

REVUE D'ACTUALITE

FEVRIER 2021

► **Actualité législative et réglementaire**

➡ **Projet de loi Climat et Résilience – CE, Avis, 4 fév. 2021, *Projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets*, n°401933**

Les cinq sections administratives du Conseil d'État ne trouvent rien à redire aux dispositions du projet concernant la commande publique.

- Le projet vise à **imposer la prise en compte de considérations environnementales dans les conditions d'exécution des seuls marchés publics**, par une modification de l'article L.2112-2 du code de la commande publique. Ceci n'est jusqu'à présent qu'une simple faculté. Il faut noter que le projet n'étend pas cette exigence aux marchés publics de défense et de sécurité et aux concessions.
- Par ailleurs, une modification de l'article L.2152-7 du code de la commande publique a vocation à **contraindre à la prise en compte des caractéristiques environnementales des offres dans au moins un critère d'attribution**. Ceci n'induit aucune dérogation, précise le Conseil d'État, à l'exigence de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de critères objectifs.
- La loi prévoit que ces dispositions entreront en vigueur par une date fixée par décret au plus tard à l'issue d'un **délai de cinq ans**, ce qui semble particulièrement long mais a été justifié par le Gouvernement au regard de la durée du prochain plan national d'action pour les achats publics durables.

► **Actualité jurisprudentielle**

➡ **Notion d'organisme de droit public au sens de la directive 2014/24 – CJUE, 3 fév. 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio*, aff. C-155/19**

La CJUE a rendu un arrêt par lequel elle juge qu'une fédération sportive peut être qualifiée d'« **organisme de droit public** » au sens de la directive 2014/24 et ainsi être **assujettie aux règles de passation des marchés publics**.

- En effet, un tel organisme doit avoir été **créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autres qu'industriels et commerciaux**, être doté de la **personnalité juridique** et être sous **influence publique**.
- Les deux premières conditions sont ici facilement admises, même si la fédération en cause exerce d'autres activités autofinancées.

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS
EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

ADRESSE **GÉOGRAPHIQUE** > Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e
ADRESSE **POSTALE** > Équipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Contact : chairedcp@univ-lyon3.fr | 04 78 78 70 54

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp

Site : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

- Sur la troisième condition, si la fédération semble jouir d'une autonomie certaine, en particulier vis-à-vis du comité olympique italien, cette **présomption peut être renversée s'il est établi que les pouvoirs du comité sur la fédération ont pour effet de la placer en situation de dépendance notamment sur la passation de ses marchés**. Ces pouvoirs peuvent être établis à partir de plusieurs éléments, dont les critères d'attribution de subventions.

- À l'inverse, cette **autonomie peut être retrouvée s'il est prouvé qu'elle exerce une influence sur l'autorité qui la contrôle**.

➡ **Notion de marché public de défense ou de sécurité – CE, 4 fév. 2021, *Ministre des armées*, n°445396**

Le Conseil d'État confirme sa conception stricte de la notion de marché public de défense ou de sécurité.

- Pour rappel, ces marchés sont définis à l'article L.1113-1 du Code de la commande publique. Ce sont des marchés conclus **uniquement par l'État et ses établissements publics** et qui répondent à au moins l'un des objets mentionnés audit article. Ces marchés obéissent à un régime en partie spécifique et bénéficient de certaines dérogations, notamment en ce qui concerne **l'obligation d'allotir, qui ne leur est pas applicable**.

- En l'espèce, le Ministère des armées avait passé un **marché portant sur des prestations de gardiennage, d'accueil et de filtrage à l'entrée de trois sites militaires sans recourir à un allotissement géographique**. La question portait donc sur la qualification d'un tel contrat de marché de défense et de sécurité.

- Le Conseil d'État valide l'appréciation portée par le juge des référés en estimant que si les salariés en charge de l'exécution du marché avaient accès au système de contrôle d'accès, à la vidéosurveillance des sites et à certaines informations sensibles, **cela n'impliquait pas que le marché fasse intervenir des informations protégées dans l'intérêt de la sécurité nationale**. Dès lors, le marché ne pouvait être regardé comme un marché public de défense ou de sécurité.

- Dès lors, le marché était soumis à l'obligation d'allotissement et rien, en l'espèce, ne justifiait une décision de ne pas allotir d'autant que les prestations portaient sur **trois sites géographiquement distincts et nécessitant des prestations différentes**.

➡ **Action en responsabilité délictuelle pour rupture brutale d'une relation commerciale découlant de la rupture d'un contrat administratif : compétence du juge administratif – TC, 8 fév. 2021, *SNCF Réseau*, n°4201**

Par une décision du 8 février, le Tribunal des conflits a estimé que le **juge administratif était compétent**, du fait du **principe d'absorption de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle**, pour statuer sur une **action fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale et un abus de position dominante découlant de la rupture d'un contrat administratif**.

- Était en cause la rupture d'une relation commerciale entre SNCF Réseau et une société, que cette dernière considérait constitutive d'un abus de position dominante. La relation contractuelle était établie sur la base de **bons de commande soumis au cahier des clauses et conditions générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles de la SNCF**.

- La cour d'appel de Paris avait estimé que la juridiction judiciaire était compétente nonobstant la qualification à donner au contrat pour deux raisons. D'une part, il est constant que le Tribunal des conflits, en matière de marchés publics, **n'exclut pas la soumission des personnes publiques à l'Autorité de la concurrence sous le contrôle du juge judiciaire sauf en ce qui concerne les actes d'organisation du service public ou ceux mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique** (TC, 4 mai 2009, *Sté Éditions Jean-Paul Gisserot*, n°3714). D'autre part, la cour d'appel a estimé que ces actions, de nature délictuelle, étaient **détachables de la relation contractuelle qui en étaient le support**.
- Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation n'a pas abondé dans ce sens et a saisi le Tribunal des conflits.
- D'abord, le juge départiteur reconnaît bien la **nature administrative de la relation contractuelle**. En effet, à l'époque des faits, la SNCF était encore un établissement public et le cahier des clauses et conditions générales applicable au contrat contenait plusieurs **clauses exorbitantes du droit commun**.
- Ensuite, il précise que la rupture de la relation commerciale n'est **pas détachable de l'exécution du contrat administratif**. Dès lors, en application du principe d'absorption de la responsabilité délictuelle par la responsabilité contractuelle, la juridiction administrative était compétente pour connaître du litige.
- Il faut préciser qu'un élément, tu dans la décision du Tribunal mais rappelé dans l'arrêt de la Cour de cassation, a sans doute eu son importance. **L'action de la société requérante n'avait pas vocation à être portée devant l'Autorité de la concurrence**, ce qui empêchait l'application de la jurisprudence *Sté Éditions Jean-Paul Gisserot*.

➡ **Action en responsabilité quasi-contractuelle entre les co-traitants d'un marché public : compétence du juge administratif – TC, 8 fév. 2021, *Stés Fayat Bâtiment et Pro-Fond*, n°4203**

Le tribunal des conflits rappelle ici que **l'action en responsabilité quasi-délictuelle entre les co-traitants d'un marché public à raison de fautes commises lors de l'exécution est de la compétence des juridictions administratives**.

- Le centre hospitalier de Nice avait conclu un marché de travaux avec un groupement d'entreprises comprenant notamment les sociétés Fayat Bâtiment et Pro-Fond. À la suite de dommages causés à des bâtiments voisins, le chantier a été interrompu pendant un mois et demi. Recherchant la responsabilité des co-traitants, les sociétés ont saisi le juge judiciaire et le juge administratif. Le premier ayant décliné sa compétence, le second a saisi le Tribunal des conflits.
- Celui-ci a rappelé que le « **litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties sont unies par un contrat de droit privé** ».
- Si les deux sociétés étaient bien liées par un contrat de droit privé organisant leurs relations au sein du groupement, **l'action en responsabilité quasi-délictuelle dont s'agissait ne portait que sur l'exécution du marché public, du fait de retards dans son exécution imputables potentiellement aux cotraitants, et non sur celle du contrat de droit privé les liant**. Dès lors, la juridiction administrative était compétente pour en connaître.

➔ **Référé-suspension à l'occasion d'un recours *Tarn-et-Garonne* – CE, 15 fév. 2021, *Commune de Toulon*, n°445488**

Une rare illustration de la **suspension d'un contrat administratif prononcée par le juge du référé-suspension saisi en parallèle d'un recours *Tarn-et-Garonne***.

- Par contrat du 20 août 2020, la Commune de Toulon a attribué à la société Arts et Loisirs Gestion la concession portant sur l'exploitation du Zénith de Toulon pour une durée de cinq ans. La société Oméga +, ancien concessionnaire et candidat évincé, a intenté un recours en contestation de validité du contrat assorti d'un référé-suspension.
- Sur la condition d'urgence, le juge des référés du Conseil d'État estime que « **la seule circonstance que la société évincée n'avait qu'une chance de se voir attribuer le contrat ne faisait pas, par elle-même, obstacle à ce que l'attribution de celui-ci à une autre société fût regardée comme portant une atteinte grave et immédiate à ses intérêts** ». Il retient par la suite que le chiffre d'affaires de la société était intégralement constitué par l'exploitation de salles de spectacles et que la perte de la concession la fragilisait à court terme et portait une **atteinte grave et immédiate à ses intérêts de nature à remplir la condition d'urgence, quand bien même il s'agissait d'une société de projet filiale d'un groupe solvable**.
- Sur le doute sérieux quant à la légalité de la décision d'attribution du contrat, le juge relève que le critère « conditions économiques et financières », prépondérant en l'espèce, ne reposait que sur une **déclaration de l'estimation du chiffre d'affaire pendant l'exploitation de la concession, sans que la commune n'ait la possibilité d'en vérifier l'exactitude**. Ceci est par ailleurs confirmé par l'imprécision des informations fournies par la commune sur le régime fiscal de la subvention qu'elle pourrait accorder au concessionnaire, rendant d'autant plus incertaine l'appréciation de ce critère.

Pour une analyse plus approfondie de l'actualité des contrats publics du mois de novembre, voir la Lettre juridique des contrats publics du Professeur LICHERE en suivant ce lien :

<http://fidal.pro/documents/abcde0043/lettrefevrier2021.pdf>