



LETRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Septembre 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 modifications des aspects financiers des marchés et concessions en cas de circonstances imprévisibles précisées (CE Avis, 15 septembre 2022 et fiche technique de la DAJ du 21 septembre 2022)	2
1.2 Le recours en reprise des relations contractuelles ne s'applique pas au refus de faire application des clauses de renouvellement (CE 13 juillet 2022, n° 458488, <i>Commune de Sanary-sur-Mer</i> , classé B).....	4
1.3 La prescription du recours indemnitaire au fond n'oblige pas au remboursement de la somme obtenue en référé-provision (CE 20 juillet 2022, n° 455106, <i>Collectivité territoriale de Guyane</i> , classé B)	5
1.4 La candidature qui ne permet pas de savoir si la personne signataire agit en son nom personnel ou pour une société ou un groupe de personnes physiques est irrégulière (CE 20 juillet 2022, n° 458427, <i>Commune du Lavandou</i> , classé B).....	7
1.5 Une clause prévoyant la possibilité de résilier unilatéralement un contrat permettant d'installer une habitation sur un terrain n'est pas une clause impliquant un régime exorbitant du droit commun (CE 20 juillet 2022 n°4759616, <i>M. B c/ ONF</i> , classé C).....	8
1.6 La perte du contrôle analogue et, par là même du statut d'organisme <i>in house</i> au cours de l'exécution du contrat implique une remise en concurrence, même quand la nouvelle entité a été choisie après mise en concurrence (CJUE, 12 mai 2022, aff. C-719/20, <i>Comune di Lerici c/ Provincia di La Spezia</i>).....	10
2. Brèves	11

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 Les modifications des aspects financiers des marchés et concessions en cas de circonstances imprévisibles précisées (CE Avis, 15 septembre 2022 et fiche technique de la DAJ du 21 septembre 2022)

Cet avis, très attendu, apporte des réponses donc certaines étaient prévisibles, d'autres moins. Voici les principales réponses apportées par le Conseil d'Etat aux différentes questions posées par le gouvernement avec, entre parenthèses, quelques commentaires :

- Le CCP et les directives n'empêchent pas de ne modifier que les clauses financières (modifications « sèches », ce que certaines circulaires passées ne semblaient pas permettre)
- Les jurisprudences Pessetext et Wall AG ne peuvent faire obstacle aux modifications de prix ou de tarifs dans les hypothèses autorisées depuis les directives de 2014, notamment en cas de circonstances imprévisibles (il y a en effet désormais des modifications substantielles autorisées)
- Les dispositions du CCP qui posent le principe qu'un prix est convenu à titre définitif, qui ne sont pas d'origine européenne, ne font pas obstacle à une modification, comme le Conseil d'Etat l'a déjà admis (CE, 20 décembre 2017, Société Area Impianti, n° 408562)
- Les modifications peuvent prendre la forme d'une prolongation de la durée des marchés ou concessions, pour circonstances imprévisibles ou de faible montant, même s'il peut être difficile de vérifier alors si les plafonds sont respectés (rien n'est dit des travaux ou services indispensables mais cela devrait être possible aussi)
- L'autorité contractante n'est en aucun cas contrainte de prendre l'initiative ou d'accepter ces modifications, notamment car elle est tenue de veiller au bon emploi des deniers publics (art. 14 DDHC et L3 CCP)
- La modification du contrat sur le fondement de ces dispositions n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat (ce qui impliquera un contrôle du juge)
- Chaque modification pour circonstance imprévue doit respecter le montant de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur et ne peut pas changer la nature globale du contrat. Plusieurs avenants peuvent être passés par circonstance imprévisible dès lors que ces conditions sont respectées. Il faut aussi respecter les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités (ce qui semble impliquer un contrôle du juge sur ces principes)
- Les modifications de faible montant ne doivent pas permettre de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir et doivent respecter les principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités. ; en revanche, une fois ces modifications faites, les parties peuvent décider de modifier pour circonstances imprévisibles (donc cumuler ces modifications)
- les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, sont régies par les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code, qui soumettent, lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de chaque modification à un plafond de 50 % du montant du marché initial (aucun apport sur la notion de

modification substantielle mais interprétation *contra legem* car le texte prévoit que les modifications non substantielles se font sans limitation de montants)

- le législateur ayant entendu codifier la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision sans y déroger ni en préciser les conditions d'application, les principes que cette jurisprudence a dégagés demeurent sans que les dispositions du Code ne les régissent. En conséquence, le droit à indemnité que détient l'entrepreneur au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et ainsi la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014 et il n'y a pas lieu de vérifier ces conditions (autrement dit, une indemnité d'imprévision ne modifie pas le contrat, ce qui est inattendu).
- Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante, sous réserve de respecter les conditions textuelles et jurisprudentielles précitées (ce qui peut être compliqué pour le calcul des seuils : il clause de révision nouvelle qui atteindrait 50 % devrait cesser de produire effet)
- il peut y avoir autant de modification jusqu'à 50 % qu'il y a d'événements imprévisibles distincts à l'origine d'un déficit d'exploitation du marché ou de la concession (rappel de texte mais insistance sur le « distinct » ; curiosité de parler de déficit pour des marchés publics)
- les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité (CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97613), afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée
- en cas de refus de l'autorité contractante d'indemniser la situation d'imprévision ou de modifier le contrat, le juge du contrat ne peut, le cas échéant, qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle qui résulte de la situation d'imprévision, mais il ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties
- L'indemnisation de l'entrepreneur au titre de l'imprévision est toujours soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché, qu'il soit conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire. Il n'en va autrement que s'il résulte clairement de la commune intention des parties, notamment du caractère général et absolu du forfait et de la renonciation du cocontractant à toute nouvelle indemnité, qu'elles ont entendu, en signant un avenant au cours de la situation d'imprévision, renoncer à toute compensation supplémentaire (au passage, pas de claire distinction entre surcout pour les marchés et déficit pour les concessions)
- L'indemnité d'imprévision n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, qu'elle soit unilatérale ou contractuelle (à la différence des indemnités allouées à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues) car il s'agit de charges extracontractuelles
- la fin du contrat, notamment sa fin anticipée par résiliation, ne faisant pas, à elle seule, obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision (CE, 10 février 2010, Société Prest'Action, n° 301116), il ne peut être exclu que le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles ne puisse être établi qu'après complète exécution du marché et que l'indemnité due éventuellement aux entrepreneurs à raison des charges extracontractuelles qu'ils ont eu à supporter ne puisse être utilement réclamée par eux qu'après notification du décompte général et définitif (donc le bouleversement peut n'être constaté qu'à la fin mais ce n'est pas systématique, contrairement à ce que laisse entendre la circulaire du 30 mars 2022)
-
-

- La fiche technique de la DAJ résume cet avis et essaie d'apporter des éléments de réponse quand ceux-ci font défauts :
- *« Par analogie avec les règles de calcul de la charge extracontractuelle dégagée par la jurisprudence sur l'indemnité d'imprévision, l'augmentation anormale des charges maximales initialement envisagées, supportée par le titulaire, pourrait être appréciée selon les principes suivants : Le déficit est apprécié au regard de l'équilibre financier du contrat liant l'administration et son cocontractant, et non pas au regard de la situation financière globale de ce dernier. Figurent au titre des charges supportées par le titulaire : les dépenses de personnels, les frais généraux, l'achat des matières premières, les charges normales d'assurance, l'intérêt statutaire du capital-actions, le service de l'intérêt et de l'amortissement des emprunts, l'amortissement du capital correspondant aux installations industrielles¹⁴ réellement et spécialement investies dans l'exploitation. A contrario, les intérêts du fonds de roulement ne sont pas compris parmi les charges extracontractuelles de l'entreprise susceptibles de lui ouvrir droit à indemnité¹⁵. Pour déterminer le montant des recettes perçues pendant la période 12 Point 20 de l'avis. 13 CE, 22 février 1963, Ville d'Avignon, n° 51867. Ainsi, « la circonstance qu'au cours des exercices envisagés la société aurait procédé à la distribution d'un dividende aux actionnaires n'exclut pas nécessairement que ladite société ait supportée pendant cette période des charges extracontractuelles de nature à justifier l'allocation à son profit d'une indemnité d'imprévision » ;*
- Elle apporte aussi des précisions sur la mise en œuvre de ces principes dans le cas d'accord-cadre et sur la possibilité de se faire assister par des AMO ainsi que sur les pièces que le cocontractant peut fournir pour apporter la preuve du bouleversement

1.2 Le recours en reprise des relations contractuelles ne s'applique pas au refus de faire application des clauses de renouvellement (CE 13 juillet 2022, n° 458488, Commune de Sanary-sur-Mer, classé B)

Le Conseil d'Etat continue de donner une interprétation stricte de sa jurisprudence dites Béziers II (CE, Section, 21 mars 2011, n° 304806, Commune de Béziers, au Recueil) qui autorise une partie à contester la résiliation d'un contrat administratif décidée par la personne publique. Il a déjà jugé que ce recours tendant à la reprise des relations contractuelles ne s'étend pas aux décisions de non renouvellement, qui sont des mesures d'exécution du contrat, car elles n'ont, ni pour objet, ni pour effet, de mettre unilatéralement un terme à une convention en cours, y compris lorsque la mesure contestée peut être regardée comme une mesure prise en application d'une clause du contrat (CE, 6 juin 2018, n° 411053, Société Orange, aux T. ; CE, 21 novembre 2018, n° 419804, Société Fêtes Loisirs, aux T.).

Dans l'affaire commentée, il prolonge son interprétation stricte en n'ouvrant pas la recours Béziers II au cas du refus d'une personne publique d'appliquer les clauses de renouvellement. Était en cause une convention d'occupation temporaire conclue par une commune pour la mise à disposition d'un emplacement d'amarrage à quai dans le port de plaisance de la commune. Elle stipulait qu'elle n'était pas renouvelable par tacite reconduction, mais que l'attributaire pourrait solliciter auprès de l'autorité portuaire une nouvelle convention pour l'année suivante avant le 1^{er} novembre de l'année en cours. Dès le 7 octobre 2016, la commune a fait savoir à l'attributaire qu'elle ne pourrait « renouveler » son contrat annuel pour l'année 2017, invoquant des travaux de grande envergure qui limitaient les possibilités d'occupation de postes à quai. Contrairement au TA de Toulon, la CAA de Marseille avait fait droit au moyen tiré de ce que la décision de refus opposé à l'attributaire traduisait une rupture d'égalité entre les

usagers du port, dès lors qu'un autre propriétaire de bateau s'était vu octroyer une convention d'occupation temporaire. Après avoir rappelé les conditions de la jurisprudence Béziers II, le Conseil d'Etat censure l'arrêt de la CAA pour erreur de droit et, statuant au fond, rejette les conclusions de l'attributaire comme irrecevables, ce dernier ne pouvant que demander des dommages et intérêts (et rejette pour défaut d'intérêt à agir les conclusions du co-propriétaire du bateau qui n'était pas parti à la convention). C'est donc bien pour irrecevabilité que le recours est rejeté et non sur fond. A ce propos, la rapporteure a relevé que « *La convention conclue au titre d'une année donnée comportait donc des stipulations se rapportant à un horizon temporel plus long, qui invitaient également à regarder la convention comme prévoyant le cas de son renouvellement* », ce qui tendait à prouver que le raisonnement au fond de la CAA était justifié. Autrement dit, même dans le cas où le titulaire d'un contrat est en droit de demander son renouvellement, le non renouvellement ne peut être contesté que par le biais du recours indemnitaire.

Il est vrai que le Conseil d'Etat a, dès l'origine, placé cette jurisprudence comme une exception à un principe bien ancré : « *Considérant que le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité ; que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles* » (CE, Sect., 21 mars 2011, n° 304806, Commune de Béziers, au Recueil, précité).

Le refus du Conseil d'Etat d'étendre un recours contestant une mesure d'exécution du contrat, y compris dans le cas d'une modification unilatérale (CE 15 novembre 2017, n°402794, Société les fils de Mme Géraud) interroge quand même sur le fait de savoir s'il s'agit d'une véritable exception : la résiliation d'un contrat est-elle vraiment une mesure d'exécution du contrat ?

Cette question demeure largement théorique. Est moins théorique la question de la nécessité d'une véritable extension du recours en contestation de validité de certaines mesures d'extension. La seule ouverture d'un recours indemnitaire, dont les délais, même en cas de référé provision, sont déconnectés des besoins, est-elle compatible avec les nécessités de l'adaptation des contrats, en particulier en période de crise ? La possibilité de contester, y compris en urgence, des modifications de contrat ou, à l'inverse, des refus de modifier des contrats ou à tout le moins des refus d'indemniser au titre de l'imprévision, ne serait-elle pas un moyen d'éviter des pratiques pour le moins choquantes de suspension unilatérale de délégations de service public par le délégataire, comme l'actualité récente l'a illustrée en matière de piscines municipales ?

1.3 La prescription du recours indemnitaire au fond n'oblige pas au remboursement de la somme obtenue en référé-provision (CE 20 juillet 2022, n° 455106, Collectivité territoriale de Guyane, classé B)

La solution a été adoptée en matière de créance contractuelle mais vaut pour tous les types de créances. La région Guyane avait engagé un référé provision visant à obtenir une somme de 7,8 Me de la part des intervenants d'un chantier de construction d'un lycée après avoir constaté des malfaçons. En 2003, le juge des référés lui avait octroyé une somme de 4,1 Me, confirmée en appel. Ce n'est qu'en juin 2014 qu'elle introduisit une action au fond tendant au paiement d'une somme de 10 Me. Demande rejetée en 2018

au motif que le délai de garantie décennale était expiré. Le cabinet d'architecture qui avait contribué au versement de la provision demanda alors « l'exécution » de celle-ci, c'est-à-dire son remboursement, au motif que le rejet de la demande au fond rétroagissait sur le référé provision.

Certes, le référé provision a, depuis le décret du 20 novembre 2000, été globalement déconnecté de la demande au fond en ce qu'il ne s'agit plus d'une demande accessoire puisque le créancier n'est pas tenu de déposer une demande au fond (R. 541-1 du CJA : « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision* »...). Mais la jurisprudence a montré que tout lien entre les deux n'avait pas disparu, ce qui pouvait fonder quelques espoirs pour le requérant. Ainsi, « *lorsque le demandeur a, parallèlement à la saisine du juge des référés, introduit une action devant le juge du fond, l'ordonnance de référé cesse de porter ses effets lorsque ce dernier se prononce sur la demande d'indemnité* » (CE 4 avril 2005, Commune de Sainte-Geneviève-des-Bois, n° 267325), impliquant qu'une provision doit être reversée en tout ou en partie lorsque le juge du fond rejette sa demande pécuniaire ou lui accorde une somme inférieure au montant de la provision (CE 15 novembre 2017, C... et ONIAM, n°s 400989, 401065). Cette dernière hypothèse concernait toutefois le rejet d'une demande au fond (« *lorsqu'il se prononce sur la demande d'indemnité* »). La question n'avait pas été jugée dans le cas d'une prescription de l'action au fond. La question pouvait se poser car, de manière surprenante d'ailleurs au regard du caractère provisoire du référé provision, une créance qui n'est pas prescrite au moment du référé provision peut le devenir s'agissant de la demande au fond, puisque l'interruption du délai de prescription ne vaut que pendant l'instance du référé provision et cesse à la fin de celle-ci (article 2241 du code civil ; CE 28 mai 2014, Mme BA-P..., n° 348720). Il est à noter que la rapporteure publique indiquait que la réponse à cette question ne dépendait pas du caractère devenu définitif de l'ordonnance rendue en référé, « *L'ordonnance devenue définitive ne peut donc plus être annulée (...) mais ses effets disparaissent (elle « cesse de porter ses effets* ») » lorsque le jugement au fond intervient.

La thèse du pouvoir invitait donc à faire une distinction selon le motif du rejet de la procédure au fond. Or la rapporteure publique indiquait deux inconvénients à cette thèse : « *D'une part, le référé provision n'est certes pas accessoire mais il conserve néanmoins un lien avec l'action au fond. D'autre part, il est plus fréquent, pour mesurer les effets d'une décision juridictionnelle sur une autre, que vous teniez compte du seul dispositif d'une décision, là où le pourvoi vous conduit à dégager des solutions distinctes selon le motif du rejet de la demande au fond* ». Mais elle donnait ensuite 4 raisons de faire droit au pourvoi de la collectivité territoriale de Guyane : « *Premièrement, lorsque le juge rejette une demande - indemnitaire ou pécuniaire plus largement - parce qu'elle est prescrite, il ne se prononce pas au fond : la prescription de l'action est sans incidence sur l'existence du droit et, partant, sur le bien-fondé de la créance. (...). Deuxièmement, l'autonomie acquise depuis 2000 par le référé provision renouvelle la question dans des termes nouveaux (...). Troisièmement, il serait paradoxal que l'absence d'action au fond ou l'action au fond prescrite engendrent des effets différents sur la prescription (...). Enfin, vous n'êtes pas lié par une position que le juge judiciaire aurait déjà prise (...) la Cour de cassation ne s'[étant] pas prononcée sur cette question, qu'elle traiterai peut-être plutôt, en tout état de cause, par la voie de la répétition de l'indu que par celle de l'exécution* ».

La solution paraît tout à fait logique. On peut toutefois se poser la question de sa pertinence dans le cas où le juge du référé aurait, à tort, considéré que l'action n'était pas prescrite, implicitement ou explicitement. Ne pourrait-on alors, au moins si l'ordonnance de référé provision n'est pas devenue définitive, considérer que le juge du fond peut prononcer le remboursement de la provision accordée ?

1.4 La candidature qui ne permet pas de savoir si la personne signataire agit en son nom personnel ou pour une société ou un groupe de personnes physiques est irrégulière (CE 20 juillet 2022, n° 458427, Commune du Lavandou, classé B)

La jurisprudence administrative a, depuis longtemps, affirmé que le règlement de consultation était obligatoire en tous ses éléments. En conséquence, une candidature ou une offre qui ne la respecte pas doit être rejetée, sauf à ce que l'autorité contractante invite à une régularisation ou procède d'office à la rectification d'erreur manifeste (CE 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n° 349149). En matière de délégation de service public (mais aussi de procédure négociée de marchés publics), la phase de négociation permet aussi des régularisations, si l'insuffisance initiale, d'une part, ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges et, d'autre part, n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats qui seront admis à participer à la négociation (voir, en dernier lieu, CE 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer et Sté Le 10 Plage, n°s 460089 et 460155). Dans ces cas toutefois, la régularisation est soumise au bon vouloir de l'autorité contractante, de sorte qu'il ne s'agit pas d'un droit et donc pas d'une véritable exception au principe susmentionné.

Derrière l'apparente rigueur du principe, la jurisprudence a admis un certain nombre d'exceptions. Il peut s'agir de « vices purement véniels », comme les appelle Mireille Le Corre dans ses conclusions (omission de signer le CCAP - 8 mars 1996, Pelte, n° 133198, fourniture d'une photocopie non certifiée conforme - 6 novembre 1998, APHM, n° 194960, offre ne comportant pas la proposition tarifaire mais celle-ci étant connue car publique - 22 décembre 2008, Ville de Marseille, n° 314244). L'expression ne se trouve pas dans la jurisprudence, qui préfère parler « *des exigences manifestement dépourvues de toute utilité pour l'examen des candidatures ou des offres* » ou bien « *si la méconnaissance de ces exigences résulte d'une erreur purement matérielle d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue* ». On pourrait ajouter, comme le Président Boulouis dans ses conclusions sur la décision *Société Voyages Dupas Lebeda et autres* (5 janvier 2011, n° 342158, aux Tables), l'hypothèse de prescriptions illégales.

L'arrêt commenté ne fait en réalité que reprendre des jurisprudences passées en les synthétisant et en en faisant une application originale.

En l'espèce, la CAA avait estimé que l'identité du soumissionnaire ressortait de la lettre de présentation de l'offre. Tel n'est pas l'avis du Conseil d'Etat et de sa rapporteure publique, qui indique que la personne publique ne pouvait savoir si c'était le requérant en son nom personnel qui serait le signataire ou bien la société qu'il entendait créer. Il s'inscrit ainsi dans la lignée de rigueur précitée : doit être rejetée une candidature présentée sur support papier alors que le règlement de la consultation exigeait aussi un support numérique (CE 22 mai 2019, Société Corsica Ferries, n° 426763) tout comme l'absence de production du formulaire DC 1 comportant les éléments relatifs aux clauses d'exclusion des marchés publics (CE 9 mars 2022, Commune de Ramatuelle et Société Tropezina Beach Development, n°s 454341 et 454896).

L'arrêt et les conclusions de la rapporteure publique apportent aussi des précisions sur les conditions d'indemnisation des candidats évincés. L'arrêt juge qu'un candidat dont la candidature est irrégulière ne peut demander à être indemnisé du fait de l'absence de lien de causalité entre son préjudice et les

irrégularités invoquées (liées à de prétendues atteintes à l'impartialité en l'espèce), y compris pour les frais de candidature.

Ce rejet doit inciter à actionner plutôt le recours Tarn-et-Garonne que le recours indemnitaire.

1.5 Une clause prévoyant la possibilité de résilier unilatéralement un contrat permettant d'installer une habitation sur un terrain n'est pas une clause impliquant un régime exorbitant du droit commun (CE 20 juillet 2022 n°4759616, M. B c/ ONF, classé C)

Bien que classé C, cet arrêt n'en présente pas moins un intérêt pour deux raisons. En premier lieu, il met en œuvre la nouvelle formule, issue de la décision du Tribunal des conflits du 13 octobre 2014, Axa France lard (n° 3963, au Recueil) qui a remplacé l'expression de clause exorbitante du droit commun pour qualifier un contrat d'administratif par « *clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* ». On s'était demandé si cette nouvelle formulation impliquait une réduction de la notion. C'est là le deuxième intérêt de l'affaire : il y a débat pour savoir si tel est le cas dans l'espèce présente, en particulier suite à un article d'achatpublic.info qui a jeté le trouble en parlant d'évolution jurisprudentielle. Or tel n'est pas notre analyse.

En premier lieu, on ne peut affirmer que le Conseil d'Etat a abandonné le critère de la clause impliquant un régime exorbitant du droit commun comme l'article d'achatpublic.info le dit. D'un point de vue formel, l'arrêt commenté reprend la formule de la décision du 2014, ce qui suffit à prouver que le Conseil d'Etat n'a pas entendu revenir sur la possibilité de conclure à l'existence d'un contrat administratif par la seule présence de telles clauses. L'aurait-il voulu qu'il n'aurait pu le faire par un simple arrêt classé C, voire sans renvoyer au Tribunal des conflits et il est quand même peu probable qu'il ait procédé à un revirement de jurisprudence sans s'en rendre compte. Dans le même article, un auteur interviewé ajoute qu'« *on sent le Conseil d'Etat tiraillé et hésitant pour forger de nouveaux repères stables pour les contrats n'entrant pas dans les cases des qualifications législatives indiscutables* » mais, ici, là encore, ni l'arrêt en question, ni la jurisprudence antérieure ne permet de l'affirmer.

En deuxième lieu, on ne peut suivre ce même auteur lorsqu'il indique que l'arrêt en question « *confirme l'évolution qui se caractérise ces dernières années et qui tend à accorder plus de place à la qualification législative (code de la commande publique et convention d'occupation domaniale) au détriment des critères jurisprudentiels de qualification des contrats administratifs (avec une remise en cause de décisions célèbres comme l'arrêt Société des granits porphyroïdes des Vosges)* ». Ce n'est pas le juge qui accorde plus de place aux qualifications législatives, c'est le législateur lui-même par l'augmentation des cas de qualifications légales ! Le juge s'incline en effet toujours devant une qualification légale – au sens de législative puisque l'arrêt *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, qui n'a pas été abandonné, avait déjà montré qu'il ne s'estimait pas lié par une qualification résultant d'un décret. Il ne recourt aux critères jurisprudentiels que si aucune qualification légale n'imprime un caractère administratif au contrat en cause.

En troisième lieu, il est plus que hardi d'affirmer que, dans l'arrêt commenté, « *des clauses qui ont pu être appréhendées par le passé comme exorbitantes ne sont pas qualifiées comme telles, le contrat n'étant alors pas administratif, dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par l'intérêt général* ». Peut-être est-ce le cas de juridictions du fond mais certainement pas du Conseil d'Etat. La lecture des conclusions de Mireille Le Corre sur l'affaire en question le confirme. Parmi les quatre clauses que la CAA de Bordeaux avait jugées

impliquant un régime exorbitant du droit commun, aucune ne trouve grâce aux yeux le Conseil d'Etat et, à l'examen, cela ne remet pas en cause la jurisprudence passée.

La principale clause mise en avant par la CAA – puisqu'elle mentionne les autres à titre surabondant, en utilisant l'expression « au surplus » - est relative à la clause de résiliation unilatérale. La convention portait sur la possibilité d'occuper un terrain de l'ONF pour 9 ans et d'y installer une habitation principale mais son article 8 autorisait l'ONF à prononcer de plein droit la résiliation du contrat en cas de remise du terrain au service des domaines dans le cadre d'une procédure foncière engagée par l'ONF, l'Etat et la commune. Pourtant, la décision *Commune de Lamentin* a déjà identifié qu'une clause de résiliation unilatérale en dehors de tout manquement contractuel n'était pas nécessairement exorbitante (CE 12 décembre 2003, n° 256561, aux Tables) et le Tribunal des conflits a jugé qu'une clause permettant au propriétaire de reprendre la jouissance de l'immeuble à tout moment et pour tout motif, sans indemnité, ne constituait pas une clause exorbitante du droit commun (TC, 20 février 2008, *Verrière*, n° 3623, aux Tables). Il est vrai que le Tribunal des conflits a récemment estimé que n'était pas exorbitante une clause de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général mais c'était dans un contexte particulier où la personne publique était prestataire d'une personne privée – en l'occurrence une société d'économie mixte – de sorte que le critère organique a, en quelque sorte et s'agissant du bénéficiaire privé de la clause, pris le dessus sur le critère matériel, comme c'est le cas en présence d'un contrat entre deux personnes privées (TC 2 novembre 2020, n°C4196) .

Une autre clause concernait l'obligation de maintenir la parcelle en bon état, faute de quoi l'ONF était en droit de faire exécuter aux frais du concessionnaire les travaux nécessaires, ce que la rapporteure publique n'a pas eu de mal à rattacher au droit privé, puisque la possibilité de faire exécuter les travaux aux frais du débiteur d'une obligation contractuelle est expressément prévue à l'article 1222 du code civil. Une troisième clause mise en avant par la CAA était relative à l'interdiction de procéder à l'abattage, la coupe, l'élagage ou la plantation d'arbres sur la parcelle sans l'accord préalable de l'ONF. La rapporteure publique a, certes, indiqué qu'une telle clause pouvait correspondre à deux objectifs différents : soit valoriser au mieux le domaine et en tirer le plus grand profit, soit préserver le domaine forestier au sens de l'article L. 121-3 du code forestier, ce qui correspondrait alors à un but d'intérêt général. Mais elle estimait que rien ne permettait d'entrevoir que le deuxième but était bel et bien celui recherché par cette clause.

Une dernière clause prévoyait la possibilité, pour les agents de l'ONF, de contrôler la bonne exécution de la convention. Elle pouvait poser question au regard de précédents jurisprudentiels, et notamment au regard de deux arrêts relatifs à l'ONF. Dans un arrêt du Conseil d'Etat du 19 novembre 2010, *ONF c/ Girard-Mille*, n° 331837, au Recueil, a été jugée exorbitante une clause prévoyant un contrôle de la comptabilité traduisant un droit de regard sur la gestion de l'exploitant. En sens inverse, la Cour de cassation n'a pas vu de caractère exorbitant à la clause permettant au gestionnaire du domaine de s'assurer que le montant des redevances versées correspond à celui qui est prévu au contrat, dans l'hypothèse où le contrat prévoit le versement de sommes en proportion du chiffre d'affaires réalisé par l'occupant (Cass., 3e civ., 13 mars 2002, n° 00-18.218, Bull.civ.II). Dans l'arrêt commenté, la clause permettait aux agents de l'ONF de contrôler la bonne exécution de la convention, sans plus de précision, mais elle pouvait être regardée comme leur permettant simplement de veiller à ce que l'objet de la concession soit bien respecté. Elle ne concernait d'ailleurs pas le contrôle de la comptabilité, par hypothèse s'agissant d'une simple habitation, de sorte qu'il était difficile d'y voir un caractère « intrusif » tel qu'elle puisse être vue comme étrangère à celles que les personnes privées sont susceptibles d'introduire dans leurs relations contractuelles.

Au final, la lecture des conclusions de la rapporteure publique, qui a été suivie par le Conseil d'Etat, permet non seulement d'affirmer que le critère de la clause impliquant un régime exorbitant a été ni abandonné ni nuancé, mais que sa mise en œuvre est parfaitement conforme à la jurisprudence antérieure et à la logique de l'exorbitance.

1.6 La perte du contrôle analogue et, par là même du statut d'organisme *in house* au cours de l'exécution du contrat implique une remise en concurrence, même quand la nouvelle entité a été choisie après mise en concurrence (CJUE, 12 mai 2022, aff. C-719/20, Comune di Lerici c/ Provincia di La Spezia)

La Cour commence par rappeler que, lorsqu'un marché public a été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public conformément au « in house », l'acquisition de cette société par un autre opérateur économique, pendant la durée de validité de ce marché, est susceptible de constituer un changement d'une condition fondamentale du marché nécessitant une mise en concurrence si une telle modification aboutit à ce que l'entité attributaire ne puisse plus être en pratique assimilée aux services internes du pouvoir adjudicateur (CJCE, 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, points 30 à 32, ainsi que du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, point 53). Or, une modification du contractant ne saurait relever du champ d'application de l'article 72 de la directive 2014/24 autorisant des modifications puisque le marché public en cause au principal a été confié initialement à une entité in house sans appel à la concurrence. En outre, la circonstance que la société qui a été sélectionnée par une société donnée et, partant, par les communes détenant cette société, au terme d'une procédure d'appel d'offres public, ne modifie pas une telle conclusion, y compris si elle est sous contrôle public dès lors qu'elle n'est pas sous le contrôle du pouvoir adjudicateur. A cet égard, la jurisprudence *Acoset* ne trouve pas à s'appliquer, elle qui dispense de toute publicité et mise en concurrence le contrat attribué à une société à capital mixte, détenue à la fois par le pouvoir adjudicateur, fût-ce indirectement, et par une entité ayant été sélectionnée par celui-ci au terme d'une procédure transparente et ouverte à la concurrence (CJUECE 15 octobre 2009, C-196/08).

Selon Hélène Hoepffner, dans son commentaire à Contrats et marchés publics d'août 2022 « *si cette solution nous paraît relever de l'évidence, on avoue peiner à comprendre le raisonnement qui y a conduit. En effet, bien qu'ayant écarté l'applicabilité des règles relatives à la modification, la Cour n'en a pas moins appliqué leur substance et interdit la modification d'un élément essentiel du marché* ». Mais on doit interpréter la non application de l'article 72 de la Directive par la Cour comme signifiant que les hypothèses de modifications autorisées, en particulier relative au changement de cocontractant, ne trouvait pas à s'appliquer. L'article 72 est bien applicable au sens où la modification opérée était substantielle et aucune des justifications de l'article 72 n'ont trouvé grâce aux yeux de la CJUE. En particulier, elle a implicitement rejeté que l'on se trouvait dans l'hypothèse d' « *une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la présente directive* ».

2. Brèves

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Douai a jugé que la société requérante ne pouvait pas utilement se prévaloir de ce que l'offre de la société attributaire serait irrégulière en raison des délais d'exécution qu'elle prévoyait, qui excédaient ceux prévus par les documents de la consultation, au motif qu'elle n'était pas susceptible d'avoir été affectée par un tel vice dès lors qu'elle avait obtenu la note maximale pour le sous-critère concernant le calendrier prévisionnel d'exécution. En statuant ainsi, alors qu'un tel manquement était en rapport direct avec l'éviction de la société Flowbird, dont ni la candidature ni l'offre n'ont été jugées irrégulières, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit (CE 21 juillet 2022, n°456472, Société Flowbird, classé C)
2. Une offre est inacceptable et doit à ce titre être écartée par l'acheteur lorsque son prix « excède les crédits budgétaires alloués au marché, déterminés et établis avant le lancement de la procédure », à condition que ces crédits ne soient pas sous-évalués. En l'espèce, un candidat à un marché funéraire faisait valoir que le budget était sous-évalué par rapport aux prix moyens révélés par une étude mentionnée par le rapport annuel pour 2019 de la Cour des comptes. Mais la CAA a estimé que les prestations objet de l'étude étaient plus étendues et que leur prix variait sensiblement selon les opérateurs (CAA Bordeaux, 2 juin 2022, n° 20BX03069, SAS PF2).
3. A la qualité de sous-traitant et non de simple fournisseur le titulaire d'un sous-contrat qui porte sur un produit spécialement conçu pour répondre aux spécifications du marché (CAA Nantes, 7 oct. 2011, n° 10NT02052, François X ; CAA Nancy, 12 juin 2014, n° 13NC01087, Sté Spurgin-Léonhart). Tel est le cas lorsque l'entreprise fournit au titulaire du marché « un ensemble de menuiseries en verre et aluminium répondant à des spécifications techniques précises » formulées par le cahier des charges « et qui ont dû être fabriquées sur mesure, afin de répondre aux sept différentes dimensions des ouvertures de bâtiments à réhabiliter » et que, « par ailleurs », le fabricant était intervenu sur le chantier pour assister le titulaire dans la pose et assurer les derniers réglages (CAA Versailles, 19 mai 2022, n° 19VE01184, Sté Maugin).
4. Ne commet de faute le maître d'ouvrage qui avait bien eu connaissance de l'intervention de l'entreprise requérante sur le chantier avait cru avoir affaire à un sous-traitant de premier rang et avait en conséquence adressé une mise en demeure de le déclarer à l'entreprise principale, qui n'avait pas répondu, alors qu'en fait il s'agissait d'un sous-traitant de second rang. En conséquence, le requérant ne peut se voir indemniser du reliquat non réglé par le sous-traitant de premier rang qui a été mis en liquidation (CAA Versailles, 19 mai 2022, n° 19VE02540, Sté Labaster 64).
5. On sait que, dans une décision contestée, le Conseil d'Etat a estimé que le motif d'intérêt général justifiant une résiliation unilatérale pouvait être seulement d'ordre financier (CE, 23 mai 2011, n° 328525, EPAD CAA Marseille). La CAA l'illustre à nouveau à propos de la décision d'un centre hospitalier de résilier en cours d'exécution un marché de production alimentaire au motif de modifications dans les besoins et le fonctionnement du service de restauration en vue de rationaliser les coûts. Il est vrai que cette nécessité est imposée par une décision de l'Agence régionale de santé refusant l'état prévisionnel déficitaire des dépenses et recettes de

l'établissement ainsi que son plan de financement pluriannuel, pointant une capacité d'autofinancement insuffisante et appelant à prendre des mesures de retour à l'équilibre budgétaire (CAA Marseille, 23 mai 2022, n° 19MA05229, Sté GCC).

6. Assume un risque d'exploitation le titulaire d'un contrat d'assainissement dont la rémunération « varie à raison des volumes d'eau consommés à traiter » et qui « supporte différents risques tels le risque d'impayés des usagers sur sa rémunération propre, celui tenant à l'obligation d'assumer la continuité du service ainsi qu'un risque d'aggravation de ses charges d'exploitation consécutif aux évolutions législatives ou réglementaires en matière d'assainissement et d'environnement, tant qu'elle ne bouleverse pas l'économie du contrat » (CAA Toulouse, 24 mai 2022, n° 19TL05755 , M. B. et collectif aletois gestion publique de l'eau).
7. La société Corsica Ferries a obtenu la résiliation du contrat de délégation du service public de la desserte maritime de la Corse dont elle avait été illégalement évincée et obtient ici l'indemnisation du manque à gagner dont elle a été privée. Pour le calcul de ce dernier, elle s'appuie notamment sur le bénéfice raisonnable dont il doit être tenu compte pour déterminer les charges nettes susceptibles d'être compensées au regard de la jurisprudence Altmark puisqu'il était prévu une subvention (CAA Marseille, 24 mai 2022, n° 17MA01655 , Corsica Ferries France), ce qui correspond au fait que la Commission estime que la procédure de DSP ne garantit pas toujours le 4eme critère.
8. Est entachée d'erreur manifeste la décision fixant le montant de la redevance d'occupation du domaine public qui « ne prend pas en compte le caractère saisonnier de l'occupation » et applique le barème annuel alors que l'association n'est explicitement autorisée à occuper le domaine public que 3 mois par an (CAA Nantes, 20 mai 2022, n° 21NT01012, Assoc. Sté des Régates de Saint-Pierre-Quiberon).
9. L'accord-cadre conclu par une association régie par la loi du 1er juillet 1901, agissant comme intermédiaire en qualité de centrale d'achat pour le compte de ses adhérents et pour la satisfaction de leurs besoins, est un contrat administratif (CAA Paris, 12 mai 2022, n° 21PA03760).