au niveau national mais au niveau communal doit, notamment, être pris en considération afin de*

déterminer si lesdites zones pouvant faire l'objet d'une exploitation économique sont en nombre limité ». Et d'indiquer aussi qu'elle était favorable à une interprétation de la rareté qui consiste « à vérifier au cas par cas si les autorisations sont en pratique limitées » comme l'a fait la CAA de Lyon qui a estimé que l'autorisation d'occuper une place publique de Chalon-sur-Saône ne revêtait pas de caractère de rareté (CAA Lyon, 22 octobre 2020, n° 18LY04739) et non à juger par catégories d'activités (par exemple, pour les camions de pizzas, considérer que par nature elles sont en nombre limité comme un tribunal administratif avait pu le faire). C'est donc cette option *in concreto* qui est retenue, par une approche qui plus est d'ordre qualitative et non seulement quantitative : le Sénat invoquait le fait qu'il n'y a pas de rareté des terrains de tennis puisque, sur Paris, il existe « 179 terrains municipaux gérés par la ville et 225 par des personnes privées ». La référence à la « notoriété » et à la non substituabilité montre bien l'approche fine du juge.

Enfin et fort logiquement, le Conseil estime que « la spécificité de la Ligue de Paris de Tennis, en tant que délégataire de la Fédération française de tennis, n'implique pas qu'elle constitue le seul attributaire possible de ce titre d'occupation du domaine public et, par suite, que l'organisation d'une procédure de sélection s'avère impossible ou injustifiée. Son argumentaire selon lequel une raison impérieuse d'intérêt général y ferait également obstacle ne peut également qu'être écarté ».

En conséquence, sans être annulée, la convention est résiliée avec effet différé au 1er mars 2023 dans une parfaite logique du recours Tarn-et-Garonne.

Il est intéressant de constater que dès 2010, plusieurs commentateurs avaient estimé que la position de la Cour de justice serait sans doute inverse et que le Conseil d'Etat a, probablement sciemment, pris le risque d'être contredit par celle-ci. C'est à cette aune qu'il faut apprécier la deuxième affaire, dans laquelle le Conseil d'Etat réitère la solution Jean Bouin, cette fois à propos d'une occupation privative du domaine privé d'une personne publique.

Car, comme la CAA de Bordeaux avant lui, le Conseil d'Etat juge dans la deuxième affaire commentée que la signature d'un BEA pour la gestion d'un palace de Biarritz, en l'occurrence celui construit par Napoléon III pour l'impératrice Eugénie et racheté en 1956 par la ville de Biarritz, n'a pas à être soumis au principe de transparence.

En premier lieu, la Directive précitée ne trouve pas à s'appliquer car « il ne résulte ni des termes de cette directive ni de la jurisprudence de la Cour de justice que de telles obligations s'appliqueraient aux personnes publiques préalablement à la conclusion de baux portant sur des biens appartenant à leur domaine privé, qui ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice au sens du 6) de l'article 4 de cette même directive ». Seule la lecture des conclusions permet de comprendre cette position. Celle-ci faisait bien état du partage de la doctrine, entre ceux favorables à l'application de la directive, qui pouvaient d'ailleurs s'appuyer sur un jugement (TJ Mans, 19 août 2021, n° 20/00813 : JCP A 2021, 2311, obs. P.-M. Murgue-Varoquier) et ceux qui ne l'étaient pas. Pour la rapporteure publique, il s'agit en effet d'analyser « si la personne publique agit comme une personne privée, comme un propriétaire ordinaire dans les conditions de droit commun » pour reprendre les termes des conclusions du commissaire du Gouvernement Romieu sur l'affaire Terrier (CE, 6 février 1903, Terrier, n° 07496, au Recueil), ou « si elle se comporte comme une administration qui délivrerait une autorisation d'exercer une activité économique ». On peut tout de même être surpris par une référence à des conclusions de 1903 à l'effet d'interpréter le sens d'une directive européenne adoptée en 2006. Plus convaincante est la référence à la définition de l'« autorité compétente » figurant à son article 4 : « tout

organe ou toute instance ayant, dans un État membre, un rôle de contrôle ou de réglementation des activités de services, notamment les autorités administratives, y compris les tribunaux agissant à ce titre, les ordres professionnels et les associations ou autres organismes professionnels qui, dans le cadre de leur autonomie juridique, réglementent de façon collective l'accès aux activités de services ou leur exercice ». A cette aune, on peut effectivement penser que cette directive n'était pas applicable.

En deuxième lieu, on s'avoue moins convaincu quant au deuxième moyen, celui tiré de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, interdisant les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre, qui est balayé d'un revers de la main sans autre forme de procès ni d'explication par le Conseil d'Etat. La rapporteure publique estimait que *« dès lors que le bail en cause ne constitue pas une autorisation d'exercer une activité économique, mais qu'il se rattache à la catégorie des actes de gestion, d'entretien et de valorisation du bien de la personne publique, il ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de porter atteinte à la liberté d'établissement, même dans l'interprétation large que la CJUE fait de cette liberté, que vous avez reprise dans votre propre jurisprudence (CE, 27 février 2015, Association collectif des sels de pharmaciens et autres, n° 369949, aux Tables pp. 576-877) »*. Pourtant, il nous semblerait logique que du principe d'égalité, qui a conduit à l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité, que la Cour de justice a appliqué dans un autre arrêt Ville de Biarritz (CJCE 18 juin 1985, Steinhauser c/ Ville de Biarritz, n° C-197/84), doit nécessairement conduire à imposer un minimum de transparence dès lors qu'il existe un intérêt transfrontalier certain (cf., par analogie, Sporting Exchange Ltd, affaire C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307). Or, en l'espèce, la rapporteure publique estimait que si la question de l'application de l'article 49 était tranchée positivement par le juge, il devrait nécessairement considérer qu'il y aurait intérêt transfrontalier certain.

Il n'est donc pas impossible que, comme pour l'affaire Jean Bouin, la Cour de justice vienne contredire le Conseil d'Etat, cette fois à propos des occupations privatives (et économiques) du domaine privé. Il est vrai que se posera alors la délicate question des droits au renouvellement que la législation sur les baux commerciaux et les baux ruraux garantit largement. Il conviendrait alors que le législateur intervienne à titre préventif idéalement car, même s'il y aurait seulement obligation de résiliation avec effet différé, comme dans Société Paris Tennis, une telle obligation serait de nature à trop bouleverser le régime protecteur des baux ruraux et commerciaux.

1.2 La condamnation par un juge pénal à une peine accessoire d'exclusion des marchés publics doit être définitive pour entraîner l'exclusion des marchés publics (CE 2 novembre 2022, n° 464479, *Ministre des armées c/ Société Icare*, classé B)

Le Code de la commande publique liste toute une série de condamnations pénales dont le caractère définitif entraîne automatiquement l'exclusion de tous les contrats de la commande publique pour cinq ans (L. 2141-1 CCP pour les marchés publics). On sait que le Conseil d'Etat a, après renvoi de la Cour de justice, ajouté que le législateur français avait mal transposé la Directive 2014/23 en ne prévoyant pas la possibilité pour un concessionnaire de démontrer qu'il s'était auto-réhabilité (CE 12 octobre 2020, n°419146, *Société Vert Marine*, à propos du L 3123-1 CCP mais la solution vaut certainement aussi pour les marchés publics).

Par l'arrêt *Société Icare*, il apporte une autre précision, relative cette fois au cas d'une condamnation à une peine d'exclusion des marchés publics prononcée par le juge pénal à titre de peine accessoire pour les personnes morales (il peut même s'agir d'une peine principale pour les personnes physiques). Le 5° de l'article 131-39 du Code pénal dispose en effet que lorsque « *la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné* » d'une peine d'« *exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus* », article d'ailleurs mentionné à l'article L. 2141-4 du CCP parmi les motifs d'exclusion de plein droit des marchés publics. On a pu démontrer que le champ des infractions pénales qui entraînent une exclusion automatique en vertu du Code de la commande publique et celui des infractions pénales pour lesquelles l'exclusion des marchés publics résulte du prononcé d'une exclusion explicite par le juge pénal n'est pas le même (voir notre dossier « *Motifs d'exclusions des marchés publics et de concessions* » au sein de l'Encyclopédie du droit de la commande publique, éditions EFE). C'est précisément le cas du recel du délit de favoritisme qui, bizarrement, ne fait pas partie des sanctions pénales entraînant automatiquement l'exclusion mais qui fait donc partie de celles pour lesquelles le juge pénal peut prononcer une peine accessoire d'exclusion, ce qui avait été le cas en première instance à l'égard de la Société Icare.

En conséquence, la Ministre de la Défense a décidé d'exclure cette société d'un marché qu'il avait lancé, puisque l'article L. 2341-2 du Code de la commande publique rend applicable aux marchés de défense l'article L. 2141-4 précité, dont on aura remarqué qu'il ne fait pas référence au caractère définitif de la condamnation, contrairement aux cas d'exclusion automatique prévus à l'article L. 2141-1 précité.

Le juge du référé précontractuel a considéré que la Société Icare ne pouvait être exclue puisqu'elle avait interjeté appel de sa condamnation pénale et a enjoint à la Ministre, si elle entendait poursuivre la procédure, de réintégrer la Société Icare. Saisi en cassation, le Conseil d'Etat confirme cette interprétation constructive des textes en jugeant que la condamnation devait être définitive, contrairement à ce que lui proposait son rapporteur public Marc Pichon de Venteuil.

Ce dernier avançait de nombreux arguments. Le premier est purement textuel : l'absence de la référence au caractère définitif alors que pour les exclusions automatique il y a une référence au caractère définitif et qu'il existe d'autres cas pour lesquels il n'est pas exigé de caractère définitif, par exemple le 1° du même article vise les sanctions prononcées en raison d'infractions aux règles du code du travail ou d'atteinte à la législation pénale sur les discriminations (art. L. 225-1 du code pénal). Il paraîtrait donc difficile d'y voir une erreur de plume. On peut néanmoins relever le caractère précisément choquant de ne pas exiger le caractère définitif d'une sanction, qu'elle soit administrative ou pénale, alors que les conséquences sont tout de même importantes.

En deuxième lieu, « *le cinquième alinéa de l'article L. 2141-4 prévoit que l'exclusion prévue par cet article s'applique pour une durée de trois ans à compter du jugement ayant constaté la commission de l'infraction « sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive* ». Or, sauf à ce que cette dernière précision n'ait aucune utilité, il s'en déduit nécessairement que le 3° de cet article trouve à jouer même lorsque la peine n'a pas été prononcée par une décision de justice définitive, c'est-à-dire lorsqu'elle a été prononcée par une décision frappée d'appel ou susceptible de l'être ». On peut répondre que cet article conserve tout son intérêt même dans l'hypothèse d'une condamnation définitive puisque celle-ci peut être supérieure ou inférieure à l'exclusion de principe de trois ans.

En troisième lieu, « nous devons également relever que la section du code de la commande publique dans laquelle s'insère l'article L. 2141-4 comporte un article final (L. 2141-6) qui prévoit une dérogation exceptionnelle aux différentes hypothèses d'exclusion de plein droit, que ces exclusions résultent d'une condamnation définitive ou pas. Or, la disposition en cause prend soin de préciser que cette dérogation exceptionnelle n'est pas ouverte lorsqu'un « jugement définitif d'une juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés ». Là encore, si le législateur avait effectivement entendu limiter les hypothèses d'exclusion aux seuls cas où une condamnation définitive a été prononcée, on ne voit guère quelle serait la portée de cette dernière réserve... ». Mais comme nous l'avons expliqué dans notre dossier précité, on peut aussi y voir le fait que cette dérogation s'applique pour les cas d'exclusion automatique et pas pour ceux d'exclusions expressément décidée par un juge pénal, par égard à l'autorité de la chose jugée.

Un autre argument est de dire que ces exclusions « n'ont pas pour objet de punir les opérateurs économiques mais d'assurer l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics » et qu'elles « n'instituent pas une sanction ayant le caractère d'une punition » (décision n° 2021-966 QPC du 28 janvier 2022). Mais précisément, cette décision est très critiquable en ce qu'elle a pu considérer qu'il ne s'agissait pas d'une punition car on ne voit pas en quoi une entreprise condamnée pour des faits antérieurs n'est pas en mesure de garantir l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics, en particulier si cette condamnation n'est pas définitive.

Enfin, pour le rapporteur public, « cette approche préventive nous paraît du reste solidement ancrée dans les textes européens ». En effet, « neuf cas généraux d'interdictions facultatives de soumissionner, incluant, pour le cas qui nous occupe aujourd'hui, l'hypothèse de la commission d'une « faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ». Et d'expliquer ensuite que le législateur, en faisant des exclusions de plein droit, a voulu se montrer plus strict que le droit européen. Mais le fait qu'il soit plus strict ne doit pas le conduire à mettre en place des exclusions de plein droit...iniques.

On le voit, tous ses arguments pouvaient être combattus et surtout, le Conseil d'Etat a eu raison de simplement combiner les articles du Code de la commande publique avec le caractère suspensif de l'appel en matière pénale pour conclure qu'il faut entendre l'article en cause comme visant une condamnation définitive. On sait en effet comment le juge d'appel peut revenir sur des condamnations pénales de première instance de sorte que le caractère « préventif » et de moralisation de la commande publique ne peut se comprendre que lorsque les faits « immoraux » sont définitivement avérés. C'est, du reste, ce que nous avons expliqué dans notre dossier précité dès 2018 : « En revanche, n'est pas tranchée la question de savoir s'il doit s'agir d'une décision définitive ou d'un jugement définitif. La jurisprudence européenne a indiqué, pour un cas d'exclusion à l'appréciation de l'acheteur, qu'il n'y avait pas lieu d'attendre le caractère définitif de la sanction (voir notamment l'arrêt Meca au point 3.1.1 du présent dossier). Mais cela peut s'expliquer par le fait que les interdictions de soumissionner « facultatives », pour reprendre la terminologie européenne, visent à garantir l' « intégrité » et la « fiabilité » des candidats, dont le défaut peut avoir un impact sur la bonne exécution du contrat ; la Cour de justice a bien précisé d'ailleurs que sa position valait pour les cas d'interdiction facultatives et non pour tous les cas d'exclusion. Or, à notre avis, le cas des exclusions de plein droit est différent. Puisqu'elles sont, précisément, « de plein droit » (ou « obligatoires » pour reprendre la terminologie des directives) et qu'en outre, elles ne sont pas en rapport

avec la bonne exécution des marchés et des concessions puisqu'elles visent à sanctionner des comportements « déviants » d'entreprises en les excluant de la commande publique, il paraît logique qu'il faille s'assurer que les décisions ou condamnations sont devenues définitives, c'est-à-dire insusceptibles de recours ».

Il reste des questions non tranchées par cette affaire. En premier lieu, pourrait-il y avoir auto-apurement dans le cas d'une condamnation définitive du juge pénal à une peine d'exclusion des marchés publics ? La situation est légèrement différente de l'affaire Vert Marine puisqu'il ne s'agit pas d'une peine automatique et donc pourrait se poser la question de l'autorité de la chose jugée. Mais on pourrait aussi considérer que le droit spécial de la commande publique devrait être combiné avec le droit pénal et que l'arrêt de la CJUE Vert Marine implique que tout motif d'exclusion soit susceptible d'être contrecarré par une auto-réhabilitation.

En deuxième lieu, qu'en est-il des cas de la composition pénale (procédure qui permet au procureur de proposer une ou plusieurs sanctions à une personne qui a commis certaines infractions) ou de la convention judiciaire d'intérêt public (sanction et programme de mise en conformité et éventuellement indemnisation de la victime) ? On doit pouvoir considérer qu'elles ne valent pas condamnation pénale et donc qu'elles permettent d'échapper légalement à l'exclusion des contrats de la commande publique à s'en tenir à une lecture stricte des textes. En effet, le Code de la commande publique parle de « condamnation » et n'a pas transposé une hypothèse prévue par les directives, celle d'une exclusion pour « faute professionnelle grave », qui aurait pu inclure ces cas d'infractions pénales ne débouchant pas sur une condamnation en bonne et due forme.

1.3 Les changements des prescriptions préfectorales pour des fouilles archéologiques n'entraînent pas de modification automatique du contrat passé pour les mettre en œuvre et auquel l'Etat n'est pas partie (CE 2 novembre 2022, N° 450930, Institut national de recherches archéologiques préventives, classé B)

On pourrait penser que la solution adoptée allait de soi au regard de l'effet relatif du contrat : un tiers ne devrait pas pouvoir modifier un contrat auquel il n'est pas parti...Pourtant, c'est à cette solution qu'avait abouti la cour administrative d'appel de Douai, dans le contexte il est vrai très réglementé des fouilles archéologiques.

Un concessionnaire d'aménagement s'était vu prescrire par le Préfet de l'Orne des fouilles archéologiques. Or, si l'INRAP a perdu son monopole en la matière, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2003-707 du 1er août 2003, au profit des services archéologiques des collectivités territoriales ou des opérateurs privés, qui doivent toutefois chacun être titulaires d'un agrément de l'Etat, il arrive que les personnes privées fassent quand même appel à lui, comme en l'espèce. Et il résulte d'une décision du Tribunal des conflits qu'en pareil cas, le contrat est administratif (TC 2 novembre 2020, Société Eveha, n° 4196), d'où la compétence du juge administratif dans la présente instance.

Celle-ci est née du refus du concessionnaire d'aménagement de payer la somme prévue au contrat signé avec l'INRAP, au motif que les prescriptions préfectorales avaient évolué à la baisse, puisque peu avant le début du chantier, le Préfet avait réduit le périmètre des fouilles en raison de la découverte d'une pollution des sols sur certaines parcelles. L'INRAP a alors émis des titres exécutoires pour un montant total de 232 200,46 euros, dont la société concessionnaire a demandé la décharge devant le tribunal

administratif de Rouen qui a rejeté sa demande. En appel au contraire, la CAA de Douai considéra que la modification de la prescription préfectorale avait pour effet de modifier la convention, même en l'absence d'accord des parties et réduisit le prix à due proportion de la réduction du périmètre de la fouille, c'est-à-dire de moitié.

Conformément aux conclusions de son rapporteur public, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la CAA sous l'angle de l'erreur de droit, la convention litigieuse ne pouvant pas être implicitement modifiée du fait de l'édition des nouvelles prescriptions préfectorales. Une telle solution ne s'imposait pourtant pas d'évidence aux yeux de Marc Pichon de Vendeuil : *« aux termes de L. 523-9 du code du patrimoine non seulement l'Etat dispose de pouvoirs étendus pour prescrire les conditions de réalisation des fouilles, mais, surtout, il ne peut les autoriser qu'après avoir vérifié la conformité de la convention avec ces prescriptions. En d'autres termes, une convention qui ne serait pas conforme ab initio entraînerait un refus d'autorisation de fouilles de la part de l'Etat.*

Quelles conséquences en tirer durant la vie du contrat de fouilles, dans le cas où les prescriptions viendraient à être modifiées en cours d'exécution – hypothèse qui est probablement assez fréquente puisque le même article L. 523-9 confie à l'Etat le soin de surveiller l'exécution des travaux de fouille et que ce pouvoir inclut explicitement la possibilité de modifier les prescriptions en cours d'exécution ?

L'hypothèse de prestations complémentaires est ainsi expressément prévue par l'article R. 523-47 du code du patrimoine ».

Le rapporteur public avançait trois arguments pour proposer la solution de l'erreur de droit. Le contrat n'est pas « fictif » car, *« si l'objet de la convention est assez largement déterminé par les obligations imposées par l'Etat, les deux parties au contrat n'en restent pas moins maîtres d'au moins deux données structurantes de la convention, à savoir la durée et le coût des travaux »*. Les textes ne l'imposent pas, même si *« Nous interprétons donc les dispositions en vigueur comme imposant aux parties de modifier le contrat pour se conformer aux prescriptions de l'Etat mais pas comme permettant à l'Etat de se subroger aux parties »*.

Sur ce point, le Conseil d'Etat va encore moins loin puisqu'il parle de *« la possibilité pour les parties de modifier »* le contrat. Enfin, il s'agissait d'une solution *« plus sage en pratique »* : le préfet n'a aucune compétence pour fixer un nouveau prix ou de nouveaux délais et rien n'oblige l'aménageur à mettre en œuvre les nouvelles prescriptions si, pour une raison ou une autre, il estime que son projet ne mérite plus d'être poursuivi.

Le Conseil d'Etat renvoie à la Cour le soin de trancher le litige, sans toutefois donner de consigne. Le rapporteur public le fait, proposant au passage une solution qui dépasse le cadre du litige :

« - soit les prescriptions préfectorales ajoutent aux travaux à réaliser : dans ce cas, au vu du caractère indispensable des nouveaux travaux pour la réalisation du projet, l'opérateur sera fondé à demander le paiement des prestations supplémentaires rendues nécessaires à l'exécution du contrat (Section, 17 octobre 1975, Commune de Canari, n° 93704, p. 516) ;

- soit, comme c'est le cas ici (et même si c'est sans doute le moins fréquent en pratique), la modification des prescriptions conduit à une réduction des opérations de fouilles : dans ce cas, l'aménageur sera fondé à demander la diminution du prix pour défaut d'exécution lorsque l'opérateur n'aura pas engagé les travaux non prescrits ».

On ne peut néanmoins s'empêcher de penser qu'un peu plus de réflexion en amont aurait dû conduire les parties à introduire une clause de réexamen permettant d'adapter le contrat à l'évolution éventuelle des prescriptions préfectorales, en particulier dans un domaine si réglementé. Certes, il semble que

l'INRAP ait la main sur la rédaction de ces contrats, si l'on en croit son propre site internet (« *Le contrat de fouille et le projet scientifique d'intervention, rédigés par l'opérateur, doivent être conformes au cahier des charges* »). Il reste que la possibilité de faire appel à des opérateurs purement privés devrait permettre de proposer et d'obtenir l'introduction d'une telle clause de réexamen...

1.4 Les tiers ne peuvent attaquer en excès de pouvoir que les actes d'approbation d'un contrat émanant d'une autorité distincte des parties contractantes, qui concernent des contrats déjà signés et qui sont nécessaires à leur entrée en vigueur ; un membre du conseil d'administration d'un établissement public à caractère scientifique, culturel et professionnel ne peut être regardé comme disposant de la faculté d'attaquer un contrat administratif sans se prévaloir d'un intérêt lésé (CE 2 décembre 2022, N° 454318 et N° 454323, M. Danthony, classés B)

On se souvient que M. Danthony est à l'origine d'une importante jurisprudence du Conseil d'Etat limitant l'invocabilité des vices de procédure dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir (CE Ass. 23 décembre 2011, n°335033 : « *si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie* »). En dépit du décès brutal de M. Danthony, au cours d'un colloque organisé à Lyon pour commémorer les 10 ans de cette jurisprudence et auquel il participait, ses ayant-droits ont poursuivi d'autres actions contentieuses que ce dernier avait intentées en tant qu'enseignant et membre du conseil d'administration de l'Ecole Normale Supérieure (ENS) de Lyon (la reprise d'instance des ayant-droits étant impossible seulement lorsque l'action présente un caractère personnel comme dans le contentieux électoral et les contentieux répressifs). Dans ce dernier cadre, M. Danthony entendait s'opposer en particulier à la signature d'un contrat de partenariat intervenue en 2015 entre la communauté d'universités et établissements « Université de Lyon », et une entreprise pour la réfection d'un des sites de l'ENS, contrat signé à la suite d'une convention conclue entre l'Etat, l'ENS de Lyon et l'Université de Lyon par laquelle cette dernière s'était vue confier la souscription et la mise en œuvre de ce contrat de partenariat public-privé. Il avait donc, d'une part, attaqué le contrat lui-même par un recours en contestation de validité dit « Tarn-et-Garonne » et, d'autre part, la délibération approuvant la convention pour la souscription et la mise en œuvre précitée par un recours pour excès de pouvoir. Ce sont ces deux recours qui sont ici rejetés par le Conseil d'Etat, lui offrant la possibilité d'apporter des précisions en matière de recevabilité des recours des tiers contre les contrats administratifs.

On rappellera que la recevabilité du recours Tarn-et-Garonne est en principe conditionnée par l'existence d'un « intérêt lésé », sorte d'entre deux entre l'ancienne atteinte à un droit qui était exigée des actions en nullité du contrat avant l'arrêt Tropic Travaux signalisation qui l'a précédé, et l'intérêt à agir largement entendu en excès de pouvoir.

Ainsi, la société susceptible d'intervenir en qualité de sous-traitante n'a pas d'intérêt suffisant (CE 14 octobre 2015 Région Réunion, 391183, BJCP 2016, n° 104, p. 71, concl. Pellissier), ou encore certaines associations ou les contribuables locaux lorsque les conséquences directes sur les finances communales ne sont pas d'une importance suffisante (CE 1er juin 2016, M. A... B..., 391570 ; CE 27 mars 2020 I.H., 426291). Par le présent arrêt, le Conseil d'Etat juge que le requérant, ni en qualité d'enseignant-

chercheur, ni en celle membre du conseil d'administration d'un établissement public, ne dispose d'un intérêt suffisant. On peut trouver la solution trop restrictive, tant un tel requérant n'est tout de même pas un tiers comme un autre. Et la solution n'est même pas liée aux circonstances de l'espèce, c'est-à-dire au fait que le requérant n'était même pas membre du conseil d'administration de l'établissement public passant le contrat mais d'un autre qui bénéficierait des travaux.

Il est vrai que la jurisprudence Tarn-et-Garonne n'exige pas un intérêt lésé pour deux catégories de tiers : le préfet et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné par le contrat. Comme expliqué dans le manuel de Droit des contrats administratifs publié à la LGDJ, « *le Conseil d'État n'a pas voulu restreindre la qualité à agir des élus locaux, dont les prérogatives ne sont pas des droits subjectifs. De la sorte les élus et les préfets sont les gardiens privilégiés de la légalité* ». En revanche, tel n'est pas le cas d'un établissement public de coopération intercommunale membre d'un syndicat intercommunal (CE 10 octobre 2018, Communauté intercommunale Réunion Est, n° 419406) ou du directeur général de l'agence régionale de santé (CE, 2 juin 2016, Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay et autres, n° 395033 396645, au Recueil).

Par l'arrêt commenté, le Conseil d'Etat refuse d'étendre cette catégorie de tiers « privilégiés » aux membres du conseil d'administration d'un établissement public scientifique, culturel et professionnel. Ici encore, on peut penser que les membres d'un conseil d'administration d'un établissement public devraient pouvoir se voir reconnaître la possibilité d'être les gardiens privilégiés de la légalité des établissements publics, car eux aussi ne défendent pas des droits subjectifs, d'autant que le Conseil d'Etat se montre aussi restrictif sur le second recours, en excès de pouvoir cette fois.

L'introduction du recours Tropic travaux signalisation puis Tarn-et-Garonne a laissé néanmoins place pour le maintien du recours pour excès de pouvoir contre certains actes détachables du contrat. Ce n'est certes pas le cas pour la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer comme l'avait indiqué l'arrêt Tarn-et-Garonne. En revanche, c'est le cas pour « la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat » même s'ils ne peuvent alors soulever, dans le cadre d'un tel recours, que des moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation, et non des moyens relatifs au contrat lui-même (CE, 23 décembre 2016, Association Etudes et consommation CFDT du Languedoc- Roussillon et Association ATTAC Montpellier, n° 392815, aux T). Dans la présente affaire, le Conseil d'Etat rejette le reproche fait à la CAA d'avoir cantonné cette exception aux actes d'approbation des autorités extérieures : la rapporteure publique Cécile Raquin explique, à notre sens de manière justifiée, que « *l'acte d'approbation du contrat par une autre autorité administrative, de tutelle ou de contrôle, n'est pas un acte concourant à la formation du contrat mais une condition de son exécution, extérieure au contrat et à ses parties* ».

En somme, il nous semble que la limitation du recours pour excès de pouvoir peut s'expliquer mais pas celle relative au recours de plein contentieux : il importe d'offrir des possibilités renforcées de contrôle même si, grâce à l'office du juge du plein contentieux, les conséquences dommageables d'une illégalité pourront être évitées.

2. Brèves

1. La demande indemnitaires en réparation du préjudice du fait d'une éviction irrégulière de l'attribution de la délégation de service public est soumise à la prescription quadriennale et non au délai « Czabaj ». Par ailleurs, « *si la commune contestait devant la cour le caractère probant des extraits du compte prévisionnel d'exploitation figurant dans l'offre de la société Epureau, produits par celle-ci pour justifier de son manque à gagner, au motif que ces documents avaient été établis par la société elle-même, elle n'en discutait aucun des montants, alors qu'il lui aurait été loisible de le faire, au regard notamment des taux de marge nette habituellement constatés dans ce secteur d'activité ou encore des résultats de l'ancien titulaire de la délégation* » (CE 22 novembre 2022, n°454480, Commune de Dumbéa)
2. « *Indépendamment de la décision du maître d'ouvrage de réceptionner les prestations de maîtrise d'œuvre prévue par les stipulations susvisées du CCAG PI applicable au marché en litige, la réception de l'ouvrage met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre en ce qui concerne les prestations indissociables de la réalisation de l'ouvrage, au nombre desquelles figurent, notamment, les missions de conception de cet ouvrage* » (CAA Douai 22 Août 2022, 20DA01683)
3. Le groupement faisait valoir que la SPL l'aurait soumis à une relation contractuelle affectée d'un « déséquilibre significatif » constituant une pratique restrictive de concurrence engageant la responsabilité de son auteur lorsqu'il exerce une activité de production, de distribution ou de service (C. com., art. L. 442-1, I, 2°). Pour la Cour, il « *ne saurait être soutenu qu'il y aurait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties* » au sens de ces dispositions puisque le groupement demandeur « *s'est porté candidat à un appel d'offres restreint en toute connaissance de cause des éléments du contrat* » (CA Paris, 2 sept. 2022, n° 19/16468)
4. Le marché de travaux dont le chantier est arrêté depuis 2 ans doit être regardé comme ajourné (CAA Bordeaux, 27 juill. 2022, n° 22BX00919)
5. Recevabilité d'un référé provision au titre de la garantie décennale lorsque les réunions contradictoires organisées par les parties et le rapport d'un expert désigné en référé avait fourni tous les éléments nécessaires pour faire apparaître la nature et la gravité des désordres aussi bien que leur imputabilité, de telle sorte que la créance n'était pas sérieusement contestable (CAA Bordeaux, 27 juill. 2022, n° 21BX03609, Synd. des eaux de la Charente-Maritime)
6. L'action de l'assureur dommages-ouvrage d'une personne publique, ayant indemnisé celle-ci au titre de désordres imputables aux titulaires d'un marché de travaux, contre ces derniers relève bien de la juridiction administrative (CAA Lyon, 4e ch., 21 juill. 2022, n° 22LY00752)
7. Un pouvoir adjudicateur peut exclure une société d'une procédure de mise en concurrence relative à l'instauration d'une SEMOP au motif que, du fait de la participation indirecte du pouvoir adjudicateur dans son capital social, la participation maximale du pouvoir adjudicateur dans le capital du futur partenaire excède le plafond fixé par les documents de la consultation et aboutit

à augmenter l'aléa économique supporté par le pouvoir adjudicateur (CJUE, 1er août 2022, aff. C-332/20, Roma Multiservizi SpA)

8. Une société concessionnaire d'autoroute a droit à l'indemnisation du préjudice né d'une entente et cette indemnisation peut inclure la part répercutée sur les usagers (CAA Lyon, 21 juill. 2022, n° 18LY03518)
9. Si, « *en l'absence de décision formelle de résiliation du contrat prise par la personne publique cocontractante, un contrat doit être regardé comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles* » (CE, 27 févr. 2019, n° 414114, Sté Capclim), tel n'est pas le cas en l'absence du rapport annuel d'exécution (CAA Lyon, 21 juill. 2022, n° 20LY03469, Sté Pompes funèbres régionales et Marbrerie funéraire Jean-Luc et Jean-Marc Paire).
10. Le renoncement aux redevances d'occupation prévues par un contrat de mobilier urbain peut constituer une aide d'État (Trib. UE, 7 sept. 2022, aff. T-642/19, JCDecaux Street Furniture Belgium)