

# NEWSLETTER DROIT DES CONTRATS PUBLICS

L'actualité du droit des contrats publics



Faculté de droit, sciences économiques et gestion de Nancy et Epinal

*Master 2 Droit des contrats publics et de l'achat public*



## **DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC DE CASINO :**

Un montage contractuel trop avantageux pour l'un des candidats : le TA de Marseille censure

**COUR DE CASSATION : LA JURISPRUDENCE "CZABAJ" NE FRANCHIT PAS LA PORTE DES JURIDICTIONS JUDICIAIRES**

**CAA DE DOUAI :** Pas d'indemnisation du manque à gagner si l'administration renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général

## **Pouvoir de résiliation unilatérale des assureurs :**

Le juge des référés peut enjoindre à l'assureur de continuer à exécuter le contrat

# Sommaire

## 1. Textes de lois, règlements, etc.

- **Communiqué du ministre de l'Économie sur la simplification** : Mesures annoncées intéressant la commande publique. p. 4 à 6
- **Réponse ministérielle du 9 janvier 2024 (n°10420)** : Révision des contrats de sous-traitance. p. 7

## 2. Jurisprudences

### 2.1. Occupation domaniale

- **Cour de cassation, 29 février 2024 (n°22-23.920)** : Incompétence du juge judiciaire pour les redevances d'occupation du domaine public géré par une personne privée. p. 8
- **Conseil d'Etat, 15 avril 2024 (n°470475)** : Précisions sur le régime juridique des indemnisations pour occupation illicite du domaine public. p. 9
- **Conseil d'Etat, 3 avril 2024 (n°488803)** : Précisions sur le champ d'application de la domanialité publique virtuelle. p. 9 à 12

### 2.2. Passation

- **Cour de cassation, 8 mars 2024 (n°21-21.230, n°21-12.560)** : Non application de la jurisprudence « Czabaj » par le juge judiciaire. p. 12, 13
- **Conseil d'Etat, 11 avril 2024 (n°489440)** : Les organismes privés gestionnaires d'établissements sociaux et médico-sociaux n'ont pas la qualité de pouvoirs adjudicateurs. p. 13, 14
- **Conseil d'Etat, 3 avril 2024 (n°472476)** : Un bail en l'état futur d'achèvement (BEFA) requalifié en marché de travaux rend illégal des clauses de paiement différé. p. 15, 16
- **Retour sur CAA Douai, 23 janvier 2024 (n°22DA01088)** : Les motifs d'intérêt général d'un classement sans suite empêchant l'indemnisation du manque à gagner. p. 16, 17
- **TA Nice, 8 mars 2024 (n°2400856)** : Appréciation des méthodes de notation par « code couleur ». p. 18
- **TA Grenoble, 6 mars 2024 (n°2401055)** : Quand le requérant régulièrement évincé emporte l'attributaire avec lui. p. 19
- **TA Melun, 15 mars 2024 (n°2311654)** : Méthode d'appréciation des offres d'une concession. p. 20, 21

## 2.3 Exécution

- **Conseil d'Etat, 4 avril 2024 (n°491068)** : Pouvoir de résiliation unilatérale des assureurs : le juge des référés peut enjoindre à l'assureur de continuer à exécuter le contrat. p. 22, 23
- **CAA Douai, 19 mars 2024 (n°23DA00221)** : Caractère autonome d'un accord transactionnel modifiant uniquement le décompte général d'un marché. p. 23, 24
- **CAA Paris, 5 mars 2024 (n°21PA06640)** : L'absence de clause de révision de prix rend le marché irrégulier, mais pas de façon suffisamment grave. p. 24 à 26
- **TA Nantes, 10 avril 2024 (n°1913502)** : Résiliation pour motif d'intérêt général d'un contrat de concession avec effet différé. p. 26 à 28
- **TA Marseille, 8 avril 2024 (n°2307694)** : Résiliation d'une DSP de Casino en raison d'un curieux montage. p. 29, 30
- **TA Dijon, 25 janvier 2024 (n°2102179)** : Droit à une indemnité d'imprévision pour le concessionnaire d'un service public pour le bouleversement économique du contrat dû au confinement et à la crise sanitaire. p. 30 à 33
- **CAA Nantes, 19 avril 2024 (n°23NT01257)** : Les collectivités territoriales peuvent avoir des participations dans des sociétés d'énergies renouvelables sans pour autant détenir la compétence relative à la production d'énergie. p. 33, 34

## 3. Annexe

Les **extraits des jurisprudences commentées** sont annexés à la fin de la revue.

# 1. Textes de lois, règlements, etc.

## Communiqué du ministre de l'Économie sur la simplification : Mesures annoncées intéressant la commande publique.

Le Ministère de l'économie et des finances a présenté son plan d'action visant à la "simplification de la vie des entreprises". Parmi les nombreuses mesures envisagées figurent notamment la simplification de l'accès à la commande publique pour les TPE et PME.

La commande publique est en effet jugée trop compliquée en raison du grand nombre de plateformes d'achat public, de procédures de consultations trop longues, d'exigences techniques et financières trop strictes et du manque d'informations sur les opportunités de marchés.

Le gouvernement entend donc prendre 5 mesures pour y remédier, sur certaines desquelles le Conseil d'état a eu l'occasion de se prononcer (CE Avis 22 avril 2024 n°408246) :

- **Faciliter l'accès à la commande publique en ligne en centralisant les consultations de l'état :**

Il est ici prévu la mise en place d'une plateforme de consultation unique pour l'État et ses établissements mais les autres acheteurs, collectivités territoriales, établissements publics locaux ou encore acheteurs privés, pourront décider de s'y rattacher. Au demeurant, les plateformes d'achat actuelles des collectivités seront rendues "interopérables" avec la nouvelle plateforme unique, donc inutile pour elles de s'en détacher.

Le Conseil d'Etat dans son avis, relève que cette mesure relève du champ de compétence législatif, et que s'il lui paraît conforme à l'objectif de simplification des entreprises, la commission pourrait toutefois interpréter la mesure comme limitant "la liberté contractuelle" de ces pouvoirs adjudicateurs. On comprend que c'est l'absence de concurrence qui embarrasse le conseil d'Etat et "l'exclusion" des opérateurs proposant des profils acheteurs ne pouvant alors plus proposer leurs services à l'État et ses établissements. Le Conseil prescrit alors la notification de la mesure à la commission.

- **Simplifier le processus de candidatures aux marchés publics :**

L'objectif est ici de généraliser le principe du "dites-le nous une fois" en favorisant notamment l'utilisation du document unique de marché européen (DUME) ou par la simple communication du numéro de SIRET des entreprises. A charge pour les acheteurs de rechercher les informations sur les candidats.

En effet, le fait de fournir à chaque consultation les mêmes documents alors qu'ils ont déjà été communiqués lors de précédents marchés tend à alourdir les procédures et les formalités à effectuer pour les candidats. Cela suppose tout de même pour les entreprises de rigoureusement tenir à jour les documents de façon raisonnablement périodique.

- **Améliorer les délais de paiement des acheteurs :**

Malgré des délais de paiement encadrés par le code, le gouvernement constate des retards persistants et des intérêts moratoires non réclamés par les créanciers peu sensibilisés sur la question. Le plan d'action consiste donc en ce que les délais de paiement des collectivités dépassant les 3500 habitants soient publiés en données ouvertes, accessibles au public, en la sensibilisation des acheteurs par les comptables publics qui se verront adresser une circulaire en ce sens.

La mise en place d'un groupe de travail est également en cours pour proposer des mesures plus concrètes afin de réduire les retards de paiement.

- **Améliorer les conditions d'exécution des marchés publics par décret :**

Le plan souhaite également remédier aux problèmes de financements que rencontrent les titulaires dans l'exécution de leurs marchés publics.

Les mesures envisagées par décret visent à renforcer les mesures déjà prévues par le code de la commande publique pour soulager les trésoreries des TPE et des PME en relevant notamment les taux minimaux d'avances et en réduisant celui des taux de retenue de garantie.

L'Etat doit déjà consentir un taux minimal d'avance de 30% dans ses marchés de travaux passés avec des TPE/PME alors que les collectivités sont restées à un taux de 10%. Le gouvernement souhaite une unification de ce taux pour l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics dont le budget de fonctionnement dépasse 60 millions d'euros.

Les retenues de garanties sont également visées par le plan pour être diminuées de 5% à 3% maximum, ce qui n'est pas de nature à rassurer les acheteurs dans l'exécution de leurs marchés. En effet, cette retenue de garantie est là pour couvrir les éventuelles malfaçons mineures découvertes après la réception de l'ouvrage.

- **Centraliser les contentieux de la commande publique entre les mains du juge administratif :**

La mesure qui fera sans doute le plus couler d'encre est celle consistant en l'unification du contentieux de la commande publique entre les mains du juge administratif.

En effet, selon le rapport du ministère, si 85% des contentieux des contrats de la commande publique ont lieu devant la juridiction administrative, ceux relevant du juge judiciaire en représentent 15%. On retrouve dans ce segment du contentieux, les marchés publics passés par des acheteurs personnes morales de droit privés soumis au code de la commande publique : bailleurs sociaux, sociétés publiques locales, quelques sociétés d'économie mixte ou encore des groupements d'intérêts économiques et autre association à financement public.

Cette dichotomie juridictionnelle inquiète le gouvernement en ce qu'elle rend confuse pour les entreprises peu informées, l'identité du juge qu'elles sont censées saisir pour obtenir réparation ou pour contester une procédure.

Le ministre plaide alors en une "unification du contentieux lié à la commande publique" pour sécuriser l'environnement juridique, à savoir : éviter les divergences de jurisprudences et "simplifier" les recours des entreprises.

Le Conseil d'Etat est cependant peu convaincu par l'argument, et avance dans son avis : "qu'il convient de ne pas surestimer les avantages de la mesure [...]. Le partage actuel du contentieux ne conduit que très rarement à des difficultés quant à la désignation du juge compétent ou à des divergences d'interprétation entre les deux ordres de juridiction". Il n'est d'ailleurs pas plus convaincu par les chiffres avancés par le gouvernement quant à la proportion de contentieux relevant du juge judiciaire, et s'inquiète donc de la conséquence qu'un tel transfert aurait sur "l'engorgement" des tribunaux administratifs. Il requiert donc des chiffres plus concrets préalablement au dépôt du projet de loi.

Le Conseil relève toutefois que la mesure aurait le mérite d'ouvrir le recours en contestation de validité des tiers aux marchés passés par les personnes privées. Hypothèse qui était jusqu'alors enterrée par le Conseil Constitutionnel (Conseil Constitutionnel 2 octobre 2020 n°2020-857) pour ce qui est du contentieux relevant du juge judiciaire.

Pour l'instant, les seuls recours à disposition des tiers pouvant mener à l'annulation de la procédure de passation ou la résiliation du marché public de droit privé, sont le référé précontractuel ou le référé contractuel. L'impossibilité d'exercer cumulativement ces deux recours ainsi que leurs délais peu cléments limitent fortement les possibilités d'annulation ou de résiliation pour les tiers requérants. Ceux-ci n'ont dès lors pas la possibilité de contester le contrat dans le cadre d'un recours au fond, comme il est possible de le faire devant les juridictions administratives (CE 4 avril 2024 n°35994 Département du Tarn-et-Garonne). Ce recours permet des délais plus permissifs pouvant aller de 2 mois à partir de la publication de la signature du contrat à 1 an en l'absence de publicité. Une telle ouverture permettrait ainsi aux entreprises d'avoir plus de chances de faire valoir leurs droits lorsque le coche du référé contractuel ou du référé précontractuel est loupé. Ceci pourrait cependant avoir également une incidence sur la charge de travail déjà lourde des juridictions administratives et donc sur les délais de jugements.

Cette réforme soulève cependant quelques questions sur les conséquences à en tirer, que le Conseil d'Etat relève d'ailleurs dans son avis : ces contrats seraient-ils alors dorénavant administratifs ? Les pouvoirs spéciaux consacrés par l'article L.6, s'appliqueraient t'ils dès lors aux acheteurs privés qui n'en bénéficient pas ? Le recours au fond serait-il effectivement étendu aux marchés de droit privé ?

Le projet de loi devant être présenté cet été au parlement, ces propositions seront probablement amendées, affaire à suivre...

## Réponse ministérielle 9 janvier 2024 n°10420 : Les clauses de révision des contrats de sous-traitance.

La Code de la commande publique n'impose pas au titulaire de répercuter la révision de son prix sur le prix versé au sous-traitant. Un député constate les nombreux mécanismes du code de la commande publique qui permettent la révision du prix au bénéfice des titulaires, dans un contexte de hausse générale des prix. Il regrette cependant l'absence de telles mesures au bénéfice des sous-traitants qui effectuent une grande majorité des travaux et qui se voient souvent refuser une révision par leur titulaire.

La question posée au gouvernement est donc de savoir s'il entend prendre des mesures obligeant le titulaire à répercuter la révision du prix dont il bénéficie, sur celui qu'il verse lui-même à son sous-traitant.

Le gouvernement répond que de telles mesures ne sont pas prévues et que le code ne permet pas d'imposer au titulaire une révision du prix de son sous-traitant. En effet, ils sont liés par un contrat à part, avec ses clauses propres, dont l'acheteur n'a pas à connaître en vertu de la liberté contractuelle. Le seul rôle de l'acheteur est d'accepter ou refuser le sous-traitant au vu de ses capacités à réaliser la part sous-traitée, de ses modalités de paiement, de son absence des cas d'exclusions de la commande publique et du caractère non-anormalement bas de son offre.

C'est au sous-traitant et au titulaire de négocier entre eux les termes du contrat de sous-traitance qui les lient et de prévoir dès le départ une clause de révision du prix.

## 2. Jurisprudences

*Les extraits des jurisprudences commentées sont annexés à la fin de la revue.*

### 2.1 Occupation domaniale

#### Redevance domaniale relative au droit de mouillage, le juge judiciaire n'est pas éclaboussé.

**Le 29 février dernier, la Cour de cassation est venue rappeler son incompetence sur les questions relatives aux redevances d'occupation du domaine public, et ce, même si ladite redevance est exigée par une personne privée.**

S'agissant des faits, il était question d'un litige opposant une société opératrice de ports de plaisance et une autre société usagère. La première d'entre elle, titulaire d'une occupation domaniale et concessionnaire du domaine, avait exigée de l'autre société, le paiement d'une redevance au titre du droit de mouillage dont elle disposait. Nous rappelons au lecteur éloigné des côtes que ce droit consiste purement et simplement en l'immobilisation du bateau au port.

Très justement, la société qui conteste le paiement de cette redevance, soulève l'incompétence du juge judiciaire pour en connaître. En effet, l'article L.2331-1 1° et 2° du code général de la propriété des personnes publiques donne compétence au juge administratif sur ce point.

Ainsi, la Cour de cassation précise et rappelle la jurisprudence administrative : *“les litiges relatifs aux sommes dues au titre d'une redevance d'occupation du domaine public maritime, quel que soit le mode d'exploitation du port, ne ressortissent pas à la compétence de l'ordre juridictionnel judiciaire, d'autre part, qu'une redevance acquittée en contrepartie d'une autorisation d'occupation du domaine public ouvrant droit à titre accessoire à des prestations de service, et qui est déterminée de manière globale et forfaitaire en fonction des caractéristiques de l'occupation du domaine, indépendamment de l'utilisation effective des services, revêt le caractère d'une redevance domaniale et non, fût-ce pour partie, d'une redevance pour service rendu (CE, 14 avril 2023, n° 462797, T.)”*.

La juridiction du fond qui considérait que la demande de paiement n'était pas relative à l'occupation du domaine public, voit son jugement cassé et annulé.

**Cass, 29 février 2024 (n°22-23.920)**

*Annexe p. 35*



## L'Occupation illicite du domaine public et la nature des indemnisations qui en découle au profit du gestionnaire.

**Le Conseil d'État précise que les indemnisations pour occupation illicite du domaine ne constituent pas le paiement d'une redevance et obéissent alors aux règles du code civil.**

La société SNCF Réseaux, gestionnaire du domaine public, demande une indemnisation pour occupation illicite de son domaine par une société. Cette dernière invoque la prescription de certaines des indemnisations dues.

Cependant, la juridiction suprême explique que si la réglementation des redevances d'occupation prévoit un délai de prescription de 5 ans à compter de son exigibilité, il en va autrement des indemnisations pour occupation illicite.

En effet, l'occupation illicite ouvre droit à une indemnisation pour le gestionnaire, et non à la perception d'une redevance. Le juge doit alors appliquer les règles de prescription du code civil, disposées à l'article 2224 du code civil :

*“Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.”*

L'indemnisation est donc prescrite dans un délai de 5 ans, comme les redevances d'occupation, mais avec un délai de prescription commençant à courir à partir de la connaissance du dommage par l'autorité gestionnaire, à savoir l'occupation illicite.

Concernant le calcul de cette indemnité, le juge nous informe que l'autorité gestionnaire peut demander « *au titre de la période d'occupation irrégulière, une indemnité compensant les revenus qu'elle aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant cette période.* »

Ainsi, est validé le calcul se fondant sur le montant des redevances d'occupation pratiqué par la SNCF réseaux dans la région.

**CE, 15 avril 2024 (n°470475)**

*Annexe p. 36, 37*

## La domanialité publique virtuelle s'applique même si l'affectation projetée ne s'est jamais concrétisée.

**Une parcelle destinée à l'origine à l'usage direct du public mais n'ayant jamais fait l'objet d'aménagements nécessaires reste couverte par la théorie de la domanialité publique virtuelle et donc sous juridiction administrative.**

La commune a acheté une parcelle dans les années 60 afin d'y réaliser des espaces verts. Le projet n'a jamais été lancé et une association occupe depuis lors ladite parcelle. La Ville a cependant pour nouveau projet d'y faire réaliser des jardins et activités pédagogiques et a conclu pour ce faire une convention d'occupation avec une société. Cette dernière se retrouve cependant bloquée par l'occupation illicite de l'association qui refuse de quitter les lieux et qui conteste en parallèle la convention. La ville demande alors l'expulsion de l'association mais le juge administratif s'estime incompétent car selon lui, la parcelle ne relève pas du domaine public mais du domaine privé de la commune. Le tribunal estimait en effet que la parcelle n'a jamais été à usage direct du public ni spécialement aménagée en vue de son affectation au service public et relève donc la compétence du juge judiciaire.

Le Conseil d'Etat fait cependant application de la théorie de la domanialité publique virtuelle en constatant au vu des pièces qui lui sont fournies, datant de l'époque à laquelle la parcelle a été acquise « *qui révèlent la volonté de la commune de transformer la parcelle en litige en espace vert et de l'affecter à l'usage direct du public, qu'elle a ainsi été incorporée à son domaine public, sans que, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus au point 4, l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques ait pu avoir pour effet d'en entraîner le déclassement.* ».

La domanialité publique virtuelle veut en effet qu'un bien qui a vocation future à être affecté à un service public et à être aménagé en ce sens, soit soumis de facto aux principes protégeant le domaine public alors même que cette affectation n'est qu'envisagée par la personne publique.

Cette théorie trouve son origine dans un arrêt du Conseil d'Etat du 6 mai 1985 n°41589 et 41699 "Association Eurolat" qui concluait à l'incompatibilité des clauses d'un bail portant sur "un terrain appartenant à une collectivité publique, affecté à un service public, et destiné par les parties à être aménagé à cet effet" avec les principes de la domanialité publique. Cependant, le code général de la propriété des personnes publiques dispose depuis 2006, à l'article L2111-1, que : *"le domaine public d'une personne publique [...] est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public."*

Nouvelle définition qui, lors de son entrée en vigueur en 2006, semblait remettre en cause la théorie de la domanialité publique virtuelle puisqu'elle impose que le bien "fasse l'objet d'un aménagement". Cet article a, jusqu'à récemment, été interprété de façon restrictive en ce que cet aménagement doit être effectif pour emporter l'incorporation du bien dans le domaine public et donc pour qu'il soit protégé par les principes de la domanialité publique.

Mais le juge a dû plusieurs fois apprécier ce conflit de définitions dans le temps lorsque saisi de questions portant sur des situations antérieures à l'entrée en vigueur du code. L'arrêt sous étude vient compléter ce travail. Les biens qui relevaient du domaine public selon les anciens critères, pour une affectation future à l'usage direct du public mais qui ne l'ont finalement jamais été sont ils concernés ?

Dans le présent arrêt, le Conseil d'Etat continue de considérer que les biens qui relevaient déjà du domaine public, en application des critères jurisprudentiels en vigueur avant l'arrivée du CGPPP, continuent d'en relever alors même qu'ils ne satisfont pas aux nouveaux critères posés par le code. Le juge les place en effet sous la coupe de la théorie de la domanialité publique virtuelle dès lors qu'il est établi qu'une affectation était projetée.

On sait d'ores et déjà que lorsqu'il est question d'une affectation future à un service public, le Conseil d'Etat nous dit que : *"l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ; que le fait de prévoir de façon certaine un tel aménagement du bien concerné impliquait que celui-ci était soumis, dès ce moment, aux principes de la domanialité publique"* (CE, 8 avr. 2013, n° 363738, Association Atlalr). L'aménagement était dans cet arrêt prévu "de façon certaine" en raison d'une déclaration d'utilité publique de travaux de construction d'autoroutes, de sorte que les terrains concernés relevaient du domaine public.

Le Conseil est venu, plus récemment, préciser cet aspect en expliquant que : *"l'aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public peut être regardé comme entrepris de façon certaine, eu égard à l'ensemble des circonstances de droit et de fait, telles que, notamment, les actes administratifs intervenus, les contrats conclus, les travaux engagés, ce bien doit être regardé comme une dépendance du domaine public"* pour les biens qui ont vocation à entrer dans le domaine public en application des nouveaux critères de domanialité publique." (Conseil d'Etat, 13 avr. 2016, n° 39143 Commune de Baillargues) Cet arrêt mettait, en outre, fin à la présumée disparition de la théorie de la domanialité publique virtuelle puisque la situation relevait des critères du code général de la propriété des personnes publiques.

La décision sous étude a le mérite d'appliquer ce régime de domanialité virtuelle aux biens qui avaient pour ambition, bien avant l'entrée en vigueur du CG3P, à être affectés à l'usage direct du public. Il apparaît que lorsque c'est l'usage direct du public qui est envisagé, c'est la simple *"volonté de transformer la parcelle [...] et de l'affecter à l'usage direct du public"* exprimée en l'espèce par une délibération détaillant le projet et un arrêté fixant le budget de l'opération qui suffit à qualifier le bien comme relevant du domaine public. Le fait qu'aucun contrat ou travaux n'aient été conclus ou engagés par la suite n'est logiquement pas considéré par le juge qui retient simplement le souhait d'affecter la parcelle à l'usage direct du public et qui qualifie ainsi la parcelle comme relevant du domaine public. Ce qui n'est pas étonnant dans le sens où aucun aménagement n'est jamais exigé lorsque c'est l'affectation à l'usage direct du public qui est décidée. Le juge administratif est donc compétent en l'espèce.

Pour ordonner l'expulsion de l'association, le Conseil d'Etat relève ensuite que l'occupation irrégulière compromet la nouvelle convention d'occupation et empêche les aménagements qu'elle prévoit. La mesure d'expulsion est donc utile et urgente, sans plus de précision donnée par le juge quant à l'urgence de la situation, sans que le recours parallèle dont la convention fait l'objet constitue une contestation sérieuse. En effet, le juge des référés mesures utiles ne peut

pas se prononcer par exception sur les chances de succès du recours contre la convention et donc, par extension, sur la régularité de la convention. Il ne peut donc pas considérer qu'un simple recours, dont l'issue est imprévisible, soit une contestation sérieuse à la mesure d'expulsion demandée. La mise en demeure de quitter les lieux n'est, en outre, pas un prérequis pour que la demande d'expulsion du domaine public via un référé mesures-utiles soit recevable.

**CE, 3 avril 2024 (n° 488803)**

*Annexe p. 37, 38*

## 2.2 Passation

### La jurisprudence "Czabaj" ne franchit pas la porte des juridictions judiciaires.

**Par deux décisions du 8 mars dernier, la Cour de Cassation, statuant dans sa formation la plus solennelle, refuse d'introduire dans son prétoire la création prétorienne du juge administratif dite du "délai raisonnable".**

C'est sans aucun détour mais avec courtoisie que les juges de la Haute juridiction refusent d'appliquer la décision du Conseil d'Etat du 13 juillet 2016 et considèrent que "le débiteur n'est pas tenu de saisir le juge civil dans le délai défini" par ladite décision.

Les faits de chaque espèce ne semblent appeler aucun commentaire spécifique : pour la première, une société contestait les titres exécutoires portant règlement de factures d'eau, émis par une Communauté d'agglomération en charge du service d'eau potable (le lecteur avisé comprend ainsi la compétence du juge judiciaire, résultant de la "relation SPIC-usager" ; v. TC, 21 mars 2005, C3413). Pour la seconde, une société contestant les titres exécutoires portant règlement de la taxe locale sur la publicité extérieure émise par une commune (sur ce point, v. Rép. Min. n°38263 du 9 décembre 2014).

La Cour de cassation déroule pour chacune des affaires présentées, un argumentaire didactique. Cette dernière rappelle les contours de la création prétorienne issue de la jurisprudence "Czabaj", elle mentionne également son élargissement devant le juge administratif vis-à-vis de la contestation des titres exécutoires émis par une collectivité locale (CE 9 mars 2018, n° 401386).

Puis, après avoir souligné la nécessité d'opérer à une convergence des jurisprudences des deux ordres de juridictions, le juge judiciaire explicite les raisons expliquant que sur ce point, une différence de situation fait obstacle à un tel mouvement.

Ainsi, il précise que les motifs conduisant à la détermination d'un délai raisonnable *“sont propres au contentieux administratif”*. Il est ainsi rappelé que le juge judiciaire n'exerce aucun contrôle de l'excès de pouvoir et que, dans le cadre de la contestation d'un titre exécutoire, la prescription quadriennale fixe par elle-même une date suffisante, de même que les dispositions de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales limitent à deux ans l'action tendant à la décharge d'une imposition ou restitution d'un indu fondées sur la non-conformité de la règle de droit.

L'idée est alors la suivante : puisqu'il n'existe pas de risque que le requérant puisse contester l'acte sans durée, les dispositions précitées suffisent à garantir le principe de sécurité juridique sans qu'il ne soit nécessaire d'y introduire ce fameux *“délai raisonnable”*. Sur ce point, le juge administratif a sans doute oublié la raison justifiant sa propre création.

Pour ces raisons, *“le maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui se justifie par les principes et règles applicables devant le juge civil, permet un juste équilibre entre le droit du créancier public de recouvrer les sommes qui lui sont dues et le droit du débiteur d'accéder au juge”*.

Dès lors, la jurisprudence *“Czabaj”* demeure, pour l'instant, l'apanage du juge administratif qui a su largement le généraliser dans son propre contentieux.

**Cass, 8 mars 2024 (n°21-21.230, n°21-12.560)**

*Annexe p. 39 à 41*

## **Précisions sur le contour du contrôle de gestion exercé par un pouvoir adjudicateur sur un organisme pour qu'il soit soumis au code de la commande publique.**

**Les règles de contrôle par l'administration sur l'activité des organismes privés gestionnaires d'établissements sociaux et médico-sociaux n'ont pas le caractère de contrôle de gestion susceptible de les qualifier de pouvoirs adjudicateurs.**

Une Cour administrative d'appel demande au conseil d'Etat si les règles imposées aux organismes de droit privé gestionnaires d'établissements et de services sociaux et médico-sociaux, révèlent un contrôle de l'administration de nature à qualifier ces organismes de pouvoirs adjudicateurs. Le Conseil d'Etat offre ici une interprétation de l'article L1211-1 du code de la commande publique en ce qu'il qualifie de pouvoir adjudicateurs :

*« 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :*

- a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*
- b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*
- c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; »*

C'est la deuxième possibilité qui est ici précisée par le juge. En effet, celle-ci est peu utilisée dans la mesure où les cas de contrôle de gestion sur de tels organismes découlent bien souvent d'un financement majoritaire par un pouvoir adjudicateur donnant lui-même droit à celui-ci de désigner la majorité des membres des organes de direction. Les cas où seul le contrôle de gestion est susceptible d'entraîner la qualification de pouvoir adjudicateur demeurent rares et flous pour le paysage juridique français.

La question de savoir si le contrôle administratif exercé sur certains organismes au vu de l'intérêt général que revêt leur mission s'apparente à un tel contrôle de gestion se pose alors. Parmi eux, les gestionnaires d'établissements sociaux et médico-sociaux soumis à de nombreux contrôles par l'administration, tant sur les aspects financiers qu'en matière de qualité de service.

A l'égard de ces organismes, l'autorité publique peut en effet : exercer un droit de regard sur les tarifs exercés, les emprunts contractés, les programmes d'investissements, conclure des contrats d'objectifs, récupérer des sommes perçues en cas de dépenses anormales, désigner un administrateur en cas de mauvaise gestion financière, effectuer des contrôles administratifs et proposer des modifications aux projets budgétaires. La gestion de ces organismes est donc scrutée par l'administration mais est-ce à proprement parler un « contrôle de gestion » par un pouvoir adjudicateur ?

Le Palais Royal estime que le contrôle de gestion tel qu'entendu par le code de la commande publique implique une participation directe dans les décisions prises par l'organisme de droit privé, de telle sorte que celui-ci n'aurait en réalité aucune autonomie vis-à-vis du pouvoir adjudicateur. Il précise surtout qu'un tel contrôle doit avoir pour effet de « *permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés.* »

Il exclut dès lors les contrôles « à posteriori » exercés par des pouvoirs adjudicateurs sur les activités de certains organismes privés ainsi que les contrôles « a priori » ne remettant pas en cause leur autonomie de gestion.

En l'espèce, le juge relève que les contrôles précités sur de tels organismes relèvent en majorité de contrôle de régularité de l'activité exercée, mené en majorité "à posteriori". Il estime en outre que les contrôles sur les tarifs, les emprunts contractés et les programmes d'investissements, bien que menés « a priori » ne remettent pas en cause l'autonomie de ces organismes et qu'aucune mesure ne permet à un pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions d'attributions de contrats.

Les personnes privées soumises à un contrôle de régularité et de gestion « minimale » par l'administration échappent ainsi aux règles de la commande publique.

**CE, avis 11 avril 2024 (n°489440)**

*Annexe p. 41 à 43*

## Un BEFA requalifié en marché de travaux est annulé en raison des clauses de paiement différé qui rémunèrent les travaux.

**Le Bail en l'état futur d'achèvement qui porte sur des bâtiments construits selon les exigences de la personne publique est un marché public de travaux dont les loyers prévus peuvent constituer des paiements différés, entraînant son annulation.**

Un hôpital a conclu un bail en l'état futur d'achèvement portant sur deux immeubles, dont un en cours de construction, qui répondent à ses besoins spécifiques. La personne publique, se rendant compte de son erreur, ne s'installe jamais dans les locaux une fois ceux-ci construits, ne paie plus les loyers et décide de saisir le juge d'un recours en contestation de validité du contrat dit « recours Bézier I » (Conseil d'État, Assemblée, 28 déc. 2009 Commune de Bézier) aux fins d'annulation du contrat ou à défaut de sa résiliation.

Le Conseil d'Etat rappelle ici que les contrats de bail portant sur des immeubles, devant faire l'objet de travaux, n'échappent pas à la potentielle qualification de marché de travaux dès lors qu'une « *influence déterminante de la personne publique sur la conception de l'ouvrage* » est caractérisée. En l'espèce, les documents contractuels et la nature du projet expriment effectivement un besoin et une influence déterminante de la personne publique qui imposait de nombreuses spécificités aux constructions dans le cahier des prestations techniques. Ainsi, le contrat de bail est qualifié de marché public de travaux par le Conseil d'Etat.

Ce n'est cependant pas directement sur ce fondement que le juge va valider l'annulation du contrat. En effet, les loyers échelonnés sur la durée du contrat avaient pour double objet de rémunérer les travaux en plus de rémunérer la mise à disposition des lieux. Le contrat étant requalifié en marché public de travaux, soumis à l'interdiction du paiement différé et n'étant manifestement pas un marché de partenariat régulièrement conclu (que les centres hospitaliers n'ont, au demeurant, pas le droit de conclure), la rémunération échelonnée des travaux est illégale. La clause de loyer est, donc, une clause de paiement différé illicite et indivisible du contrat, qui entraîne alors son annulation.

Le juge s'exprime également sur les prétentions indemnitaires du cocontractant, qui ne peut, dès lors que le contrat est annulé, rechercher la responsabilité contractuelle de la personne publique. Le juge laisse entendre qu'une requête fondée sur la responsabilité quasi-délictuelle, pour faute commise par la personne publique en ce qu'elle a retenu un montage contractuel illégal causant préjudice au cocontractant, aurait été mieux accueillie.

Une action sur le fondement de l'enrichissement sans cause aurait pu également être menée pour que le cocontractant se voit indemnisé des dépenses qu'il a utilement engagées. Mais cette dernière possibilité est hasardeuse en raison du fait que l'objet du contrat était la location de l'immeuble. Il serait donc revenu en pleine propriété au cocontractant à l'issue du contrat, la mise en œuvre de l'option d'achat n'étant pas garantie.

Tout l'enjeu serait alors de déterminer lesquelles des dépenses ont été directement utiles à la personne publique et lesquelles ne l'ont été que pour le foncier dont le bailleur reste propriétaire.

Le juge rejette, en outre, de façon tout à fait logique, la requête tendant en ce que soit appliquée la clause du contrat régissant les indemnisations en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, en ce que le contrat a été annulé et non résilié. Une indemnisation pour annulation du contrat aurait toutefois été possible pour le cocontractant si une clause l'avait prévu dans le contrat, le juge administratif considérant celles-ci comme divisibles du contrat annulé et donc pleinement applicables. Mais cette possibilité est surabondante au vu des différents fondements en responsabilité que le co-contractant peut soulever face à un contrat annulé.

**CE, 3 avril 2024 (n°472476)**

*Annexe p. 43 à 45*

## **La déclaration sans suite d'une procédure qui n'est pas motivée par l'intérêt général ne fait pas obstacle à l'indemnisation du manque à gagner du candidat irrégulièrement évincé.**

*Complément de l'édition de Mars 2024 :*

Le présent article est la suite de notre commentaire sur le même arrêt dans l'édition de mars 2024. Après avoir relevé qu'il censurait le choix de l'acheteur de ne pas mettre à même le candidat, évincé pour manquements passés dans l'exécution de précédents contrats, de prouver qu'il faisait dorénavant état de professionnalisme et fiabilité, nous souhaitons compléter notre propos sur l'indemnisation du manque à gagner que le juge ouvre en conséquence au requérant et ce malgré le fait que la procédure ait été déclarée sans suite.

**Seul un motif d'intérêt général justifiant la déclaration sans suite d'une procédure peut empêcher l'indemnisation du manque à gagner d'un candidat irrégulièrement évincé alors qu'il était classé premier.**

Une commune voit sa procédure de passation annulée et remise au stade de l'examen des offres pour avoir irrégulièrement évincé un candidat pourtant classé premier par la commission d'appel d'offres. La commune invoquait des manquements de la société lors de l'exécution de précédents marchés, sans toutefois prouver la condamnation du candidat au versement de dommages et intérêts, la résiliation pour faute ou toute autre sanction pour manquements graves. Elle n'a pas non plus laissé la possibilité au candidat de prouver que son professionnalisme et sa fiabilité n'étaient plus à mettre en doute, prérequis obligatoire pour faire légalement jouer cette exclusion de la procédure.



Ne voulant définitivement pas traiter avec cette société, qui se retrouvait comme l'un des deux seuls candidats lors de la reprise de la procédure, la personne publique déclare celle-ci sans suite en invoquant divers motifs d'intérêt général.

En effet, nous dit la cour : *“le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.”*

La société porte alors l'affaire devant le juge et demande l'indemnisation intégrale de son préjudice causé par son éviction irrégulière, à savoir : les dépenses qu'elle a engagées, ce que le juge de première instance lui a accordé, ainsi que son manque à gagner constitué par le bénéfice net qu'elle aurait tiré de l'exécution du contrat. Au vu de son classement par la commission d'appel d'offres et la faute de l'acheteur juridictionnellement constatée, il ne fait guère de doute que l'indemnisation du manque à gagner, en l'absence d'un tel motif d'intérêt général, serait ordonnée.

Le juge d'appel va alors rejeter, un à un, le bien fondé des motifs d'intérêt général, derniers remparts faisant obstacle à l'indemnisation du manque à gagner du requérant.

La commune avançait vainement dans un premier temps que les candidats n'avaient pas maintenu leurs offres, ce qui était démenti par les faits puisqu'au moins deux d'entre eux les ont maintenues à la reprise de la procédure. Le deuxième motif tentant alors de prendre à contre-pied consiste en ce que la concurrence était insuffisante puisque seuls deux candidats subsistaient. Le juge écarte également ce motif en expliquant que si les règles en vigueur imposaient que le nombre minimum de candidats admis aux négociations doit être de trois, rien n'empêche de poursuivre la procédure si seulement deux se présentent.

Dans une dernière vaine tentative, la commune avance qu'elle a renoncé à la réhabilitation de l'ouvrage, celle-ci risquant de causer des inondations dans un ruisseau mitoyen. Le juge répond que le but du lot était de réparer des désordres structurels de l'ouvrage et que rien n'empêchait de conclure des avenants prenant en compte ce risque pour adapter l'exécution du contrat. C'est d'ailleurs par ce biais que le même problème a été géré avec les attributaires des autres lots, frappant donc l'argumentaire de l'acheteur d'une certaine incohérence aux yeux du juge.

Il apparaît, donc, qu'aucun motif d'intérêt général n'est de nature à justifier le classement sans suite de la procédure. La commune est donc condamnée au versement d'une indemnité constituant le manque à gagner de la société.

**CAA Douai, 23 janvier 2024 (n°22DA01088)**

*Annexe p. 46, 47*

## La méthode de notation par code couleur doit être suffisamment claire et cohérente pour être régulière.

### Le tribunal administratif de Nice apporte ici des précisions sur la méthode de notation par code couleur et les précautions à prendre.

Était en cause une procédure de passation d'une délégation de service public que le requérant conteste au motif que la méthode d'évaluation des offres violerait l'égalité de traitement entre les candidats. En effet, l'autorité concédante a choisi une méthode de notation par couleur : Vert, Jaune et Rouge pour chaque critère hiérarchisé.

Le requérant s'est vu exclu de la procédure en raison de documents et garanties insuffisantes et s'est vu attribuer la couleur rouge pour le critère concerné, l'excluant ainsi de la procédure. Il conteste alors la régularité de la procédure et en demande l'annulation au motif que d'autres soumissionnaires présentant les mêmes irrégularités ont été mieux notés avec la couleur « jaune » ou « verte » et ont été invités à négocier.

Le juge rappelle la ligne de conduite jurisprudentielle classique en matière de méthode de notation de sorte que :

*« L'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation [...] sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont [...] de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation ».*

Le juge constate, ainsi, que la méthode de notation retenue, qui a pour effet de noter différemment des offres présentant les mêmes manquements, rompt l'égalité de traitement des candidats. Ceci entache, alors, la procédure de passation d'irrégularité car privant de leur portée les critères de sélection.

En outre la notation par code couleur au regard des règles précitées car on peut légitimement se demander comment l'acheteur apprécie une offre.

**TA Nice, 8 mars 2024 (n°2400856)**

*Annexe p. 48, 49*

## Quand le candidat évincé emporte l'attributaire avec lui...

**Le président du tribunal administratif de Grenoble applique, par ordonnance du 6 mars 2024, la jurisprudence "Clean Building" (CE, 27 mai 2020, Sté Clean Building, n° 435982). Une telle application pourrait faire le bonheur d'un candidat qui ne s'y attendait pas !**

Une commune avait lancé une procédure formalisée en vue de la passation d'un marché public de travaux ayant pour objet la restructuration et l'extension d'un groupe scolaire.

Le présent contentieux portait sur l'attribution du lot n°1, relatif à l'installation de bâtiments modulaires à usage provisoire, le temps de pouvoir accueillir les élèves pendant la durée des travaux.

Une société évincée au motif que son offre serait irrégulière conteste son éviction devant le juge du référé précontractuel, elle affirme également que l'offre du candidat retenu serait également irrégulière. Cette possibilité n'est pas nouvelle est n'est que l'application de la décision du Conseil d'Etat considérant que « *la circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé contractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige. Tel est notamment le cas lorsqu'une offre peut être assimilée, par le juge des référés dans le cadre de son office, à une offre irrégulière en raison de son caractère anormalement bas* » (CE, 27 mars 2020, Sté Clean Building, n°435982).

Si la Haute juridiction administrative avait récemment encadré de manière plus restrictive cette possibilité, en considérant que pour les candidats dont l'offre a été jugée irrégulière lorsque cette irrégularité a été prononcée définitivement par une juridiction (CE, 1er juin 2023, n°468930), une telle hypothèse ne concernait pas les faits de l'espèce et le recours est alors parfaitement admis.

Les répercussions sont assez cocasses. En effet, le juge administratif valide dans un premier temps le choix du pouvoir adjudicateur de déclarer l'offre de la société requérante irrégulière. Sur ce point, la société ne respectait pas les dimensions requises pour les classes qui accueilleront les élèves durant les travaux, et méconnaît alors les exigences du règlement de consultation.

Ensuite, se prononçant sur la régularité de l'offre de l'attributaire, le président de la juridiction va faire droit à la demande de la société requérante en considérant cette offre comme à son tour irrégulière. Le DQE présenté comprenait un montant prévisionnel de travaux supérieur au montant prévu par le marché. L'offre de l'attributaire est donc également écartée.

En conséquence, ce sont les offres des deux sociétés qui sont exclues. Le juge administratif laissant la commune reprendre la procédure de passation au stade de l'analyse des offres, un autre candidat malheureux pourrait ici voir son offre retenue, contre toute attente...

## La méconnaissance par l'acheteur des modalités d'évaluations des offres qu'il s'est fixées dans la passation d'une DSP.

**L'autorité concédante qui s'appuie sur des éléments erronés pour apprécier une offre commet un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence et entache la procédure d'irrégularité.**

Lors de la passation en procédure allégée d'une concession de dépannage de véhicules, un candidat évincé conteste la procédure sur plusieurs motifs : la non-communication des notes qu'il a obtenues, la fourniture à l'autorité concédante de fausses informations et l'irrégularité des offres des attributaires.

Le requérant conteste sans succès la non-communication des notes et du motif ayant motivé le rejet de son offre. Le juge explique qu'en procédure allégée, le candidat à une concession peut se voir communiquer le nom de l'attributaire et le motif de rejet de son offre après en avoir fait la demande. L'identité des attributaires fut communiquée dans un premier temps au moment de la notification de rejet de son offre. Cependant, c'est après avoir introduit sa requête de référé précontractuel que l'acheteur lui a communiqué le motif du rejet. Le juge estime alors que quand bien même ce motif a été communiqué après l'introduction de l'instance, aucun manquement n'a eu lieu.

Les attributaires avançaient dans leurs offres des horaires d'ouverture compatibles aux exigences du marché, ce que le requérant conteste au motif qu'ils ne sont en réalité pas ouverts lors des horaires imposés par le règlement de consultation. Le juge rejette également cet argument au motif que les négociations ont porté sur cette question, qu'ils se sont engagés à honorer les horaires prévus au contrat et que rien ne démontre qu'ils ne comptent pas s'y conformer.

C'est cependant sur l'appréciation des offres que le bât blesse pour l'acheteur. En effet, le règlement de consultation imposait que les soumissionnaires garantissent un délai d'intervention inférieur à 20 minutes ce qui revêt une importance telle aux yeux de l'acheteur que toute offre ne respectant pas ce délai d'intervention serait irrégulière. Pour garantir cette condition, un critère de notation prévoyait que le temps de trajet entre les lieux de stockage de véhicule de dépannage des soumissionnaires et les extrémités des secteurs d'interventions soit inférieur à 20 minutes, à peine d'irrégularités des offres. Le soumissionnaire renseigne alors la localisation de ses dépôts et l'acheteur fait le calcul selon une procédure stipulée précisément au règlement de consultation :

*"Pour être retenus, les garagistes-dépanneurs doivent satisfaire aux conditions suivantes : 5. Conditions liées aux interventions / avoir la possibilité d'être sur les lieux dans un délai maximum de 20 minutes sur chaque point kilométrique du secteur après la demande d'intervention [. (...) Il s'agit de connaître le temps de parcours entre le(s) lieu(x) de stockage et les lieux d'enlèvement aux*

*l'extrémités des secteurs. / Les services de l'État se chargeront de fournir les éléments par le biais de GEOPORTAIL relatifs au trajet entre le site de stockage et l'extrémité des voies où l'intervention sera demandée. / L'analyse sera effectuée en prenant en compte le sens de circulation qui engendre la durée la plus longue pour se rendre sur le lieu de l'intervention. "*

Le règlement prévoyait donc l'utilisation, par les services de l'acheteur, d'un logiciel public précis et fiable pour déterminer ce temps de trajet, en prenant en compte tous les contretemps possibles que peuvent rencontrer les véhicules sur la route, de sorte que ce soit la durée maximale de trajet qui soit calculée. En réalité, le juge découvre que le temps de trajet était vérifié via un tableau établi par les services des autoroutes d'Île-de-France, non sourcé et ne permettant pas de s'appuyer sur les données fiables et détaillées du logiciel stipulé au RC qui garantissait le calcul du temps le plus long du trajet.

Le juge constate, en utilisant le logiciel en ligne, que contrairement à ce qui était indiqué dans les offres de l'attributaire, les lieux de stockage des attributaires étaient en réalité à plus de 20 minutes des lieux les plus éloignés du secteur d'intervention, alors que le requérant respectait ce temps de trajet. Il est donc assez curieux pour un acheteur qui valorise autant le délai d'intervention dans l'appréciation des offres, de se baser sur un mode de calcul qui n'est manifestement pas aussi fiable qu'un site public à sa disposition faisant état d'une certaine fiabilité. Ce site était en effet le meilleur moyen de garantir que le soumissionnaire présentant les meilleures conditions d'intervention soit retenu. On peut donc légitimement s'interroger sur les raisons qui l'ont poussé à délaissé ce mode de calcul des temps de trajet, surtout au vu des résultats que donnent l'utilisation du site normalement prévu. En tous les cas l'acheteur commet un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'il ne respecte pas ses critères de notation qu'il s'est imposé, de telle sorte qu'il "n'a pu porter sur ces offres une appréciation ayant permis de déterminer la meilleure d'entre elles"

Ainsi, il était directement lésé par le manquement en ce que son classement a directement été impacté par la mauvaise appréciation des offres des attributaires. Le juge annule la procédure et la remet au stade d'examen des offres.

**TA Melun, 15 mars 2024 (n°2311654)**

*Annexe p. 51 à 56*

## 2.3 Exécution

**Le juge des référés mesures-utiles peut enjoindre à l'assureur d'une personne publique de continuer à exécuter le contrat lorsqu'il persiste à vouloir le résilier.**

**Le juge des référés peut enjoindre à l'assureur d'une personne publique de continuer à exécuter le contrat le temps qu'une nouvelle procédure de passation soit effectuée.**

Une métropole se voit notifier par son assureur sa décision de résilier le marché public d'assurances qui les lie avec un délai de préavis de 8 mois. La personne publique informe cependant son cocontractant de son opposition à cette résiliation ainsi que de sa mise en demeure de continuer à exécuter le contrat jusqu'à une date précise. Face au refus persistant de l'assureur, la personne publique saisit alors le juge des référés aux fins qu'il enjoigne aux titulaires de continuer à exécuter le contrat le temps qu'un nouvel assureur soit désigné ou à défaut jusqu'à une date butoire. Le juge des référés du tribunal administratif rejette la requête comme irrecevable car celle-ci tend selon lui, à ce qu'une mesure définitive soit prononcée à l'encontre de l'assureur.

L'injonction au titulaire de continuer à exécuter le contrat d'assurance en raison de l'opposition de la personne publique à la résiliation est-elle insusceptible de référé "mesures-utiles" ?

Dans un contexte de difficulté des collectivités à s'assurer, le Conseil d'Etat donne certains outils juridiques pour maintenir temporairement certains contrats d'assurances face aux retraits croissant des compagnies spécialisées. Cette décision s'inscrit dans la saga jurisprudentielle tentant de concilier les pouvoirs spéciaux des assureurs dans l'exécution de leurs contrats et l'intérêt général que poursuit le régime des contrats administratifs.

En effet, les assureurs disposent d'un pouvoir de résiliation unilatéral de leurs contrats qui s'applique également dans le cadre des marchés publics d'assurances. Cependant, les règles applicables aux contrats administratifs limitent eux-mêmes le pouvoir de résiliation du cocontractant de l'administration et permet notamment à cette dernière de s'opposer à la résiliation en invoquant un motif d'intérêt général (CE, 8 octobre 2014, n°370644 Société Grenke Location).

Le régime exorbitant des assurances se heurte ainsi au régime exorbitant des contrats administratifs et le juge a dû trouver des compromis pour tenter de satisfaire tout le monde. Il a donc, dans un arrêt récent, posé le principe selon lequel l'assureur qui résilie unilatéralement un marché public d'assurances peut se voir opposer un refus par la personne publique invoquant un motif d'intérêt général et mettant en demeure l'assureur de continuer à exécuter le contrat, le temps que l'administration procède à une nouvelle procédure de passation. Cette durée ne peut, en tout état de cause, dépasser 12 mois. L'assureur pouvant, en outre, contester

ce refus devant le juge administratif (CE, 12 juillet 2023, n°469319 Grand Port Maritime de Marseille).

L'arrêt sous étude vient préciser que la personne publique qui s'oppose à la résiliation unilatérale dans les conditions précitées et qui fait face au refus persistant de l'assureur de continuer à exécuter le contrat malgré mise en demeure, peut demander au juge du référé mesures-utiles d'enjoindre à l'assureur de continuer à exécuter le contrat pendant une durée déterminée avec astreinte.

Le juge du tribunal administratif avait estimé qu'une telle demande revenait à demander une mesure définitive là où le juge du référé mesures-utiles ne peut que prononcer des mesures provisoires. Le Conseil d'Etat censure cette interprétation en ce que l'injonction de continuer à exécuter le contrat se limite, dans la durée, à la passation d'un nouveau marché assorti d'un délai maximum. Cette injonction est, donc, par nature provisoire. Ainsi, l'administration est parfaitement recevable à déposer une telle demande dans le cadre d'un référé mesures-utiles.

L'assurance en question concernait tous les biens mobiliers et immobiliers de la personne publique ainsi que ceux concourant directement à des missions de service public. Une telle assurance était donc nécessaire pour assurer les potentiels dommages aux biens concourant au bon fonctionnement du service public. Ainsi, l'opposition de la personne publique à la résiliation unilatérale était justifiée par un motif d'intérêt général visant à garantir la continuité du service public. L'absence d'une telle assurance compromettrait l'exercice de la mission de service public dévolue à l'administration en cas de sinistre majeur.

De plus, le délai de préavis de résiliation prévu au contrat ne permettait pas de mener une procédure de passation dans les temps, les critères de l'urgence et de l'utilité de la mesure demandée étaient, alors, réunis.

Le juge des référés enjoint, donc, à l'assureur de continuer à exécuter le contrat jusqu'à ce qu'une nouvelle procédure soit achevée et, à défaut, à une date arrêtée au 30 décembre 2024 soit environ 10 mois après la présente décision.

**CE, 4 avril 2024 (n°491068)**

*Annexe p. 56 à 58*

## **Une transaction sur le prix d'un marché n'est pas un avenant au marché.**

**Une transaction portant uniquement sur le montant d'un marché public et n'ayant pas pour objet de modifier le marché, est un contrat de droit privé, indépendant du marché public, auquel s'applique donc les règles d'intérêts moratoires du code civil.**

Dans le cadre d'un marché de travaux, les parties ne s'accordent pas sur le montant à régler du marché. Le tribunal administratif propose une médiation donnant lieu à un protocole transactionnel prévoyant un nouveau montant à payer pour le solde du marché, avec une date limite de paiement fixée. Cette transaction est par la suite homologuée par le juge et devient dès lors pleinement exécutoire. L'entreprise demande cependant plus tard le versement des intérêts moratoires prévus dans les clauses du marché public pour le retard du paiement prévu par la transaction, ce que la personne publique conteste.

Le juge donne raison à la personne publique en ce que la transaction constitue un nouveau contrat indépendant du marché public. Ce contrat est, donc, soumis aux règles du code civil car l'accord n'ayant pas pour objet de modifier le marché initial, mais de mettre fin à un différend ainsi que tout désaccord ultérieur portant sur les sommes à payer. Les stipulations du marché public sont donc inapplicables au paiement de la somme prévue par la transaction. Par extension, ne le sont pas non plus les règles relatives aux intérêts moratoires prévues par le code de la commande publique.

La transaction, étant un contrat de droit privé, est soumise au code civil et aux règles concernant les intérêts moratoires spécifiques aux transactions. Si l'accord transactionnel prévoyait une date limite de paiement, le code civil dispose que les intérêts moratoires commencent à courir à partir de la demande de paiement du créancier, demande qui n'est pas intervenue à la date à laquelle l'entreprise demande le départ des intérêts moratoires.

Ainsi, même si l'accord prévoit une date limite de paiement, il est loisible de mettre en demeure son cocontractant de payer la somme due à la date limite pour pouvoir prétendre, ensuite, au paiement des intérêts moratoires.

**CAA Douai, 19 mars 2024 (n°23DA00221)**

*Annexe p. 58 à 60*

## **Pas de bouée de sauvetage pour le titulaire noyé par l'inflation du prix du thon.**

**Dans sa décision du 5 mars dernier, la cour administrative d'appel de Paris apporte quelques précisions sur un litige tenant à l'exécution d'un contrat de la commande publique.**

L'espèce est la suivante : FranceAgriMer, établissement public administratif, avait lancé une procédure de consultation en vue de conclure un marché public de fournitures et de livraison de produits alimentaires aux associations caritatives. Deux lots ayant été attribués à une société, c'est au stade de l'exécution que le litige se profile.

En raison de l'augmentation du cours mondial du thon, l'attributaire du marché présente à 24



l'acheteur ses difficultés rencontrées dans l'exécution du marché. Il sollicite ainsi une augmentation du prix initialement convenu ainsi qu'un report de la date d'exécution initiale. La demande est rejetée par FranceAgriMer.

Ainsi, la société requérante conteste les titres de perceptions émis par l'acheteur au titre des pénalités pour non-respect de l'obligation de livraison des quantités prévues. Elle invoque notamment deux moyens auxquels le juge administratif répond en apportant un éclairage particulier.

D'abord, la société se prévaut de l'illégalité des marchés en ce que ces derniers ne comportaient pas de clause de révision des prix, obligation résultant de l'actuel article R.2112-14 du code de la commande publique (ancien article 18 du code des marchés publics en l'espèce).

La juridiction, rappelle ainsi la traditionnelle jurisprudence dite "Béziers I" affirmant que *"lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel"* (CE, ass. 18 déc. 2009, n°304802).

Puis, les juges d'appel affirment que si, certes, les marchés devaient comporter des clauses de révision de prix, ***"l'absence d'une clause de révision de prix ne rend pas illicite le contenu même du contrat, et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité, de nature à justifier que le contrat soit écarté et à faire obstacle à ce que le litige soit réglé sur le terrain contractuel"***.

Ensuite, c'est sur le terrain de la force majeure que la société tente de justifier les difficultés qu'elle rencontre dans le cadre de l'exécution du marché.

À ce titre, la société requérante affirme ainsi que l'augmentation du cours du thon entraîne un prix à la tonne bien plus significatif et qu'un séisme survenu sur le lieu d'approvisionnement en poisson rend la pêche plus aride.

Sur ce point, la juridiction écarte le moyen en considérant que les éléments produits sont insuffisants pour caractériser une situation de force majeure. Elle relève également que la seule augmentation du cours d'une matière première ne saurait suffire à faire droit aux prétentions de la société. En effet, le prix de la tonne de thon serait de 1800 dollars tandis que les prix des produits finis devant être livrés par la société étaient initialement fixés à 4880 et 4980 euros HT. Dès lors, la société ne produisant aucun élément quant aux autres composantes du prix de revient des produits finis, elle ne démontre pas *"qu'elle se serait trouvée confrontée à des difficultés présentant un caractère irrésistible caractérisant une situation de force majeure"*.

En conséquence, la société requérante est mal fondée et sa requête d'inapplication des pénalités est rejetée.

Au demeurant, on peut imaginer que pour faire face ses difficultés d'exécution, le requérant demande une indemnité d'imprévision couvrant les surcoûts qu'il a supportés. L'article L6 du code de la commande publique disposant que : *"3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;"*

Le séisme et l'augmentation du cours du thon sont en effet des événements imprévisibles, hors de tout contrôle des parties et de nature à bouleverser l'économie du contrat, au vu des surcoûts et retards qu'accuse le requérant dans l'exécution du marché.

Au vu de la date des faits, janvier 2027 pour les premières demandes du requérant, on peut se demander si la prescription ne ferait pas obstacle à l'obtention d'une telle indemnité. Mais quelle est la prescription qui s'applique à l'indemnité d'imprévision ?

Le Conseil d'Etat fait application des délais de prescription du code civil, à savoir 5 ans à partir de la date de manifestation du dommage (CE, 10 juin 2022, n°450675). Les faits sont donc selon toute vraisemblance prescrits pour pouvoir fonder une indemnité d'imprévision.

Il est donc dans l'intérêt des entreprises de considérer en priorité le terrain de l'imprévision pour remédier aux difficultés d'exécution causées par des événements tels que des perturbations économiques graves causés par des événements extérieurs.

**CAA Paris, 5 mars 2024 (n°21PA06640)**

*Annexe p. 61 à 63*

## **La résiliation pour motif d'intérêt général avec effet différé d'une concession aéroportuaire et les modifications des conséquences indemnitaires de cette résiliation.**

**L'Etat peut résilier un contrat de concession pour motif d'intérêt général avec effet différé sans que la date précise de résiliation soit déterminée. Le motif général invoqué sont les contestations dont le projet fait l'objet, ainsi que les réalités économiques moins favorables que lors de l'élaboration du projet. De plus, il ne commet pas de faute lorsqu'il modifie les conditions d'indemnisations du cocontractant pour les adapter à l'effet différé de la mesure.**

Une concession passée par l'Etat prévoyait la construction et l'exploitation d'un aéroport et la simple exploitation de deux autres. L'Etat renonce finalement à la construction de l'aéroport et

notifie ensuite la résiliation du contrat au concessionnaire. Les modalités sont particulières en ce que la résiliation ne prend effet qu'au moment où le nouveau contrat de concession entrera en vigueur, ce qui suppose une nouvelle procédure de passation, non encore effectuée au moment de la décision.

Le concessionnaire engage alors la responsabilité de l'Etat par deux biais : il estime à titre principal que la résiliation est fautive, ce qui suppose des règles d'indemnisations plus favorables, et demande à titre subsidiaire l'indemnisation pour résiliation d'intérêt général, ce qui suppose l'application des clauses contractuelles qui y sont relatives. Le concessionnaire conteste toutefois les modalités de calcul de cette deuxième possibilité.

Le juge estime dans un premier temps que la résiliation n'est pas fautive. L'abandon du projet est motivé par des contestations « fortes », on comprend plus loin dans la décision qu'il est même questions de problèmes sécuritaires, sans doute en raison de manifestations. En outre, le contrat ayant été élaboré plusieurs décennies auparavant, celui-ci ne serait plus adapté aux réalités économiques actuelles du secteur du transport aérien. Pour ne rien arranger, parmi les cas de résiliation pour motif d'intérêt général prévu au contrat, donc accepté par le concessionnaire, figurait bel et bien l'abandon du projet par l'Etat. La résiliation sur ce fondement ne saurait ainsi être fautive, ce sont donc bien les règles d'indemnisation relatives à la résiliation pour motif d'intérêt général prévues au contrat qui s'appliqueront.

Mais de quelles règles parle-t-on ?

Au vu des modalités particulières de résiliation avec effet différé, l'Etat a dû adapter les règles d'indemnisations par un arrêté modifiant les stipulations contractuelles relatives à l'indemnisation. La décision est intéressante en ce qu'elle se prononce sur la nécessité pour l'autorité concédante d'adapter ou "interpréter" le contrat lorsqu'une résiliation est prononcée sans qu'on connaisse la date exacte de sa prise d'effets.

L'effet différé de la mesure est, selon nous, justifié eu égard au principe de continuité du service public de transport aérien et l'absence de date butoire est justifiée par la lourde procédure de passation qui doit intervenir au vu du périmètre de la concession et de l'importance de l'ouvrage. Cette date de prise d'effets est, en outre, essentielle dans la détermination de l'indemnité due au concessionnaire puisque le contrat prévoit une longue liste de ce qui sera indemnisé. Cela représente globalement les dépenses engagées par le concessionnaire et son manque à gagner.

Le juge relève que le contrat initial ne prévoyait aucune modalité de calcul d'indemnité de résiliation dans le cas où celle-ci serait prononcée avec effet différé. Les indemnités de résiliation déjà prévues au contrat sont inutilisables sans que l'on connaisse la date exacte de fin des relations contractuelles. D'autant plus que ces modalités dépendent également de l'entrée en activité de l'aéroport qui n'a finalement jamais été construit.

Ainsi, il devient impossible d'interpréter le contrat pour déterminer comment le manque à

gagner et les dépenses du concessionnaire doivent être indemnisées en pareil cas. Le juge se refuse d'ailleurs à dire que l'arrêté "modifie" le contrat, mais qu'il n'en est qu'une *"interprétation rendue nécessaire par la résiliation prononcée le 24 octobre 2019"*. L'Etat ne modifie effectivement pas l'étendue de l'indemnité à laquelle aura droit le concessionnaire comme elle est prévue au contrat et ne fait que prévoir des modalités de mise en œuvre de l'indemnité qui sont adaptées à la situation inédite dans laquelle il se trouve. Si l'Etat avait modifié la liste des éléments indemnisés, prévue initialement au contrat, le juge se serait sans doute montré moins compréhensif.

Le juge estime donc que l'arrêté n'était pas irrégulier et ne pouvait ouvrir droit à indemnisation du concessionnaire pour modification illégale du contrat puisque ça n'est pas une modification unilatérale du contrat, mais simplement une interprétation du contrat. Ainsi, il devient nécessaire de connaître la date réelle de résiliation pour pouvoir déterminer le montant de l'indemnité. C'est d'ailleurs notamment sur la détermination du manque à gagner que les choses bloquent, le contrat de concession étant toujours en cours au moment où l'ordonnance est rendue. D'autant plus que le juge considère que le concessionnaire peut tout à fait être à nouveau retenu lors de la nouvelle procédure et ne subirait, alors, aucune perte de gain.

On comprend que le concessionnaire s'est hâté en demandant des indemnisations avant la date de résiliation effective puisqu'il ne peut, en tous les cas, déterminer son manque à gagner en ce qu'il continue d'exploiter et donc de "gagner" de l'argent. Le juge ne va donc pas prononcer une indemnité sans savoir précisément ce qu'il n'a pas gagné et les investissements qu'il n'a pas amortis. De plus, le juge laisse entendre qu'il est possible qu'il n'y ait pas de manque à gagner puisqu'il peut tout à fait se porter candidat à la nouvelle concession et remporter celui-ci et donc reprendre l'exécution exactement là où elle s'est arrêtée.

Il en va de même concernant les indemnisations des biens de retour prévues au contrat, qui nécessitent eux aussi de connaître la date exacte de résiliation du contrat. La concession étant toujours en cours, les biens continuent d'être amortis ce qui a un impact sur le montant d'indemnité de reprise de ceux qui ne seront pas entièrement amortis au moment de la prise d'effets de la résiliation.

Le juge décide, donc, de surseoir à statuer le temps que la date effective de résiliation soit connue, affaire à suivre donc...

**TA Nantes, 10 avril 2024 (n°1913502)**

*Annexe p. 63 à 67*

## La résiliation d'une concession de Casino en raison d'un montage trop favorable au bénéficiaire d'un candidat.

**Exiger des candidats un titre d'occupation consenti par le propriétaire d'un immeuble dans lequel le service doit être exploité alors qu'il a des liens étroits avec l'attributaire-titulaire sortant, enfreint la liberté d'accès et l'égalité de traitement.**

Dans cette affaire, la commune renouvelle la délégation de service public d'exploitation de son casino de façon pour le moins ... curieuse.

Le montage consiste en ce que le casino soit exploité dans un immeuble dont la commune n'est pas propriétaire. Le règlement de consultation prévoit d'ailleurs que l'immeuble n'en serait ainsi pas un bien de retour, ce dont on peut discuter au regard de la jurisprudence du Conseil d'Etat en pareille situation (Conseil d'État 29 juin 2018 n° 402251 Communauté de communes de la Vallée de l'Ubaye). En fonction de si on estime l'immeuble nécessaire ou non à l'exploitation du service, et si c'est uniquement le titulaire de la DSP qui est concerné ou les tiers également mais là n'est pas le propos de la décision. Le règlement imposait alors aux candidats de présenter dans leur offre un titre d'occupation consenti par ce propriétaire pour que celle-ci soit régulière. Si on peut dès lors douter des prémices du montage, la suite n'en est que d'autant plus déroutante.

En effet, le titulaire sortant de la DSP, candidat à la nouvelle procédure, dispose déjà d'un bail commercial avec le propriétaire, qui doit encore courir jusqu'en 2035. Il est assez curieux de voir ce montage dans le sens où le propriétaire devrait verser d'énormes sommes de résiliation de bail dans le cas où la DSP ne serait pas attribuée à son preneur. Ce qui a des chances de se produire, tout du moins dans des conditions normales de mise en concurrence.

Mais on comprend mieux la situation en découvrant que le titulaire sortant est en réalité étroitement lié à la société propriétaire de l'immeuble. En effet, Directeur Général et Président de la société propriétaire sont tous deux administrateurs de la société attributaire ce qui, selon le juge, révèle des liens privilégiés entre les deux sociétés. Le juge en tire donc les bonnes conséquences, à savoir que rien n'empêchait le propriétaire de refuser à tout candidat de lui délivrer un tel titre et à contrario rien ne l'obligeait à consentir un titre d'occupation aussi favorable qu'un bail commercial. Le juge reproche donc à la commune de ne pas avoir pris les mesures nécessaires pour empêcher que cette situation de conflits d'intérêts porte atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Par ailleurs était discuté dans le litige la possibilité d'exclure un candidat se trouvant en situation de conflits d'intérêts dans les conditions de l'article L2141-10 du code de la commande publique. Cependant on comprend que cet article ne soit pas opérant aux yeux du juge en ce que cet article ne vise que les cas où l'une des personnes participant directement à l'élaboration des documents de consultation et à la sélection des offres, fait état de liens passés ou présents

avec un ou plusieurs candidats. En l'espèce, de tels liens n'existaient pas entre la commune et la société attributaire ou la société propriétaire de l'immeuble.

On pourra cependant s'étonner du refus du juge d'annuler le contrat, en effet celui-ci estime que : *« Les vices du contrat tenant à la méconnaissance des principes de liberté d'accès à la délégation de service public, et d'égalité de traitement des candidats ne relèvent pas des vices du consentement ou de tout autres vices d'une particulière gravité, dès lors qu'en l'état de l'instruction la commune de La Ciotat ne peut être regardée comme ayant eu l'intention de favoriser l'attributaire du contrat, et, par suite, les conclusions présentées par le préfet des Bouches-du-Rhône aux fins d'annulation doivent être rejetées. »*

On peut légitimement douter du fait que la commune n'ait pas cherché à avantager le titulaire sortant au vu de la rédaction du règlement de consultation. Il semble peu probable que celle-ci ne soit pas consciente des liens organiques entre le propriétaire de l'immeuble et le titulaire sortant. Tout comme il semble également improbable qu'elle n'ait pas eu connaissance de l'existence du bail commercial liant les deux sociétés au moment de la rédaction des pièces. Le fait de conditionner la validité des offres à la détention d'un titre d'occupation à obtenir auprès du propriétaire peut laisser penser que tout a été fait pour que la société attributaire obtienne ce contrat. Si on ajoute à cela le refus exprimé clairement par la commune d'appliquer le régime des biens de retour à l'immeuble, le doute est plus que permis.

En tout état de cause, le contrat est résilié pour ces motifs, avec effet différé, le juge ayant pris en compte le fait que les personnes publiques n'ont pas le droit de reprendre en régie les activités de casinos, la gestion des employés, ainsi que les délais de passation d'un nouveau contrat de délégation de service public.

**TA Marseille, 8 avril 2024 (n°2307694)**

*Annexe p. 67 à 70*

## **L'indemnité d'imprévision dans l'exécution d'une concession recouvre le déficit d'exploitation pendant la période de troubles.**

**Le concessionnaire de service public a droit à une indemnisation d'imprévision pour le bouleversement économique du contrat, compensant son déficit global d'exploitation dû aux confinements et à la crise sanitaire.**

La décision s'inscrit sans doute dans une longue lignée jurisprudentielle à venir portant sur des indemnisations en application de la théorie de l'imprévision, consacrée à l'article L.6 du code de la commande publique qui dispose :

*"3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;"*

Saga jurisprudentielle inévitable en conséquence de la crise sanitaire et des confinements successifs ayant entraîné l'arrêt temporaire d'un grand nombre d'activités commerciales. Le secteur événementiel était notamment atteint. C'est dans ce cadre qu'un titulaire d'une délégation de service public portant sur l'exploitation d'un centre des congrès et d'un parc des expositions demande que son déficit relevé pendant la période de crise sanitaire soit indemnisé sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

L'autorité concédante conteste cependant la réalité d'une telle imprévision. Elle avance notamment que l'exploitation faisait état d'un bénéfice global sur toute la durée de la DSP et que le délégataire était conscient qu'un déficit était possible prévu pendant cette période, au vu du budget prévisionnel. De tels éléments sont-ils de nature à empêcher une indemnité d'imprévision alors même que l'événement imprévisible était établi ?

Le juge rappelle les conditions à réunir pour caractériser la théorie de l'imprévision : *"Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat."*

Il ajoute que le montant de l'indemnité due, versée au concessionnaire doit représenter : *"la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles."*

Cette indemnité viendra donc compenser les pertes "anormales" subies en raison de l'événement d'imprévision, qui n'étaient pas prévues dans le contrat. Dans le cas d'une concession, c'est le déficit d'exploitation survenu à cause du ralentissement ou de l'arrêt de l'activité donnant lieu à perception de paiement des usagers au profit du concessionnaire qui peut lui ouvrir ce droit à une indemnité. Hypothèse déjà bien présente dans la jurisprudence administrative (CE, 14 juin 2000, n°184722 Commune de Staffelfelden), dès lors que le lien entre le déficit et l'événement d'imprévision est établi.

Si, en l'espèce, la réalité d'un événement imprévisible et indépendant de l'action du cocontractant ne pose pas de problème particulier au vu de l'événement mondial en cause, il en va autrement de la notion de bouleversement économique.

En effet, l'événement en cause doit avoir un impact sur l'économie du contrat, sur les dépenses et les recettes du concessionnaire, à tel point que cet impact en devient anormal par rapport aux risques normalement inhérents aux contrats de concession. Comment être sûr que le déficit est bien causé par l'événement et non par l'effet normal de l'offre et de la demande, d'autant plus lorsque les prévisions planifiaient déjà un déficit ?

L'indemnité d'imprévision est finalement ordonnée par le juge au motif que, malgré les déficits

établis dans les prévisions, l'exploitation était globalement bénéficiaire tout au long du contrat et que seule la période de confinement a fait état d'un déficit d'exploitation, rendant ainsi à elle seule la totalité de la concession comme déficitaire pour le concessionnaire.

Ce déficit réel sur la période de confinement était effectivement trois fois supérieur au déficit normalement prévu sur cette période, ce qui semble convaincre le juge. Même déficit prévisionnel qui est cependant discrédité plus tard par lui, au moment de déterminer le montant de l'indemnité, au motif que les autres périodes d'exploitation du contrat prévoyaient également un déficit mais se sont finalement révélées bénéficiaires.

Le juge en déduit donc que les prévisions ne reflètent pas la réalité économique du contrat et doivent être écartées : *"le montant du déficit global d'exploitation [...] qui détermine l'assiette de calcul du montant de l'indemnité d'imprévision, ne peut être valablement calculé en tenant compte du déficit anticipé par le compte prévisionnel annexé au contrat de délégation de service public dès lors que les projections économiques de ce document, en tant que tel dépourvu de portée contractuelle, ont été immédiatement démenties par la réalité de l'activité économique de l'association Dijon Congrexpo, laquelle, au cours de l'exercice comptable courant du 4 février 2019 au 31 décembre 2019, a réalisé, au lieu du déficit attendu de 163 953 euros, un bénéfice de 865 695 euros HT."*

En effet, la seule période d'exécution du contrat ayant fait état d'un déficit d'exploitation est la période de confinement donc la période durant laquelle avait lieu l'évènement imprévisible et indépendant de l'action du cocontractant. Le bouleversement économique était donc caractérisé et les conditions de la théorie de l'imprévision réunies.

L'indemnité d'imprévision doit alors être égale au déficit d'exploitation pendant la période de troubles, à savoir les confinements successifs. Le juge en déduit que sans la survenance de la crise du covid, la délégation aurait été bénéficiaire pendant la période de mars 2020 à décembre 2020 puisque les autres périodes étaient toutes bénéficiaires. Ce mode de détermination du montant de l'indemnité semble plutôt contre intuitif par rapport à la logique concessive puisqu'il ne prend pas en compte les risques économiques inhérents à une exploitation commerciale dans des conditions normales d'exploitation, avec les risques normaux d'offre et de demande que supporte nécessairement le concessionnaire. Le juge raisonne, ici, en estimant que tout se serait passé sans accroc pendant cette période si la crise sanitaire n'avait pas eu lieu et prononce donc une indemnisation d'un montant égal à l'entièreté du déficit subi par le concessionnaire sur la période de crise sanitaire sans même prendre en compte le déficit initialement prévu au contrat.

Au demeurant, est écarté l'argument selon lequel le bouleversement économique n'est pas établi en raison du bénéfice global d'exploitation, mais seulement en ce qu'il est contredit par les faits. En effet, il est prouvé que la DSP était finalement déficitaire sur toute la durée du contrat. Le juge ajoute tout de même que le caractère globalement bénéficiaire de la concession n'aurait pas fermé non plus la porte à l'indemnisation. La décision est donc intéressante en ce qu'elle ouvre une possibilité aux concessionnaires ayant également subi la crise mais qui ne



font pas, pour autant, état d'un déficit dans l'exécution de la concession.

En effet, dans son raisonnement, le juge nous dit : *“L'allégation de la commune de Dijon selon laquelle l'association requérante aurait globalement réalisé un bénéfice sur l'ensemble de la durée d'exécution du contrat, outre qu'elle n'est pas établie et au contraire démentie par les pièces du dossier, demeure en tout état de cause sans incidence sur le droit pour la requérante d'obtenir une indemnité d'imprévision au titre du bouleversement temporaire de l'économie général de son contrat durant l'année 2020.”*

Ce qui implique, « qu'en tout état de cause » les concessionnaires bénéficiaires à la fin de la délégation pourraient également demander une indemnité d'imprévision alors même qu'ils n'ont pas subi de pertes à proprement parler sur la durée du contrat mais qu'ils établissent un déficit temporaire pendant une période de circonstances imprévisibles et extérieures à leurs actions. Une sorte d'indemnisation du “manque à gagner” causé par la circonstance imprévisible. Quelles en seraient les modalités de calcul en pareil cas ? La question reste en suspens ...

**TA Dijon, 25 janvier 2024 (n°21021)**

*Annexe p. 70 à 73*

## **La Participation publique dans une société de production d'énergie nécessite-t-elle la détention, par la collectivité, de la compétence “Production d'énergie” ?**

**La participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales produisant des énergies renouvelables ne nécessite pas qu'elles détiennent la compétence relative.**

Le code général des collectivités territoriales pose un principe d'interdiction de participation des collectivités territoriales au capital de sociétés commerciales. Ce principe fait, cependant, l'objet de quelques exceptions, notamment la participation au capital de sociétés publiques locales, de sociétés d'économie mixte locales, de sociétés d'économie mixte à opération unique mais également la participation minoritaire au capital de sociétés commerciales dont l'objet est la production d'énergies renouvelables.

Il existe cependant une compétence laissée au bloc communal consistant en la production d'énergie renouvelable. Toute la question est ici de savoir si le transfert de cette compétence par la commune vers son établissement public de coopération intercommunal emporte par la même, le transfert de la possibilité de participer au capital de sociétés de production d'énergies.

En effet, dans le cas d'espèce, les statuts du syndicat mixte prévoyaient la possibilité pour lui

d'effectuer de telles participations, ce que le préfet interprétait comme un transfert de compétence de ses communes membres.

Le juge dément, cependant, le préfet en expliquant que le code n'a pas entendu conditionner la participation au capital de ces sociétés à la détention de ladite compétence. Les statuts du syndicat n'effectuaient qu'un simple rappel de cette possibilité.

**CAA Nantes, 19 avril 2024 (n°23NT01257)**

*Annexe p. 73, 74*

### 3. Annexe

Ci-dessous, les extraits des jurisprudences commentées :

#### Redevance domaniale relative au droit de mouillage, le juge judiciaire n'est pas élaboussé :

**Cass, 29 février 2024 (n°22-23.920)**

*"Vu l'article L. 2331-1, 1° et 2°, du code général de la propriété des personnes publiques :*

*4. Selon ce texte, sont portés devant la juridiction administrative, les litiges relatifs aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires, de même que ceux relatifs au principe ou au montant des redevances d'occupation ou d'utilisation du domaine public, quelles que soient les modalités de leur fixation.*

*5. Il en résulte, d'une part, que les litiges relatifs aux sommes dues au titre d'une redevance d'occupation du domaine public maritime, quel que soit le mode d'exploitation du port, ne ressortissent pas à la compétence de l'ordre juridictionnel judiciaire, d'autre part, qu'une redevance acquittée en contrepartie d'une autorisation d'occupation du domaine public ouvrant droit à titre accessoire à des prestations de service, et qui est déterminée de manière globale et forfaitaire en fonction des caractéristiques de l'occupation du domaine, indépendamment de l'utilisation effective des services, revêt le caractère d'une redevance domaniale et non, fût-ce pour partie, d'une redevance pour service rendu (CE, 14 avril 2023, n° 462797, T.).*

*6. Pour écarter l'exception d'incompétence soulevée par M. [R], le tribunal retient que si la société d'exploitation est chargée de recueillir les cotisations dues au titre de l'emplacement des navires de plaisance dans le port, celles-ci ne sont pas relatives à l'occupation du domaine public puisqu'elles constituent la contrepartie de prestations fournies dans le cadre d'un service public à caractère industriel et commercial.*

*7. En statuant ainsi, par des motifs impropres à écarter la nature domaniale de la redevance réclamée, le tribunal a violé le texte susvisé."*

## L'Occupation illicite du domaine public et la nature des indemnisations qui en découle au profit du gestionnaire :

**CE, 15 avril 2024 (n°470475)**

*"En ce qui concerne les règles de prescription applicables aux indemnités d'occupation sans titre du domaine public :*

*3. Aux termes de l'article L. 2122-1 du code général de la propriété des personnes publiques : " Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous (...) ". L'occupation sans droit ni titre d'une dépendance du domaine public constitue une faute commise par l'occupant et qui l'oblige à réparer le dommage causé au gestionnaire de ce domaine par cette occupation irrégulière. L'autorité gestionnaire du domaine public est fondée à réclamer à l'occupant sans droit ni titre de ce domaine, au titre de la période d'occupation irrégulière, une indemnité compensant les revenus qu'elle aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant cette période. Cette indemnité devient exigible au terme de chaque journée d'occupation irrégulière.*

*4. Aux termes de l'article 2224 du code civil : " Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ". Il résulte de ces dispositions, applicables aux actions tendant à obtenir la réparation du préjudice subi à raison de l'occupation sans titre du domaine public, qui ne sont pas relatives à des produits ou redevances du domaine public au sens de l'article L. 2321-4 du code général de la propriété des personnes publiques, que celles-ci se prescrivent par cinq ans à compter de la date à laquelle le gestionnaire du domaine public a eu ou devait avoir connaissance de cette occupation irrégulière. Le délai de prescription est interrompu notamment dans les conditions prévues par les articles 2240, 2241 et 2244 du même code.*

*Sur le pourvoi :*

*[...]*

*6. Il résulte toutefois de ce qui a été dit au point 4 qu'en statuant sur le fondement des dispositions de l'article L. 2321-4 du code général de la propriété des personnes publiques alors que celles de l'article 2224 du code civil étaient seules applicables à l'action introduite par la société SNCF Réseau, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit.*

*7. Il résulte de ce qui précède que l'arrêt attaqué doit être annulé en tant qu'il s'est prononcé sur la demande de réparation du préjudice résultant de l'occupation sans titre du domaine public durant l'année 2014, sans qu'il soit besoin, dans cette mesure, de se prononcer sur les moyens du pourvoi.*

*Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur la demande de réparation du préjudice résultant de l'occupation sans titre du domaine public durant la période du 1er janvier 2015 au 16 janvier 2022 :*

8. En premier lieu, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que M. A... occupait sans droit ni titre la dépendance du domaine public en litige pour les besoins de l'exploitation de son entreprise individuelle. Il n'est par suite pas fondé à soutenir que la cour aurait commis une erreur de droit en ne soulevant pas d'office le moyen tiré de ce que les conclusions indemnitaires présentées par la société SNCF Réseau à son encontre auraient été mal dirigées.

9. En deuxième lieu, la cour n'a, contrairement à ce qui est soutenu, ni entaché son arrêt d'erreur de droit ni méconnu son office en se fondant, pour déterminer le montant de l'indemnité due par M. A... à raison de l'occupation sans droit ni titre de la parcelle en cause, sur un tableau de valeurs unitaires des redevances d'occupation en Ile-de-France produit par la société SNCF Réseau dont la valeur probante n'était pas sérieusement discutée devant elle.

[...]

12. En dernier lieu, en estimant que la faute commise par la société SNCF Réseau en laissant perdurer, par son inertie, la situation d'occupation irrégulière était de nature à atténuer la responsabilité de M. A... à concurrence de la moitié du préjudice subi à raison de cette occupation, la cour administrative d'appel a porté sur les faits de l'espèce une appréciation souveraine exempte de dénaturation.

[...]

14. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative et de régler l'affaire au fond dans la mesure de la cassation prononcée au point 7.

15. Il résulte de l'instruction que c'est seulement par sa demande adressée au tribunal administratif de Melun le 14 janvier 2020 que la société SNCF Réseau a, pour la première fois, sollicité de M. A... qu'il l'indemnise du préjudice qu'elle estimait avoir subi à raison de l'occupation par celui-ci de la parcelle en litige au cours de l'année 2014. A cette date, son action était, pour ce qui concerne cette période, atteinte par la prescription en application des règles rappelées au point 4 ci-dessus, sans qu'ait d'incidence à cet égard la circonstance que la société avait fait constater cette occupation par un huissier de justice le 25 juillet 2019."

## **La domanialité publique virtuelle s'applique même si l'affectation projetée ne s'est jamais concrétisée :**

**CE, 3 avril 2024 (n° 488803)**

"4. Avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné. En l'absence de toute disposition en ce sens, l'entrée en vigueur de ce code n'a pu, par elle-même, avoir pour effet

*d'entraîner le déclassement de dépendances qui appartenait antérieurement au domaine public, en application de la règle énoncée ci-dessus, compte tenu, notamment, de leur affectation à l'usage direct du public.*

*[...]*

*6. Toutefois, il ressort des pièces du dossier soumis à la juge des référés, et notamment d'un avis de la commission centrale de contrôle des opérations immobilières poursuivies par les services publics ou d'intérêt public, daté du 16 septembre 1965, que la commune de Paris, devenue en 2019 la collectivité de la Ville de Paris, a acquis ce terrain, par un acte de vente daté du 23 juin 1966, en vue de la réalisation d'un espace vert ouvert au public dans le périmètre d'aménagement du site de Montmartre. Il en ressort également, comme l'a relevé la juge des référés, qu'une délibération du Conseil de Paris du 16 décembre 1968 a autorisé le préfet de Paris, alors en charge de l'exécutif de la commune, à entreprendre la réalisation de cet espace vert en prévoyant un budget de 129 000 francs, tandis qu'un arrêté du préfet de Paris du 20 juin 1969 a réparti ce budget en 73 000 francs de travaux d'architecture et 56 000 francs de travaux sur les parcs et jardins. Il résulte de ces circonstances, qui révèlent la volonté de la commune de transformer la parcelle en litige en espace vert et de l'affecter à l'usage direct du public, qu'elle a ainsi été incorporée à son domaine public, sans que, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus au point 4, l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques ait pu avoir pour effet d'en entraîner le déclassement.*

*7. Par suite, en jugeant que, faute pour le terrain d'avoir été effectivement affecté à un l'usage direct du public ou d'avoir fait l'objet d'aménagements spéciaux, il devait être regardé comme faisant partie du domaine privé de la commune de sorte que la demande de la Ville de Paris était manifestement insusceptible de se rattacher à un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative, la juge des référés a violé les principes rappelés au point 4 et dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis.*

*8. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens du pourvoi, que la Ville de Paris est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.*

*[...]*

*11. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction qu'à l'issue d'un appel à manifestation d'intérêt portant sur la mise à disposition de la parcelle en litige, la Ville de Paris a conclu le 25 juillet 2023 avec la société Fremosc une convention d'occupation du domaine public, en vigueur à compter de la remise du site et jusqu'au 24 juillet 2035, en vue de permettre la création d'un jardin ouvert au public et la mise en place d'activités de loisirs et pédagogiques en lien avec ce jardin. L'occupation sans droit ni titre du site par l'association Club Lepic Abbesses Pétanque fait obstacle à l'exécution de cette convention et à ce que le site fasse l'objet d'un aménagement conforme à la destination que souhaite lui donner la Ville de Paris. Son maintien dans les lieux compromet ainsi l'installation de la société Fremosc et le réaménagement de la parcelle que cette dernière est tenue d'effectuer. La mesure d'expulsion demandée par la Ville de Paris présente par voie de conséquence un caractère d'utilité et*

*d'urgence, sans qu'aient d'incidence à cet égard le recours formé par l'association Club Lepic Abbesses Pétanque contre cette convention d'occupation du domaine public ou la circonstance que la Ville de Paris n'aurait, depuis l'acquisition de la parcelle, jamais adressé à l'association aucune mise en demeure de quitter les lieux ni engagé de démarche d'expulsion à son encontre."*

## **La jurisprudence "Czabaj" ne franchit pas la porte des juridictions judiciaires:**

**Cass, 8 mars 2024 (n°21-21.230, n°21-12.560)**

*"5. La communauté urbaine fait grief à l'arrêt d'infirmier le jugement en ce qu'il a déclaré irrecevables comme tardives les demandes de la société formées à son encontre et, en conséquence, de déclarer cette dernière recevable en son action, alors « que le principe de sécurité juridique qui implique que ne puissent être remises en cause sans condition de délai des situations consolidées par l'effet du temps, fait obstacle à ce que puisse être contestée indéfiniment une décision administrative individuelle qui a été notifiée à son destinataire ce dernier devant adresser sa réclamation dans un délai raisonnable qui, sauf circonstances particulières établies par l'administré, ne peut excéder un an à compter de la notification de l'acte ; qu'il résulte des constatations des juges du fond que les factures en cause ont été notifiées à la société City les 12 mars et 9 mai 2012, cette dernière ne les ayant contestées pour vice de forme que par exploit du 29 février 2016 ; qu'en décidant que le principe général de sécurité juridique, applicable devant toutes les juridictions, ne résultait que d'une jurisprudence du Conseil d'État et ne pouvait être retenu par le juge judiciaire, la cour d'appel a violé les articles L. 1617-5 du code général des collectivités territoriales, R. 421-5 du code de justice administrative, ensemble le principe susvisé. »*

*Réponse de la Cour*

*[...]*

*12. Depuis une décision du 13 juillet 2016, le Conseil d'État juge que si le non-respect de l'obligation d'informer l'intéressé sur les voies et les délais de recours, ou l'absence de preuve qu'une telle information a bien été fournie, ne permet pas que lui soient opposés les délais de recours fixés par le code de justice administrative, le destinataire de la décision ne peut exercer de recours juridictionnel au-delà d'un délai raisonnable, lequel, en règle générale et sauf circonstances particulières dont se prévaudrait le requérant, ne saurait, sous réserve de l'exercice de recours administratifs pour lesquels les textes prévoient des délais particuliers, excéder un an à compter de la date à laquelle une décision expresse lui a été notifiée ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance (CE, 13 juillet 2016, n° 387763, publié au Recueil Lebon).*

*13. Il juge que cette obligation d'exercer un recours dans un délai raisonnable s'applique en matière de contestation des titres exécutoires émis par les collectivités locales (CE, 9 mars 2018, n° 401386,*

mentionné aux tables du Recueil Lebon).

14. Le pourvoi pose la question de savoir si la règle prétorienne issue de la décision du 13 juillet 2016 devrait recevoir application devant les juridictions judiciaires, notamment en matière de délai de recours contre un titre de recettes.

15. Si, pour répondre, notamment, aux impératifs de clarté et de prévisibilité du droit, une convergence jurisprudentielle entre les deux ordres de juridiction est recherchée lorsqu'il est statué sur des questions en partage, celle-ci peut ne pas aboutir en présence de principes et règles juridiques différents applicables respectivement dans ces deux ordres. Tel est le cas en l'espèce.

16. En premier lieu, les motifs ayant justifié l'application d'une telle règle devant les juridictions administratives, qui permet de prévenir les situations dans lesquelles, faute de notification régulière, une décision administrative pourrait être contestée indéfiniment, sont propres aux règles du contentieux administratif.

17. En effet, les juridictions judiciaires n'exercent pas de contrôle de légalité par la voie du recours pour excès de pouvoir.

18. Quant aux contestations d'un titre exécutoire, formées devant ces juridictions, généralement à l'occasion de l'action en recouvrement, elles interviennent nécessairement dans le délai de prescription de cette action, tel le délai de quatre ans s'agissant des créances d'une collectivité territoriale.

19. Par ailleurs, les actions tendant à la décharge d'une imposition et à la restitution de l'indu fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle supérieure se prescrivent par deux ans, en application de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales.

20. Enfin, les mêmes actions, lorsqu'elles sont fondées sur une déclaration de non-conformité à la Constitution du texte servant de fondement à l'imposition, sont ouvertes dans les conditions fixées par la décision du Conseil constitutionnel.

21. Ainsi, le risque de contestation d'actes ou de décisions sans limite de durée ne se présente pas dans les mêmes termes devant les juridictions judiciaires devant lesquelles les règles de la prescription extinctive suffisent en principe à répondre à l'exigence de sécurité juridique.

22. En second lieu, la règle issue de l'article 680 du code de procédure civile constitue un principe général qui s'applique devant les juridictions judiciaires, quelle que soit la nature de cette décision ou de cet acte et celle des voies et délais de recours.

23. Transposer la solution dégagée par le Conseil d'État pourrait conduire à étendre cette règle à tous les délais de recours, ce qui remettrait en cause l'application de ce principe général et pourrait porter atteinte à l'équilibre des droits des parties dans le procès civil.



24. Le maintien de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui se justifie par les principes et règles applicables devant le juge civil, permet un juste équilibre entre le droit du créancier public de recouvrer les sommes qui lui sont dues et le droit du débiteur d'accéder au juge.

25. Il se déduit de l'ensemble de ces éléments qu'en l'absence de notification régulière des voies et délais de recours, le débiteur n'est pas tenu de saisir le juge civil dans le délai défini par la décision du Conseil d'État du 13 juillet 2016 précitée.

26. Ayant constaté que, la preuve d'une notification régulière des titres n'était pas rapportée, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action introduite par la société était recevable.

27. Le moyen n'est, dès lors, pas fondé."

## Précisions sur le contour du contrôle de gestion exercé par un pouvoir adjudicateur sur un organisme pour qu'il soit soumis au code de la commande publique :

### CE, avis 11 avril 2024 (n°489440)

"REND L'AVIS SUIVANT :

1. Aux termes de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique: " Les pouvoirs adjudicateurs sont : / 1° Les personnes morales de droit public ; / 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont : / a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ; / b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ; / c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ; (...) ".

2. Les dispositions citées au point précédent sont issues de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics qui a notamment procédé à la transposition, dans l'ordre juridique interne, de l'article 2 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Il résulte de ces dispositions, telles qu'éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt du 3 février 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (C 155/19 et C-156/19), que la gestion d'une personne morale de droit privé est regardée comme soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur lorsqu'une autorité publique exerce un contrôle actif de sa gestion qui, dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés. Ce contrôle doit être de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe lorsque l'activité de la personne morale de droit privé est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ou lorsque son organe d'administration, de direction ou de surveillance est

composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Le fait que l'autorité publique puisse imposer un profil de gestion déterminé est un indice de l'existence d'un tel contrôle, ainsi qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de justice du 1er février 2001, Commission c. France (C-237/99). En revanche, en principe, un contrôle, a posteriori, de la régularité de l'activité de la personne morale de droit privé par l'autorité publique de tutelle ne s'apparente pas à un contrôle de sa gestion.

3. Aux termes de l'article L. 311-1 du code de l'action sociale et des familles : " L'action sociale et médico-sociale, au sens du présent code, s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale suivantes : / (...) / 2° Protection administrative ou judiciaire de l'enfance et de la famille, de la jeunesse, des personnes handicapées, des personnes âgées ou en difficulté ; (...) / (...) / Les missions mentionnées aux 1° à 6° du présent article sont accomplies par des personnes physiques ou des institutions sociales et médico-sociales. / Sont des institutions sociales et médico-sociales au sens du présent code les personnes morales de droit public ou privé gestionnaires d'une manière permanente des établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1. (...) " Aux termes de l'article L. 312-1 du même code : " I.- Sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, au sens du présent code, les établissements et les services, dotés ou non d'une personnalité morale propre, énumérés ci-après : / (...) / 2° Les établissements ou services d'enseignement qui assurent, à titre principal, une éducation adaptée et un accompagnement social ou médico-social aux mineurs ou jeunes adultes handicapés ou présentant des difficultés d'adaptation ; / (...) / 7° Les établissements et les services, y compris les foyers d'accueil médicalisés, qui accueillent des personnes handicapées, quel que soit leur degré de handicap ou leur âge, ou des personnes atteintes de pathologies chroniques, qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ou bien qui leur assurent un accompagnement médico-social en milieu ouvert ; (...) ".

4. En vertu des dispositions de l'article L. 314-7 du code de l'action sociale et de la famille, les établissements et services sociaux et médico-sociaux soumettent à l'accord de l'autorité compétente en matière de tarification les emprunts dont la durée est supérieure à un an et les programmes d'investissement. Selon les dispositions de l'article L. 313-12-2 de ce code, ces établissements et services doivent conclure un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens. L'article L. 313-14-2 prévoit que l'autorité compétente en matière de tarification peut demander la récupération de certains montants dès lors qu'elle constate, notamment, des dépenses sans rapport ou manifestement hors de proportion avec le service rendu ou avec les coûts des établissements ou des services fournissant des prestations comparables en termes de qualité de prise en charge ou d'accompagnement. Il résulte aussi des dispositions de l'article L. 313-14-1 du même code que dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif, lorsque la situation financière fait apparaître un déséquilibre financier significatif et prolongé ou lorsque sont constatés des dysfonctionnements dans la gestion financière de ces établissements et de ces services, l'autorité de tarification compétente peut, à l'issue d'une procédure contradictoire, désigner un administrateur provisoire de l'établissement. Les articles L. 313-13 et L. 313-25 prévoient que ces établissements et services sont soumis au contrôle de l'inspection générale des affaires sociales et des autorités de tarification. Enfin, les articles R. 314-21 à R. 314-25 organisent les modalités de

transmission des propositions budgétaires arrêtées par l'organe délibérant de l'organisme gestionnaire à l'autorité de tarification, qui peut faire connaître à l'établissement ou au service les modifications qu'elle propose.

5. Il résulte de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires mentionnées au point précédent que les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux énumérés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles, y compris les organismes à but lucratif, ne sont soumises qu'à un contrôle de régularité, y compris lorsqu'est en cause, s'agissant des établissements à but non lucratif, des dysfonctionnements dans leur gestion financière. Si certains de ces contrôles, en matière de garantie d'emprunt et de programmes d'investissements, sont exercés a priori, ils sont destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont, pas davantage que les autres contrôles, pour objet ou pour effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées. Les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont ainsi pas soumis, du fait de ces dispositions, à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés.

6. Il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le contrôle exercé par l'administration sur ces organismes n'est pas de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe notamment lorsque l'organe de direction de la personne morale de droit privé est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Les gestionnaires de droit privé des établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sauraient dès lors être regardés comme un pouvoir adjudicateur au sens du b) du 2° de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique."

## **Un BEFA requalifié en marché de travaux est annulé en raison des clauses de paiement différé qui rémunèrent les travaux :**

**CE, 3 avril 2024 (n°472476)**

"1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le centre hospitalier Alpes-Isère a conclu le 31 août 2017 avec la société civile immobilière Victor Hugo 21 un " bail en l'état futur d'achèvement ", qui prévoyait la location au centre hospitalier de deux bâtiments existants après l'aménagement de l'un d'eux ainsi que d'un nouveau bâtiment à construire, pour une durée de quinze ans, avec une option d'achat après la douzième année. Après l'achèvement des travaux, le centre hospitalier s'est toutefois abstenu de prendre possession des locaux, a suspendu le paiement des loyers, puis a saisi le tribunal administratif de Grenoble d'une action en contestation de la validité de ce contrat dont il a demandé l'annulation ou, à titre subsidiaire, la résiliation. Par un jugement du 31 mai 2021, ce tribunal a rejeté sa demande et, faisant droit aux demandes reconventionnelles présentées par la société Victor Hugo 21, l'a condamné à lui verser la somme de 553 499,78 euros,

sous déduction d'une provision de 493 277 euros déjà versée en application d'une ordonnance du juge des référés de la cour administrative d'appel de Nancy. Sur appel du centre hospitalier, la cour administrative d'appel de Marseille a, par un arrêt du 27 février 2023 contre lequel la société Victor Hugo 21 se pourvoit en cassation, annulé ce jugement et, par la voie de l'évocation, annulé le contrat en litige et rejeté les demandes reconventionnelles présentées par cette société.

[...]

3. [...] Le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur prend à bail ou acquiert des biens immobiliers qui doivent faire l'objet de travaux à la charge de son cocontractant constitue un marché de travaux au sens des dispositions précitées des articles 4 et 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 lorsqu'il résulte des stipulations du contrat qu'il exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages. Tel est le cas lorsqu'il est établi que cette influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs. Les demandes de l'acheteur concernant les aménagements intérieurs ne peuvent être considérées comme démontrant une influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur.

4. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, en particulier du contrat en litige, de la notice descriptive sommaire et du cahier des prestations techniques d'aménagement et de livraison qui lui sont annexés, ainsi que de la lettre du 18 mai 2017 que le centre hospitalier a adressé à France domaine, que tant l'aménagement du bâtiment existant A que la construction et l'aménagement du nouveau bâtiment C répondent aux besoins exprimés par le centre hospitalier, visant à regrouper ses activités ambulatoires de psychiatrie infantile-juvénile ainsi que le centre d'accueil thérapeutique à temps partiel et les hôpitaux de jours consacrés à l'accueil d'enfants de moins de 12 ans, et aux exigences spécifiques qu'il a fixées relatives, d'une part, à l'implantation du nouveau bâtiment C dans la continuité du bâtiment A, d'autre part, aux nombreux aménagements intérieurs des bâtiments A et C nécessaires aux activités thérapeutiques spécifiques devant s'y dérouler. En jugeant qu'un tel contrat, dénommé par les parties " bail en l'état futur d'achèvement ", constitue, en application des dispositions des articles 4 et 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 citées au point 3, un marché public de travaux dès lors que l'ouvrage répondait aux besoins exprimés par le centre hospitalier, estimant nécessairement qu'il avait exercé une influence déterminante sur la conception de cet ouvrage, la cour administrative d'appel de Marseille, qui n'a relevé qu'à titre surabondant l'existence d'une clause d'option d'achat, n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits de l'espèce.

5. En troisième lieu, aux termes du premier alinéa du I de l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics alors en vigueur, désormais codifié à l'article L. 2191-5 du code de la commande publique : " L'insertion de toute clause de paiement différé est interdite dans les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ".

6. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la cour administrative d'appel de Marseille a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, relevé qu'en vertu du contrat en litige, les travaux d'aménagement du bâtiment A et de construction du bâtiment C étaient

rémunérés par le centre hospitalier, non par le versement immédiat d'un prix, mais par le versement de loyers ainsi que de " surloyers " d'un montant annuel de 31 852,80 euros pendant une durée de dix ans à compter de la livraison du bâtiment C. Par suite, après avoir requalifié le contrat en litige en marché public de travaux ainsi qu'il a été dit au point 4, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant qu'une telle clause prévoyant ces versements, qui constituaient des paiements différés, était prohibée dans les marchés publics passés par les établissements publics de santé, en application des dispositions de l'article 60 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 citées au point précédent.

7. En quatrième lieu, les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

8. En jugeant, après avoir souverainement constaté que la clause de paiement différé mentionnée au point 6 était indivisible du reste du contrat, qu'eu égard à la nature de cette clause, le contenu du contrat présentait un caractère illicite et qu'un tel vice était de nature à justifier son annulation, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis. La requérante ne peut utilement critiquer les motifs surabondants par lesquels la cour a, d'une part, relevé que le montage contractuel retenu avait pour but d'échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence et, d'autre part, rappelé l'interdiction pour les établissements publics de santé de recourir à la procédure du marché public de partenariat.

9. En dernier lieu, il ressort des pièces du dossier soumis au juges du fond que la cour n'a pas méconnu la portée des écritures de la société Victor Hugo 21 en relevant qu'elle n'avait pas recherché la responsabilité du centre hospitalier sur un fondement quasi-délictuel. Elle n'a pas davantage commis d'erreur de droit en jugeant que dès lors que le contrat n'avait pas été résilié par le centre hospitalier mais annulé par le juge, cette société ne pouvait utilement se prévaloir des règles d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation d'un contrat pour motif d'intérêt général."

## La déclaration sans suite d'une procédure qui n'est pas motivée par l'intérêt général ne fait pas obstacle à l'indemnisation du manque à gagner du candidat irrégulièrement évincé :

Complément de l'édiction de mars 2024.

### Retour sur CAA Douai, 23 janvier 2024 (n°22DA01088)

*"Sur l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant la renonciation de la collectivité à conclure le contrat :*

*4. D'une part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.*

*5. D'autre part, aux termes de l'article 47 du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics : " L'acheteur peut limiter le nombre de candidats qui seront admis à soumissionner ou à participer au dialogue. / L'acheteur indique, dans l'avis d'appel à la concurrence ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, les critères objectifs et non-discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum. / Le nombre de candidats retenus est suffisant pour assurer une concurrence effective. / Toutefois, pour les pouvoirs adjudicateurs, en appel d'offres restreint, le nombre minimal est de cinq ; en procédure concurrentielle avec négociation et en dialogue compétitif, il est de trois. Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut poursuivre la procédure avec les candidats ayant les capacités requises. "*

*6. En premier lieu, pour établir qu'elle a renoncé à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général après l'annulation, par le juge des référés du tribunal administratif d'Amiens, de la procédure de passation au stade de l'examen des candidatures, la communauté de communes du Clermontois s'est prévaluée, dans sa lettre du 13 mars 2020 adressée à la société Etandex, de l'absence de maintien des offres. Ce motif, qui manque en fait, ne pouvait justifier un tel renoncement dans l'intérêt général.*

*7. En deuxième lieu, la collectivité fait valoir, dans ses écritures devant le tribunal et la cour, qu'elle a*

*refusé de conclure le contrat au motif d'une concurrence insuffisante entre entreprises. Or, si les dispositions précitées de l'article 47 du décret du 25 mars 2016 précisent que le nombre minimum de candidats retenus pour assurer une concurrence effective dans la procédure concurrentielle avec négociation est de trois, le pouvoir adjudicateur a néanmoins la possibilité de poursuivre la procédure alors même que le nombre de candidats est inférieur. Ainsi, s'il résulte de l'instruction qu'à la suite de la reprise de la procédure après l'intervention du juge du référé précontractuel, seules deux sociétés ont confirmé leur candidature, dont la SA Etandex, la communauté de communes du pays du Clermontois pouvait régulièrement poursuivre la procédure. Par suite, et alors que la société Etandex avait proposé l'offre la moins-disante et avait été classée en première position par la commission d'appel d'offres, le motif tiré d'une concurrence insuffisante, opposé a posteriori, est erroné et ne pouvait justifier que la collectivité renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.*

*8. En dernier lieu, la collectivité fait valoir, dans ses écritures devant le tribunal et la cour, qu'elle a refusé de conclure le contrat au motif de l'abandon du projet de réhabilitation des ouvrages existants de la station d'épuration de Breuil-le-Vert. Il résulte de l'instruction que la communauté de communes du Clermontois a décidé de conserver les ouvrages existants, sans les réhabiliter compte tenu du risque d'inondation d'un ruisseau. Toutefois, cette argumentation ne justifie pas la modification du projet initial de réhabilitation des ouvrages de la station d'épuration afin de réparer les désordres structurels les affectant. En outre, le lot n° 3 du marché aurait pu faire l'objet d'avenants, ainsi qu'il a été fait pour les autres lots attribués à des entreprises, afin d'adapter les travaux aux recommandations du maître d'œuvre. Par suite, ce motif, opposé a posteriori pour les besoins de la cause, ne permet pas de justifier que la collectivité renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.*

*Sur l'indemnisation du préjudice de la société Etandex :*

*9. Il résulte de qui précède qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité de l'éviction de la société Etandex et les préjudices invoqués par la requérante du fait de son éviction et que si la communauté de communes du pays du Clermontois avait poursuivi la procédure de passation, la société aurait eu des chances sérieuses de remporter le marché. Dès lors, la société appelante est fondée à demander la condamnation de la communauté de communes du pays du Clermontois à indemniser son manque à gagner. Il sera fait une juste appréciation du bénéfice net que la société aurait pu retirer de l'exécution du contrat en le fixant à la somme de 97 618,90 euros HT, compte tenu, d'une marge de 8,5 % calculée sur le total des travaux (967 081,50 euros HT), des frais de chantier (14 506,22 euros HT) et des frais généraux (166 869,91 euros HT). Cette somme de 97 618,90 euros HT inclut nécessairement les frais de présentation de son offre, évalués par le tribunal à une somme non contestée de 10 000 euros HT. Par suite, la somme de 10 000 euros que la communauté de communes a été condamnée à payer à la société Etandex par le jugement précité doit être portée à la somme de 97 618,90 euros HT, soit 117 142,68 euros TTC."*

## La méthode de notation par code couleur doit être suffisamment claire et cohérente pour être régulière :

TA Nice, 8 mars 2024 (n°2400856)

*“5. L'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation.*

*6. Au cas d'espèce, l'appréciation des offres est définie par l'article 6.2 du règlement de la consultation, qui prévoit : «Sera déclarée comme irrégulière, une offre, qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées au sein des documents de la consultation. Les offres rédigées en langue française seront appréciées sur les bases suivantes : selon l'article R.3124-5 du Code de la Commande Publique : du niveau du service offert aux usagers des bains de mer dans le cadre des obligations mises à sa charge (), de la qualité de l'accueil et du confort des usagers, () du savoir-faire et professionnalisme du candidat, () de la crédibilité et de l'importance de ses propositions techniques et financières ainsi que des garanties offertes pour les concrétiser()».*

*4. Sur le fondement des critères exprimés par l'article 6.2 du règlement de la consultation, l'évaluation des offres était matérialisée par des couleurs vert, jaune, rouge. Les requérants soutiennent que le principe d'égalité de traitement des candidats a été méconnu par la commune de Menton en ce que des offres irrégulières ont été admises à participer aux phases de négociations alors qu'ils en ont eux-mêmes été écartés. Il ressort des pièces du dossier que pour les lots n°1 et 9, sur les dix documents constituant chacune des deux offres des requérants, sept, dans le procès-verbal d'analyse, sont notés en rouge (incohérent ou non conforme). Cependant, il ressort de l'examen du rapport d'analyse des offres que pour le lot n°1, le candidat «Calabro» a été admis à la phase de négociation avec sept documents qui présentaient des non-conformités ou des insuffisances au regard des exigences de l'article 4.2 du règlement de consultation pour lesquels des corrections ou compléments étaient attendues, sans que cela ne conduise à une notation en rouge desdits documents. De même, le candidat AJP Solutions, attributaire du lot n°1 a également présenté deux documents contenant des non-conformités ou insuffisances. Pour le lot n°9, les dossiers des candidats admis à la phase de*



*négociation comportaient également de nombreuses non-conformités ou insuffisances.*

*5. Si la méthode d'évaluation par couleur, n'est pas en soi irrégulière, dès lors que l'autorité concédante n'a aucune obligation d'attribuer des notes chiffrées, il résulte toutefois de ce qui précède qu'au cas d'espèce des documents non-conformes ou insuffisants ont été notés «rouge» s'agissant des offres des requérants alors que des documents présentés par des candidats admis à négocier et affectés de ces mêmes manquements ont été notés «jaune» ou «vert». La méthode d'évaluation retenue, qui ne prévoit aucune hiérarchisation des critères, était ainsi de nature à priver de leur portée les critères qu'avait retenue l'autorité concédante en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures."*

## **Quand le candidat évincé emporte l'attributaire avec lui... :**

### **TA Grenoble, 6 mars 2024 (n°2401055)**

*"Sur les conclusions de la requête aux fins d'application de l'article L. 551-1 du code de justice administrative :*

*4. Par ailleurs, aux termes de l'article L. 2152-1 du code de la commande publique : «L'acheteur écarte les offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.». Aux termes de son article L. 2152-2 : «Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation, en particulier parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.». Aux termes de l'article R. 2123-4 du même code : «Lorsqu'il recourt à une procédure adaptée, l'acheteur en détermine les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat. ».*

*5. Aux termes de l'article 1.4 du règlement de la consultation du marché de travaux portant sur la restructuration et l'extension du groupe scolaire A, lot 01: Installation et location de bâtiments modulaires à usage d'école provisoire- accord-cadre de fournitures courantes et de services : «Décomposition de la consultation : La consultation portant sur les lots de travaux afférents à l'opération globale de» restructuration et extension du groupe scolaire A " lancée ultérieurement est décomposée en un nombre prévisionnel de 18 lots. La présente consultation concerne le lot 01 : Installation et location de bâtiments modulaires à usage d'école provisoire. Le montant total des prestations pour la durée de l'accord-cadre est défini(e) comme suit :*

*Période Maximum HT*

*Période initiale (30 mois) 1600 000,00*

*Période de reconduction1(18 mois) 900 000,00*

Total maximum des périodes en HT 2 500 000,00 ( ) ".

[...]

7. Le règlement de la consultation d'un marché est obligatoire dans toutes ses mentions. Le pouvoir adjudicateur ne peut, dès lors, attribuer le marché à un candidat qui ne respecterait pas une des prescriptions imposées par ce règlement.

8. Il résulte de l'instruction que la société Algeco a proposé une majorité de classes d'une surface de 52 m<sup>2</sup>. Plus précisément, l'offre de la société Algeco comprenait 16 classes sur 18 de 52,185 m<sup>2</sup> en moyenne. Ainsi, seules deux classes sur dix-huit répondaient aux exigences formulées dans les documents de la consultation, à savoir les articles 2.3 et 7.2 du règlement de la consultation et l'article 1.1 du cahier des clauses techniques particulières mentionnés aux points 5 et 6. La société requérante, qui ne pouvait que se conformer à ces prescriptions, ne peut utilement faire valoir que les documents de la consultation prévoyant 18 classes de 60 m<sup>2</sup> environ, des surfaces de 52 m<sup>2</sup> se situeraient dès lors dans la proximité de 60 m<sup>2</sup>. Elle ne peut utilement faire valoir pour le même motif que la surface utile de 52 m<sup>2</sup> pour 54 m<sup>2</sup> de modulaires correspond à des salles de classe qu'elle met à disposition pour la majorité des demandes formulées par d'autres collectivités (Ex : Département de la Haute Savoie, Département de l'Isère, derniers groupes scolaires installés, etc..) et que les dimensions de salle de classe répondent exactement aux recommandations du ministère de l'éducation nationale. Par suite, la commune de Thyez est fondée à soutenir que l'offre présentée par la société Algeco qui ne respecte pas les exigences formulées dans le document de la consultation est irrégulière.

Sur le moyen tiré de l'irrégularité de l'offre de la Sas Cougnaud :

9. La circonstance que l'offre du concurrent évincé, auteur du référé précontractuel, soit irrégulière ne fait pas obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir de l'irrégularité de l'offre de la société attributaire du contrat en litige.

10. Il n'est pas contesté en défense que le montant prévisionnel Dqe dans l'offre de la Sas Cougnaud est de 1 933 371 euros HT pour la période initiale du marché de 30 mois alors que le montant maximum de l'accord-cadre tel que prévu au marché pour cette première période est de 1 600 000 euros HT en vertu de l'article 1.4 du règlement de la consultation rappelé au point 5. Dès lors qu'en vertu de l'article 1.4 du règlement de la consultation, le dépassement éventuel sur la période initiale de 30 mois ne peut être compensé sur la durée totale d'exécution du marché et que la période de reconduction de 18 mois n'est qu'éventuelle à la date d'appréciation des offres, la commune de Thyez ne peut utilement faire valoir que la circonstance qu'une offre soit supérieure à l'estimation n'est pas, en elle-même, de nature à la rendre irrégulière ou inacceptable et que le montant maximum des prestations de la société Cougnaud n'excède pas 2 500 000 euros HT sur la totalité de la période (à savoir la période initiale de 30 mois plus la période de reconduction de 18 mois). Il résulte de ce qui vient d'être dit que la commune de Thyez a retenu une offre irrégulière qui ne correspond pas aux exigences fixées par le règlement de la consultation du marché.

11. La commune de Thyez soutient que le projet litigieux s'inscrit dans le cadre du projet de démolition/reconstruction et rénovation énergétique du nouveau groupe scolaire dit A impliquant de délocaliser les élèves le temps des travaux, que la mise en place de l'école provisoire en bâtiments modulaires devra être réceptionnée et validée par la commission ERP au plus tard au mois de juillet 2024 et que par suite, une décision de suspension de la présente procédure de passation ainsi que l'obligation pour la Commune de relancer une nouvelle procédure seraient préjudiciables à l'intérêt public puisqu'elles décaleraient manifestement la mise en œuvre du projet et mettraient à mal les perspectives de la prochaine rentrée scolaire. Toutefois, seules les offres de l'attributaire et du concurrent évincé sont irrégulières. Il ne résulte pas, en effet, de l'instruction que les offres des autres concurrents étaient elles-mêmes irrégulières. Dans les circonstances rappelées ci-dessus, la commune de Thyez peut reprendre la procédure de passation du lot n° 1 : « installation et location de bâtiments modulaires à usage d'école provisoire » au stade de l'analyse des offres en excluant uniquement les offres des sociétés Algeco et Cougnaud. Dès lors, ce réexamen des offres n'entraînera aucun retard important. Enfin, à supposer que la commune de Thyez entende reprendre entièrement la procédure, s'agissant de la simple fourniture de bâtiments modulaires, elle ne démontre pas que la fourniture de bâtiments modulaires ne pourrait être réceptionnée et validée par la commission ERP au plus tard au mois de juillet 2024.

12. Dès lors, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, il y a lieu d'annuler la procédure d'attribution du lot litigieux au stade de l'examen des offres. En revanche, dès lors que l'offre de la société Algeco est elle-même irrégulière et que le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté de renoncer à passer le contrat, les conclusions aux fins d'injonction présentées par la société Algeco tendant à ce que le juge des référés annule la procédure au stade des offres, tout en constatant son attribution à la société Algeco, le tout sous peine d'une astreinte de 500 euros par jour de retard à compter de la notification de l'ordonnance à venir, ne peuvent qu'être rejetées."

## La méconnaissance par l'acheteur des modalités d'évaluations des offres qu'il s'est fixées dans la passation d'une DSP :

### TA Melun, 15 mars 2024 (n°2311654)

"2. Par un avis de concession publié le 15 juin 2023 au bulletin officiel des annonces des marchés publics, le préfet de Seine-et-Marne a engagé une procédure avec publicité et mise en concurrence pour la passation d'un contrat de concession ayant pour objet la gestion, pour une durée de quatre ans et quatre mois, du service public de dépannage et de remorquage des véhicules légers et des poids lourds circulant sur les autoroutes non concédées et les routes express situées en Seine-et-Marne dans un secteur d'intervention dit «secteur 3», comprenant les sections de voie du domaine public routier de l'État suivantes : la route nationale (N) 104, entre le point de repère (PR) 0 et le PR 10, la N 4, entre le PR 1+000 et le PR 9+800, et la route départementale (D) 499, entre le PR 0 et le PR 1+586. L'avis précisait, comme l'article 6 du règlement de la consultation, que le service concédé ferait

*l'objet d'une attribution en deux lots séparés : un «lot n° 3», intitulé «Secteur 3 : VL», portant sur le dépannage et le remorquage des véhicules légers (VL) et un «lot n° 7», intitulé «Secteur 3 : PL», portant sur celui des poids lourds (PL). L'article 7 du règlement de la consultation précisait en outre, notamment, que le nombre d'attributaires du lot n° 3 serait au minimum de deux et au maximum de quatre. La société P2A Services s'est vu notifier la décision de rejet de l'offre qu'elle a présentée pour l'attribution de ce lot par une lettre du 25 octobre 2023 l'informant par ailleurs de l'attribution de ce même lot aux sociétés Jean Dépannage, Dep'Express 77, Paris Sud Dépannage et Île-de-France Dépannage. Sa requête doit être regardée, comme tendant, à titre principal, dans le dernier état de ses écritures, à l'annulation de cette décision ainsi qu'à l'annulation, totale ou partielle, de la procédure mentionnée ci-dessus en tant seulement qu'elle concerne le lot n° 3.*

*[...]*

*En ce qui concerne la motivation de la décision de rejet de l'offre de la requérante :*

*4. La société P2A Services soutient que la motivation de la décision de rejet de son offre ne satisfait pas aux exigences des articles R. 2181-3 et R. 3125-1 du code de la commande publique, dès lors que les notes obtenues par elle-même et par chacun des quatre attributaires du lot n° 3 du contrat de concession en litige sur les sous-critères et sous-sous-critères pondérés définis à l'annexe 2 du règlement de la consultation ne lui ont pas été communiquées et qu'elle n'a pas davantage reçu une explication littérale permettant de comprendre ces notes.*

*5. Toutefois, d'une part, les dispositions de l'article R. 2181-3 du code de la commande publique, qui sont propres aux marchés passés selon une procédure formalisée, ne sont pas applicables en cas de passation d'un contrat de concession. Elles ne peuvent, par suite, être utilement invoquées en l'espèce. Il en va de même des dispositions de l'article R. 3125-1 du même code, dès lors qu'il résulte de celles de l'article R. 3126-11 dudit code qu'elles ne sont pas applicables, notamment, en cas de passation d'un contrat de concession dont la valeur estimée est inférieure au seuil européen figurant dans un avis annexé audit code, soit 5,382 millions d'euros hors taxes, ce qui est le cas du contrat de concession en litige, la valeur estimée de celui-ci étant de seulement 674 938 euros hors taxes.*

*6. D'autre part, aux termes de l'article R. 3126-12 du code de la commande publique : «Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire écarté lui en fait la demande, l'autorité concédante lui communique les motifs du rejet de sa candidature ou de son offre ainsi que le nom du ou des attributaires du contrat de concession, dans un délai de quinze jours suivant la réception de cette demande».*

*7. Ces dispositions, qui sont seules applicables, s'agissant de l'information des candidats et soumissionnaires évincés, en cas de passation d'un contrat de concession dont la valeur estimée est, comme en l'espèce, inférieure au seuil mentionné au point 5, n'imposent pas que les motifs ayant conduit au choix d'une ou plusieurs offres ou les caractéristiques et avantages de la ou des offres retenues soient communiqués par l'autorité concédante au soumissionnaire dont l'offre a été rejetée.*

*8. En outre, la société P2A Services a, ainsi qu'il a été dit au point 2, été informée des noms des quatre attributaires du lot n° 3 du contrat de concession en litige par la lettre du 25 octobre 2023*

mentionnée au même point et il résulte de l'instruction que, postérieurement à l'introduction de l'instance, le préfet de Seine-et-Marne lui a, par une lettre du 13 novembre 2023, précisé les motifs du rejet de son offre, notamment en lui communiquant les notes attribuées à celle-ci sur chacun des sous-critères et sous-sous-critères définis à l'annexe 2 du règlement de la consultation.

9. Dans ces conditions, le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence qui résulterait de l'insuffisance de la motivation de la décision de rejet de l'offre présentée par la requérante n'est pas caractérisé.

En ce qui concerne les informations fournies par les sociétés Jean Dépannage et Dep'Express 77 sur leurs horaires d'ouverture et leur personnel affecté à l'accueil des usagers et à la restitution des véhicules :

[...]

12. En revanche, la prise en compte par le pouvoir adjudicateur de renseignements erronés relatifs aux capacités professionnelles, techniques et financières d'un candidat est susceptible de fausser l'appréciation portée sur les mérites de cette candidature au détriment des autres candidatures et ainsi de porter atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats. En outre, pour l'application du principe rappelé ci-dessus au point 3, le choix de l'offre d'un candidat dont la candidature a été retenue sur la base d'informations relatives à ses capacités professionnelles, techniques et financières erronées est susceptible d'avoir lésé le candidat qui invoque ce manquement, à moins qu'il ne résulte de l'instruction que sa candidature devait elle-même être écartée, ou que l'offre qu'il a présentée ne pouvait qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

13. En l'espèce, la société P2A Services soutient que les sociétés Jean Dépannage et Dep'Express 77 ont indiqué à tort à l'autorité concédante que leurs lieux de stockage respectifs étaient ouverts vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept et qu'elles ont ainsi fourni des informations erronées pour l'examen de leurs offres au regard des deux premiers sous-critères du critère d'appréciation des offres tenant à la qualité de la prestation rendue au public, à savoir le sous-critère des horaires d'ouverture et celui du personnel affecté à l'accueil des usagers et à la restitution des véhicules.

14. Toutefois, s'agissant de ce dernier sous-critère, il résulte de l'instruction qu'il appartenait seulement à chaque soumissionnaire d'indiquer, dans le « cadre de réponse » à joindre à son offre en vertu de l'article 10 du règlement de la consultation, le personnel qu'il prévoyait d'affecter à l'accueil des usagers et à la restitution des véhicules. Or il n'est fait état d'aucun élément de nature à établir le caractère erroné des prévisions faites à cet égard par les sociétés Jean Dépannage et Dep'Express 77.

15. S'agissant du sous-critère des horaires d'ouverture, il résulte de l'instruction, notamment des débats lors de l'audience publique, que ces deux sociétés se sont contractuellement engagées, dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession en litige, à ouvrir leurs lieux de stockage selon l'amplitude horaire mentionnée au point 13. Or il n'est établi par aucune pièce que cet

*engagement ne sera pas tenu ou qu'il ne serait pas susceptible de l'être.*

*16. Par suite, le moyen tiré de la fourniture, par les sociétés Jean Dépannage et Dep'Express 77, d'informations erronées relativement aux horaires d'ouverture et au personnel affecté à l'accueil des usagers et à la restitution des véhicules doit être écarté.*

*En ce qui concerne la régularité des offres présentées par les sociétés Dep'Express 77 et Île-de-France Dépannage :*

*17. Il résulte des dispositions de l'article L. 3124-2 du code de la commande publique que l'autorité concédante est tenue d'écarter, notamment, les offres irrégulières, l'article L. 3124-3 du même code précisant que : « Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ».*

*18. En l'occurrence, les documents de la consultation comprenaient notamment, en vertu de l'article 10 du règlement de la consultation, le « cahier des charges commun à l'ensemble des lots (valant convention) » et le « cadre de réponse » que chaque soumissionnaire devait compléter et joindre à son offre. L'article 5 du cahier des charges stipulait que : " Pour être retenus, les garagistes-dépanneurs doivent satisfaire aux conditions suivantes : / [] 5. Conditions liées aux interventions / [] avoir la possibilité d'être sur les lieux dans un délai maximum de 20 minutes sur chaque point kilométrique du secteur après la demande d'intervention []. « Le cadre de réponse précisait en sa page 4, à propos du critère d'appréciation des offres tenant à la localisation du ou des dépôts, que : » Il s'agit de connaître le temps de parcours entre le(s) lieu(x) de stockage et les lieux d'enlèvement aux extrémités des secteurs. / Les services de l'État se chargeront de fournir les éléments par le biais de GEOPORTAIL relatifs au trajet entre le site de stockage et l'extrémité des voies où l'intervention sera demandée. / L'analyse sera effectuée en prenant en compte le sens de circulation qui engendre la durée la plus longue pour se rendre sur le lieu de l'intervention. " Il en résulte, et ce n'est au demeurant contesté ni par lui, ni par aucun des quatre attributaires du lot n° 3 du contrat de concession en litige, que le préfet de Seine-et-Marne a entendu subordonner la régularité de toute offre à la capacité du soumissionnaire à intervenir pour un dépannage ou un remorquage à chacune des extrémités, dans les deux sens de circulation, des trois sections de voie mentionnées au point 2 dans un délai n'excédant pas vingt minutes, calculé au moyen du site public Géoportail.*

*19. Il résulte de l'instruction que, pour vérifier le respect de cette condition ainsi que pour examiner les offres au regard du deuxième des quatre critères d'appréciation prévus à l'article 14 du règlement de la consultation, soit le critère de la localisation du ou des dépôts, apprécié en fonction du délai d'intervention à hauteur de vingt-cinq points sur cent, le préfet de Seine-et-Marne s'est fondé sur les données d'un tableau établi le 6 octobre 2023 par les services de la direction des routes d'Île-de-France. Toutefois, outre que ce tableau ne mentionne aucune source, de sorte qu'il ne permet pas de s'assurer qu'il s'appuie bien, conformément aux exigences des documents de la consultation, sur des calculs de temps de trajet effectués au moyen du site public Géoportail, les données qu'il contient, alors mêmes qu'elles seraient corroborées par celles du site Mappy Itinéraires, ne correspondent pas, sur plusieurs points, à celles dont fait état la requérante. Or ces dernières données, qui sont issues,*

elles, du site Géoportail, dont la fiabilité ne saurait être remise en cause par la seule circonstance que les niveaux de service d'un autre site public en cours de déploiement, Géoplateforme, ne seraient pas garanties, et qui ont pour partie été confirmées par constat de commissaire de justice dressé le 21 novembre 2023, mettent en évidence, d'une part, que la durée des trajets entre le lieu de stockage de la société Dep'Express 77, situé 8 avenue Jean Nutall à Ferrières-en-Brie, et les PR 1+000 et PR 9+800, côté extérieur, de la N 4, s'élèvent respectivement à vingt-deux et vingt-sept minutes et que le temps de trajet entre le même lieu de stockage et le PR 10, côté extérieur, de la N 104, s'élève à vingt-cinq minutes, d'autre part, que la durée du trajet entre le lieu de stockage de la société Île-de-France Dépannage, situé 2 rue du Gravier du Bac à Saint-Thibault-des-Vignes, et le PR 9+800, côté extérieur, de la N 4, s'élève à vingt-cinq minutes et que le temps de trajet entre le même lieu de stockage et le PR 10, côté extérieur, de la N 104, s'élève à vingt-trois minutes.

20. Par suite, la société P2A Services est fondée à soutenir que les offres des sociétés Dep'Express 77 et Île-de-France Dépannage étaient irrégulières, au sens de l'article L. 3124-3 du code de la commande publique, et qu'elles auraient dès lors dû être écartées par l'autorité concédante en application des dispositions de l'article L. 3124-2 du même code.

21. Pour l'application du principe rappelé au point 3, le manquement ainsi commis aux obligations de publicité et de mise en concurrence est susceptible d'avoir lésé la requérante, dès lors qu'il est en rapport direct avec l'éviction de celle-ci, dont l'offre n'a pas été jugée irrégulière et a été classée cinquième.

En ce qui concerne l'examen des offres :

22. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : « Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. / Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire ». Aux termes de l'article R. 3124-4 du même code : " Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde, conformément aux dispositions de l'article L. 3124-5, sur une pluralité de critères non discriminatoires. Au nombre de ces critères, peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation [] ".

23. Eu égard à ce qui a été dit ci-dessus au point 19, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'ensemble des arguments dont elle fait état à l'appui de ce moyen, la société P2A Services est fondée à soutenir que l'autorité concédante, qui a notamment pris en compte des temps d'intervention inexacts pour évaluer les offres présentées par les soumissionnaires au regard du critère de la localisation du ou des dépôts, n'a pu porter sur ces offres une appréciation ayant permis de déterminer la meilleure d'entre elles, ce qui, compte tenu en particulier du classement de son offre, a

été susceptible de l'avoir lésée.

24. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu, eu égard à la nature des manquements relevés ci-dessus aux points 20 et 23, d'annuler, au stade de l'examen des offres, la procédure d'attribution du lot n° 3 du contrat de concession de la gestion du service public de dépannage et de remorquage des véhicules légers et des poids lourds circulant sur les autoroutes non concédées et les routes express situées en Seine-et-Marne dans le secteur 3 défini au point 2, cette annulation incluant celle de la décision de rejet de l'offre de la société P2A Services."

**Le juge des référés mesures-utiles peut enjoindre à l'assureur d'une personne publique de continuer à exécuter le contrat lorsqu'il persiste à vouloir le résilier :**

**CE, 4 avril 2024 (n°491068)**

"Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulon que la métropole Toulon Provence Méditerranée a conclu le 25 janvier 2021 un marché public portant sur la police d'assurance " dommages aux biens et risques annexes " avec le groupement composé des sociétés Verspieren et Groupama Méditerranée pour une durée de cinq ans. Par un courrier du 7 avril 2023, la société Groupama Méditerranée a informé le président de la métropole de sa décision de résilier ce marché à compter du 31 décembre 2023. La métropole s'est opposée, par un courrier du 21 décembre 2023, à cette résiliation et a mis en demeure la société Groupama Méditerranée de poursuivre l'exécution du marché à compter du 31 janvier 2023. La société Verspieren ayant informé la métropole du refus de la société Groupama Méditerranée de poursuivre l'exécution du marché, la métropole a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Toulon, statuant sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, d'enjoindre à la société Groupama Méditerranée de poursuivre l'exécution de ses obligations contractuelles pendant la durée strictement nécessaire au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché d'assurance, et au plus tard jusqu'au 31 décembre 2024. Par une ordonnance du 5 janvier 2024, contre laquelle la métropole Toulon Provence Méditerranée se pourvoit en cassation, le juge des référés a rejeté cette demande comme manifestement irrecevable.

3. S'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans l'exécution d'un marché public en adressant des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son cocontractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle. En pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire. En cas d'urgence, le juge des référés peut, sur le fondement des



dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

[...]

5. Il résulte de ces dispositions que l'assureur a la faculté de résilier unilatéralement le contrat à l'expiration d'un délai d'un an suivant sa conclusion, avec un préavis d'au moins deux mois. Le contrat peut prévoir une durée de préavis plus longue lorsque l'assuré est une personne morale. Ces dispositions sont applicables aux marchés publics d'assurance. Il résulte toutefois des principes généraux applicables aux contrats administratifs que lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat.

6. En jugeant que la demande que la métropole Toulouse Provence Méditerranée avait formée sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative afin qu'il soit enjoint à sa cocontractante de poursuivre l'exécution du marché en litige était manifestement irrecevable au motif que cette demande visait à obtenir une mesure définitive, alors que la mesure sollicitée, dont les effets sont bornés dans le temps et ont vocation à cesser dès que la procédure de passation d'un nouveau marché public est arrivée à son terme, présente un caractère provisoire, le juge des référés a commis une erreur de droit.

7. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi, que l'ordonnance attaquée doit être annulée.

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

9. Il résulte de l'instruction, notamment du cahier des clauses techniques particulières du marché en litige, que la police d'assurances de ce marché a pour objet de garantir l'ensemble des biens immobiliers et mobiliers appartenant à la métropole Toulon Provence Méditerranée ou dont cette dernière a la garde en vue de l'exécution des missions de service public dont elle est chargée contre divers risques, tels ceux d'incendie, d'explosion, de dégâts des eaux, de catastrophes naturelles, d'actes de vandalisme ou de terrorisme.

10. Il résulte de ce qui précède que le motif invoqué par la métropole Toulon Provence Méditerranée pour s'opposer à la résiliation par la société Groupama Méditerranée du contrat qui les lie, tiré de la nécessité que les dommages aux biens concourant au bon accomplissement des missions de service public qui lui sont confiées soient couverts par une police d'assurance, constitue un motif d'intérêt général justifiant la poursuite de l'exécution du marché en application des principes rappelés au point 5. Il résulte par ailleurs de l'instruction que le refus de la société Groupama Méditerranée d'exécuter le contrat à compter du 31 janvier 2023 priverait ces biens de garantie contre les risques mentionnés au point 9, et que cette absence d'assurance serait, dans les circonstances de l'espèce, de nature à compromettre l'exercice de certaines missions de service public en cas de sinistre majeur. Enfin, dans les circonstances de l'espèce, le délai de préavis de six mois prévu par le contrat en cas de résiliation était insuffisant pour procéder à un appel d'offres ouvert. Par suite, la mesure demandée, qui est ainsi nécessaire à la continuité des missions de service public dont est chargée la métropole, présente un caractère d'urgence et d'utilité, et ne se heurte à aucune contestation sérieuse. Dès lors qu'elle ne fait pas non plus obstacle à l'exécution d'une décision administrative, il y a lieu d'ordonner à la société Groupama Méditerranée de reprendre intégralement l'exécution des prestations auxquelles cette société est obligée par le contrat en litige, pendant la durée strictement nécessaire au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché d'assurance par la métropole Toulon Provence Méditerranée, sauf à ce que cette dernière y renonce, et au plus tard, dans les circonstances de l'espèce, jusqu'au 30 décembre 2024."

## Une transaction sur le prix d'un marché n'est pas un avenant au marché :

### CAA Douai, 19 mars 2024 (n°23DA00221)

"1. Par un acte d'engagement du 16 mai 2014, un groupement momentané conjoint d'entreprises composé des sociétés Guintoli (mandataire), EHTP, Gagneraud construction, NGE Génie civil et Siorat s'est vu confier par la chambre de commerce et d'industrie (CCI) du Havre, aux droits de laquelle est venue la CCI Seine-Estuaire, la réalisation des travaux de terrassement, d'assainissement, de chaussées, d'équipements de sécurité et d'ouvrages d'art de l'opération d'amélioration des accès au pont-route de Tancarville (lot " TOARC ") pour un montant total prévisionnel de 43 524 317,27 euros HT, soit 52 229 180,72 euros TTC. Le décompte général du marché établi pour un montant de 49 253 802,07 euros hors taxes (HT) a été contesté par le groupement titulaire, qui a saisi le tribunal administratif de Rouen. Par une ordonnance du 8 mars 2019, le président de la 4ème chambre du tribunal a désigné un médiateur. Le 2 juillet 2019, le groupement et la CCI Seine Estuaire ont signé un accord transactionnel de médiation fixant le montant du décompte général définitif à la somme de 61 000 000 euros HT. Le tribunal administratif de Rouen, saisi par la CCI Seine Estuaire le 30 septembre 2019 sur le fondement de l'article L. 213-4 du code de justice administrative, a homologué ce protocole transactionnel par un jugement n° 1903309 du 23 décembre 2019.

2. Le 30 décembre 2019, la CCI Seine Estuaire a réglé au groupement le solde du marché d'un

montant de 14 979 243,76 euros. Par un courrier du 30 janvier 2020, la société Guintoli, mandataire du groupement, a sollicité de la CCI, le versement d'une somme de 399 446,50 euros au motif que le paiement du solde avait été effectué avec 120 jours de retard par rapport à la date de paiement fixée au 31 août 2019, stipulée dans l'accord transactionnel. Elle entendait ainsi appliquer de plein droit les intérêts moratoires au taux de 8 % prévus par l'article 3.6 du CCAP du marché et des dispositions des articles L. 2192-12 à L. 2192-14 et R. 2192-31 du code de la commande publique. Par un courrier également daté du 30 janvier 2020, la société Guintoli demandait à la CCI de lui faire parvenir un courrier de mainlevée qu'elle devait ensuite transmettre à l'établissement bancaire émetteur de la garantie à première demande d'un montant fixé à la somme de 2 602 351,52 euros afin de libérer celle-ci. La CCI n'ayant pas répondu, la société Guintoli lui adressait, les 11 mars et 5 mai 2020, deux nouveaux courriers la mettant en demeure de payer les intérêts moratoires et de lui délivrer la mainlevée des garanties bancaires. Ses relances étant demeurées vaines, le 8 septembre 2020, par la voie de son conseil, le groupement a adressé à la CCI Seine Estuaire une ultime mise en demeure de payer les intérêts moratoires et de lui fournir la lettre de mainlevée de la garantie bancaire à première demande et de lui verser, en réparation des frais générés par son inertie à lui délivrer ce document, une somme de 8 876,91 euros arrêtée au 5 mai 2020. Par un courrier daté du 14 septembre 2020, le vice-président de la CCI Seine Estuaire a uniquement accepté de délivrer un certificat de mainlevée, délivré le jour même, et rejeté ses demandes indemnitaires.

3. Les sociétés membres du groupement ont demandé au tribunal administratif de Rouen de condamner la CCI Seine Estuaire à leur verser la somme de 399 446,50 euros d'intérêts moratoires contractuels au titre du retard de paiement du solde du marché, à leur verser des intérêts sur la même somme à compter du 11 mars 2020 ainsi qu'à leur verser la somme de 10 814,21 euros en réparation du préjudice subi en raison du retard pris dans la levée des garanties bancaires. Les sociétés Guintoli, EHTP, Gagneraud Construction, NGE Génie Civil et Siorat relèvent appel du jugement du 7 décembre 2022 rejetant leurs demandes.

Sur les conclusions relatives au versement d'intérêts de retard :

En ce qui concerne la demande de versement d'une somme de 399 446,50 euros au titre des intérêts moratoires au taux contractuel dus sur le solde du marché :

4. Aux termes de l'article 2044 du code civil : " La transaction est un contrat par lequel les parties, par des concessions réciproques, terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître. / Ce contrat doit être rédigé par écrit. ". Aux termes de l'article 1231-6 du même code : " Les dommages et intérêts dus à raison du retard dans le paiement d'une obligation de somme d'argent consistent dans l'intérêt au taux légal, à compter de la mise en demeure. / Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. /Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts de l'intérêt moratoire. ". Par ailleurs, aux termes de l'article L. 2192-14 du code de la commande publique : " Toute renonciation à paiement des intérêts moratoires est réputée non écrite ".

5. Il résulte de l'instruction que, pour mettre un terme définitif au différend les opposant en ce qui concerne le règlement du solde du marché de travaux réalisés au titre de l'amélioration des accès au pont-route de Tancarville, la CCI Seine Estuaire et le groupement titulaire constitué des sociétés Guintoli (mandataire), EHTP, Gagneraud construction, NGE Génie civil et Siorat ont signé, le 18 avril 2019, une convention de médiation sur le fondement de l'article L. 213-1 du code de justice administrative. A l'issue du processus de médiation, les parties sont parvenues à un accord amiable, formalisé dans un document intitulé " accord transactionnel de médiation " signé le 2 juillet 2019, par lequel elles ont consenti à des concessions réciproques et fixé, forfaitairement et définitivement pour solde de tous comptes en principal et intérêts, le montant global du marché à un nouveau montant hors taxes de 61 millions d'euros incluant les reprises de réserves, les révisions de prix et les intérêts moratoires, calcul arrêté au 30 juin 2019 pour un règlement prévu au plus tard le 31 août 2019.

6. Si, par la voie de cet accord, les parties ont décidé de modifier le montant du décompte général du marché notifié par la CCI le 20 décembre 2017, elles ne sauraient pour autant être regardées comme ayant eu l'intention de modifier ou de prolonger le marché initial dès lors qu'il résulte de l'instruction, notamment des termes mêmes de l'accord, que son seul objet était de mettre fin à toute contestation concernant le règlement du marché, les parties s'engageant à renoncer définitivement à toute procédure concernant ce litige. Par suite, comme l'a retenu à bon droit le tribunal, cet accord transactionnel constitue un contrat autonome, distinct du contrat de marché public, qui se trouve ainsi régi par les dispositions du code civil et non par les dispositions du code de la commande publique et les stipulations contractuelles du marché conclu entre les parties. Il en résulte que les intérêts résultant du retard de paiement de la CCI Seine Estuaire ne peuvent donner lieu, le cas échéant, qu'au versement des intérêts moratoires au taux légal prévus par le code civil dans les conditions rappelées au point 4. Dans ces conditions, les appelantes ne sont pas fondées à soutenir qu'en jugeant que, du fait de l'inexécution de cet accord, le retard de paiement du solde du marché au regard de la date limite fixée au 31 août 2019 par la transaction était seulement susceptible de donner lieu à l'application d'intérêts au taux légal, le tribunal a méconnu l'interdiction d'ordre public, posée par le code de la commande publique, de renoncer au paiement des intérêts moratoires.

En ce qui concerne la demande de paiement d'intérêts au taux légal :

7. Lorsqu'ils ont été demandés, et quelle que soit la date de cette demande, les intérêts moratoires dus en application de l'article 1231-6 du code civil courent à compter du jour où la demande de paiement du principal est parvenue au débiteur ou, en l'absence d'une telle demande préalablement à la saisine du juge, à compter du jour de cette saisine.

8. Il est constant que le solde du marché d'un montant de 14 979 243,76 euros a été réglé le 30 décembre 2019 au groupement par la CCI Seine Estuaire. Or, il ne résulte pas de l'instruction qu'avant l'intervention de ce paiement correspondant à la créance principale détenue par le groupement dont la société Guintoli est le mandataire, cette dernière aurait adressé à la CCI une demande aux fins de règlement du solde du marché, fixé au 31 août 2019 par l'accord transactionnel signé le 2 juillet 2019. Par suite, c'est à bon droit que les premiers juges ont rejeté la demande des sociétés appelantes tendant au paiement des intérêts dus en application de l'article 1231-6 du code civil."

## Pas de bouée de sauvetage pour le titulaire noyé par l'inflation du prix du thon :

**CAA Paris, 5 mars 2024 (n°21PA06640)**

1. Dans le cadre de la campagne 2016 du Fonds européen d'aide aux plus démunis (FEAD 2016), l'établissement public FranceAgriMer a lancé en décembre 2015 une procédure de consultation en vue de la conclusion d'un marché public de fourniture et de livraison de produits alimentaires aux associations caritatives. Par deux actes d'engagement signés le 17 mai 2016, FranceAgriMer a attribué les lots nos 272 et 340 portant sur la fourniture de thon entier naturel, à la société Nouvelle Laiterie de la Montagne (SNLM). Ces deux marchés étaient conclus pour une durée comprise entre le 17 mai 2016, date de leur notification, et le 31 décembre 2017, avec une livraison des produits au plus tard le 15 février 2017. Le 13 janvier 2017, la société SNLM a informé FranceAgriMer de ce qu'elle rencontrait des difficultés pour exécuter le marché, en raison de la situation sur le marché mondial du thon, et a sollicité une hausse des prix de 18% ou un report de la date de livraison. FranceAgriMer a, le 30 janvier suivant, rejeté sa demande. La société a réitéré cette demande les 10 et 20 février suivants, sans succès. Par deux courriers du 10 octobre 2017, FranceAgriMer a ouvert deux procédures contradictoires en vue de l'application des sanctions prévues par le cahier des charges. La société a présenté ses observations le 25 octobre 2017. Par un courrier du 14 novembre suivant, FranceAgriMer l'a informée de ce qu'il entendait faire application de la sanction contractuelle prévue à l'article 10.1.b du cahier des charges, en cas de non-respect de l'obligation de livraison des quantités prévues, en mettant à sa charge deux pénalités de 178 579,94 euros pour le lot n°272, et de 21 540,99 euros pour le lot n°340, et en l'invitant à lui payer ces deux sommes. Le recours gracieux de la société contre cette décision a été rejeté le 18 avril 2018.

2. Par deux titres de perception datés du 20 novembre 2018, qui n'étaient pas signés, FranceAgriMer a, à nouveau, informé la société du rejet de ses observations du 25 octobre 2017 tendant à ce que les pénalités pour non-respect de l'obligation de livraison ne soient pas appliquées, et l'a, de nouveau, invitée à lui payer, au titre de ces pénalités, une somme de 178 579,94 euros pour le lot n° 272, et une somme de 21 540,99 euros pour le lot n° 340. Toutefois, par un courrier électronique du 21 novembre 2018, la cheffe de l'unité « Interventions sur les marchés et dans les écoles » de FranceAgriMer a informé la société de ce que ces courriers lui avaient été « envoyés par erreur », et " n'auraient pas dû [lui] être transmis sous cette forme ". Puis, le 27 novembre 2018, FranceAgriMer a informé la société du retrait de sa décision du 14 novembre 2017 et de sa décision du 18 avril 2018. Par deux décisions valant titre exécutoire datées du même jour, FranceAgriMer a, à nouveau, informé la société du rejet de ses observations du 25 octobre 2017, et l'a invitée à lui payer, au titre des pénalités, les sommes de 178 579,94 euros et de 21 540,99 euros.

3. La société SNLM a demandé au tribunal administratif de Montreuil d'annuler les quatre titres de perception émis les 20 et 27 novembre 2018 et, par voie de conséquence, de la décharger de l'obligation de payer ces pénalités. Elle fait appel du jugement du 28 octobre 2021 par lequel le tribunal administratif a rejeté sa demande.

[...]

Sur le bien fondé du jugement attaqué :

8. En troisième lieu, lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

9.[...] / V.- Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au IV du présent article ".

10. Il est constant que les marchés conclus entre FranceAgriMer et la société SNLM ne comportaient pas de clause de révision de prix, alors que la durée d'exécution de ces marchés était supérieure à trois mois, et que l'exécution de ces mêmes marchés, qui avait pour objet la fourniture de thon entier naturel, nécessitait le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations des cours mondiaux. En l'absence de clause de révision de prix, ces marchés étaient donc entachés d'illégalité.

11. Toutefois, contrairement à ce que soutient la société SNLM, l'absence d'une clause de révision de prix ne rend pas illicite le contenu même du contrat, et ne constitue pas un vice d'une particulière gravité, de nature à justifier que le contrat soit écarté et à faire obstacle à ce que le litige soit réglé sur le terrain contractuel. La société SNLM n'est donc pas fondée à se prévaloir de l'illégalité entachant, en l'absence d'une telle clause, les marchés qu'elle a conclus avec FranceAgriMer, pour solliciter la décharge des pénalités d'inexécution qui lui ont été infligées sur le fondement de ces contrats.

12. En quatrième lieu, si la société SNLM soutient que l'augmentation très importante des cours du thon a créé une situation de force majeure de nature à justifier l'inexécution de ses obligations contractuelles et à faire obstacle à l'application des pénalités de non-exécution, en indiquant que le cours du thon était d'environ 1 000 dollars la tonne au moment du dépôt des offres en janvier 2016, et de 1 800 dollars la tonne en février 2017, période prévue pour les dernières livraisons, il est constant que le prix d'une tonne de produit fini convenu dans le contrat s'élevait à 4 880 euros HT pour le lot n°272, et à 4 980 euros HT pour le lot n°340. De plus, ainsi que les premiers juges l'ont relevé à juste titre, la société n'a produit devant eux aucun élément relatif aux autres composantes du prix de revient des conserves livrées, ou au montant des pertes auxquelles elle s'exposait en poursuivant l'exécution du contrat, de nature à démontrer qu'elle se serait trouvée confrontée à des difficultés présentant un caractère irrésistible caractérisant une situation de force majeure. Or, le message de son fournisseur daté du 13 avril 2016, selon lequel le prix de la matière première représenterait 65% du prix final du produit, et les informations d'ordre général sur les conséquences

des modifications affectant le courant «El Nino», et du séisme survenu le 16 avril 2016 en Equateur, sur la pêche et le commerce du thon, qu'elle produit devant la Cour, sont insuffisants pour démontrer qu'elle se serait trouvée confrontée à de telles difficultés. Enfin, si elle soutient en appel que son fournisseur aurait été obligé de réduire les quantités fournies, les divers courriers électroniques qu'elle produit, ne permettent pas de confirmer cette réduction. Dans ces conditions, elle n'est pas fondée à faire état d'une situation de force majeure faisant obstacle à l'exécution du contrat et à l'application des pénalités en litige.

13. En cinquième lieu, aux termes de l'article 10.1.b du cahier des charges, relatif aux pénalités de non-exécution : «En cas de non-respect de l'obligation de livraison des quantités prévues de produits alimentaires à l'association caritative, le pouvoir adjudicateur applique, sans mise en demeure préalable et après ouverture d'une procédure contradictoire, une sanction calculée de la façon suivante : / i. Si 40% ou plus des livraisons prévues sont concernées : / 25% x (prix produit x quantités en cause) / ii. Si moins de 40 % des livraisons prévues sont concernées : / 20% x (prix produit x quantités en cause)».

## **La résiliation pour motif d'intérêt général avec effet différé d'une concession aéroportuaire et les modifications des conséquences indemnitaires de cette résiliation :**

### **TA Nantes, 10 avril 2024 (n°1913502)**

"1. Par une convention de concession approuvée par le décret du 29 décembre 2010 approuvant la convention passée entre l'Etat et la société concessionnaire Aéroports du Grand Ouest pour la concession des aérodromes de Notre-Dame-des-Landes, Nantes-Atlantique et Saint Nazaire-Montoir et le cahier des charges annexé à cette convention ainsi que les documents annexés à ce cahier des charges, l'Etat a confié à la société Aéroports du Grand Ouest (AGO), société détenue à hauteur de 85% par le groupe Vinci dont l'objet social est limité à l'exécution de la concession, d'une part la construction et l'exploitation d'un nouvel aéroport à Notre-Damedes-Landes (Loire-Atlantique), et d'autre part l'exploitation des deux aéroports existants de Nantes-Atlantique et de Saint-Nazaire Montoir. La convention de concession prévoit que l'exploitation de l'aéroport de Nantes-Atlantique cesserait à partir de la mise en service de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes. Or, par une décision du 17 janvier 2018, l'Etat a renoncé au projet de construction d'un nouvel aéroport à Notre-Dame-des-Landes et, par un arrêté du 24 octobre 2019, il a prononcé la résiliation de la concession. Le deuxième alinéa de l'article 1er de cet arrêté prévoit que cette résiliation prendra effet « à la plus tardive des deux dates entre la date d'entrée en vigueur de la convention de concession à conclure avec le nouveau concessionnaire des aérodromes de Nantes-Atlantique et de Saint-Nazaire Montoir et la date de notification à ce dernier du certificat prévu à l'article L. 6331-3 du code des transports. ». Au jour du présent jugement, la nouvelle convention de concession n'a pas été conclue, de sorte que

la société AGO continue à exploiter les aéroports existants en vertu de la convention de concession approuvée le 29 décembre 2010. Dans sa requête, la société AGO demande au tribunal d'ordonner une expertise avant dire droit sur le calcul du manque à gagner, ainsi que, à titre principal, de déclarer irrégulier l'arrêté du 24 octobre 2019, de requalifier la résiliation prononcée en une résiliation pour faute de l'Etat et de condamner l'Etat à lui verser la somme de 1 599 079 001 euros, et à titre subsidiaire, de condamner l'Etat à lui verser la somme de 1 413 157 000 euros. Sur la portée des conclusions et les fins de non-recevoir soulevées :

2. En premier lieu, dès lors que la résiliation, même si elle n'a pas encore pris effet, a été prononcée par l'arrêté du 24 octobre 2019, et que le recours de la société AGO ne tend pas à la reprise des relations contractuelles, ses conclusions principales tendant à ce que ledit arrêté soit déclaré irrégulier et à ce que la convention de concession soit résiliée pour faute de l'Etat doivent être regardées comme tendant seulement à obtenir une indemnité en réparation des préjudices subis du fait du caractère non fondé de la résiliation prononcée. Ses conclusions subsidiaires tendent, quant à elles, à obtenir une indemnité pour la résiliation prononcée pour un motif d'intérêt général, et la requérante conteste, dans ce cadre, les modalités de calcul de cette indemnité prévues par l'arrêté du 24 octobre 2019. Dans cette mesure, les fins de non-recevoir soulevées par l'Etat tirées de l'irrecevabilité des conclusions qui tendraient à l'annulation de l'arrêté du 24 octobre 2019 doivent être écartées.

[...]

Sur le fond :

5. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, l'autorité concédante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier un contrat de concession, sous réserve des droits à indemnité du concessionnaire. L'étendue et les modalités de cette indemnisation peuvent être déterminées par les stipulations du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé.

S'agissant du bien-fondé de la résiliation :

6. Il résulte de l'instruction, et notamment de la déclaration du Premier ministre du 17 janvier 2018, que l'abandon du projet de construction d'un nouvel aéroport à Notre-Dame-des Landes a été décidé en prenant en compte la situation de blocage née des fortes oppositions et intenses divisions autour du projet et les réalités économiques du développement des transports et de l'organisation aéroportuaires, lesquelles ont changé depuis la conception du projet il y a cinquante ans et sa redéfinition il y a vingt ans. Ainsi, cette décision, après que l'Etat a essayé pendant plusieurs années de mener à bien le projet prévu par la concession en dépit des fortes tensions et oppositions exprimées, tout en préservant les différents intérêts publics en présence, obéit à des considérations d'intérêt général et ne peut être regardée comme fautive. La résiliation litigieuse, rendue nécessaire par ce renoncement au projet de nouvel aéroport, a donc bien été décidée pour des motifs d'intérêt général,



nonobstant les circonstances que le projet aurait été reconnu d'utilité publique et que le rapport de la mission de médiation aurait mal anticipé l'évolution du trafic aérien. En outre, et en tout état de cause, le contrat de concession prévoit explicitement, dans son article 4.D : « V. – Le renoncement de l'Etat au projet de l'aérodrome NDDL est assimilé à une résiliation de la concession pour motif d'intérêt général. (...) ». Par suite, la société AGO n'est pas fondée à demander que la résiliation prononcée le 24 octobre 2019 soit requalifiée en résiliation aux torts de l'Etat. Il suit de là que les conclusions principales de la requérante tendant à être indemnisée des préjudices subis du fait du caractère non fondé, et par suite fautif, de la résiliation prononcée le 24 octobre 2019, doivent être rejetées.

S'agissant des modalités de la résiliation :

7. D'une part, la société AGO conteste la modification apportée au dernier alinéa du II de l'article 81 par l'arrêté de résiliation du 24 octobre 2019 pour prévoir que l'indemnité de résiliation est payable, à hauteur de 30% à la date de prise d'effet de la résiliation et à hauteur de 70% six mois après cette même date. Toutefois cette modification constitue la seule interprétation du contrat de nature à le rendre applicable, dès lors, qu'ainsi qu'il a été dit, la résiliation a été prononcée à effet différé, hypothèse qui n'est pas prévue par le contrat, que la date d'effet de celle-ci dépend de la désignation d'un nouveau concessionnaire, et enfin que le montant de l'indemnité de résiliation ne peut être déterminé sans connaître cette date d'effet. Par suite, cette interprétation, rendue nécessaire par la résiliation prononcée le 24 octobre 2019, ne peut être regardée comme une modification unilatérale du contrat. Il suit de là que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que cette interprétation serait irrégulière, fautive et de nature à ouvrir droit à une indemnisation.

[...]

S'agissant des conclusions indemnitaires présentées à titre subsidiaire liées à la résiliation de la concession pour un motif d'intérêt général :

13. Les stipulations du V de l'article 4.D du cahier des charges annexé à la convention prévoient qu'en cas de renonciation de l'Etat au projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, « le concessionnaire a droit à une indemnité calculée selon les modalités définies par le II de l'article 81 ». Le II de l'article 81 stipule : « En cas de rachat ou de résiliation, le concessionnaire a droit à une indemnité dont le montant est égal à l'intégralité : / a) De l'encours des financements privés externes ; / b) Des coûts ou, le cas échéant, des gains de rupture des instruments de couverture ; / c) De l'encours des fonds propres et des quasi-fonds propres injectés réellement préalablement à la date de résiliation par les actionnaires du concessionnaire ; / d) Du manque-à-gagner diminué de l'encours des fonds propres et des quasi-fonds propres injectés préalablement à la date de résiliation par les actionnaires du concessionnaire tels qu'ils apparaissent dans l'annexe 18 puis majoré de l'impôt sur les sociétés au taux légal en vigueur, étant entendu que ce terme sera égal à zéro si son calcul donne un résultat négatif ; / e) Des frais raisonnables et justifiés de résiliation éventuelle des contrats relatifs aux financements privés externes et aux financements relais externes dont le remboursement a vocation à être financé par des personnes détenant directement ou indirectement une fraction du capital social ou des droits de vote du concessionnaire ; / f) Du montant des frais raisonnablement encourus et

dûment justifiés par le concessionnaire pour la résiliation anticipée des contrats passés avec ses prestataires. (...) / Le manque-à-gagner est calculé de la manière suivante : A. – Si la résiliation ou le rachat intervient avant le deuxième anniversaire de la date de mise en service de NDDL (...) / B – Si la résiliation ou le rachat intervient postérieurement au deuxième anniversaire de la date de mise en service de NDDL (...) C.- Si la résiliation ou le rachat intervient à compter de la 32ème année suivant l'entrée en vigueur de la concession (...) ».

[...]

15. En deuxième lieu, il résulte des stipulations contractuelles précitées que si l'article 4.D renvoie au II de l'article 81 pour le calcul de l'indemnité due en cas de renoncement au projet de construction de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, les stipulations du II de l'article 81, lesquelles ont vocation à s'appliquer indifféremment aux cas de rachat et de résiliation pour motif d'intérêt général de la concession, renvoient, pour le calcul du manque à gagner, à trois modalités différentes selon le délai écoulé depuis la date de mise en service de NDDL visée au I de l'article 4.D. L'absence de toute mise en service empêche de calculer ledit délai et par suite d'appliquer l'une des modalités de calcul du manque à gagner prévues par les stipulations du II. Au demeurant l'application de la formule de calcul du manque à gagner prévue au A précité pour un rachat ou une résiliation moins de deux ans après la mise en service du nouvel aéroport, qui figure dans les tableaux du modèle financier de la concession dont se prévaut la requérante, conduirait l'Etat à lui verser une indemnité manifestement disproportionnée au regard des investissements effectivement réalisés, de nature à constituer une libéralité. Il suit de là que, si les dépenses exposées peuvent être calculées selon les modalités prévues par ces stipulations, le gain manqué doit faire l'objet d'une juste appréciation, dans le cadre rappelé au point 5 du présent jugement.

16. En troisième lieu, ainsi qu'il a été dit, la société AGO continue d'exploiter les aéroports de Nantes-Atlantique et de Saint-Nazaire-Montoir et la date de prise d'effet de la résiliation décidée le 24 octobre 2019 dépend de la conclusion d'une nouvelle concession d'exploitation de ces aéroports. En outre, à la date du présent jugement, la société AGO ou les sociétés qui détiennent son capital sont susceptibles d'être chargées, dans un délai raisonnable, de la nouvelle concession. Dans ces conditions, le préjudice lié au manque à gagner ne peut, à la date du présent jugement, être déterminé. Son existence et son étendue dépendent de l'issue de la procédure de passation d'une nouvelle concession et de la date de prise d'effet de la résiliation décidée le 24 octobre 2019. Par suite, il y a lieu de surseoir à statuer sur la question de l'existence et de l'étendue du préjudice lié au manque à gagner jusqu'à la conclusion de la nouvelle concession et la prise d'effet de la résiliation litigieuse.

17. En quatrième lieu, les parties s'entendent pour considérer qu'aucune somme n'est due en application des a, b et e des stipulations du II de l'article 81 citées ci-dessus et que 9 millions d'euros sont dus au titre des fonds propres injectés par les actionnaires en application du c des mêmes stipulations. Si la requérante demande 11 803 000 euros au titre du f pour l'indemnisation du gain manqué par son co-contractant, la société GCC, en vertu d'un contrat de conception-réalisation conclu le 2 mai 2012, il ne résulte de l'instruction ni que ledit contrat aurait été résilié, ni que la société AGO aurait versé une indemnité à la société GCC. Il y a donc lieu de surseoir à statuer sur

*l'existence et l'étendue du droit à indemnisation au titre du f jusqu'à la prise d'effet de la résiliation du contrat, dans les mêmes conditions que celles précisées au point 16 ci-dessus.*

*18. En cinquième lieu, les stipulations du II de l'article 83 du cahier des charges de la concession prévoient, dans ses quatre derniers alinéas : « Par ailleurs, à la date de fin normale ou anticipée de la concession, le concessionnaire a droit à une indemnité correspondant : / - à la valeur nette comptable à la date de fin de la concession des biens affectés aux missions mentionnées aux article L. 6332-3 et L. 6341-2 du code des transports sur les aéroports de NA, SN et NDDL ; / - à la valeur d'acquisition des biens acquis par le concessionnaire au titre de l'article 4.I, diminuée de la valeur de revente des biens acquis par le concessionnaire préalablement à la date de fin anticipée du contrat de concession. Le concessionnaire présente au concédant l'ensemble des justificatifs correspondant. / Cette indemnité est majorée, le cas échéant, de la TVA à reverser au Trésor public ».*

*19. Ainsi qu'elle le demande, la requérante a droit à la valeur non amortie des biens de retour tels que définis par ces stipulations. Toutefois, comme précédemment, le montant de l'indemnité due à ce titre ne pourra être fixé qu'à la date de prise d'effet de la résiliation et son versement dépend de la désignation du futur concessionnaire, lequel aura in fine la charge desdits biens, en vertu de l'annexe 1 à l'arrêté du 30 décembre 2009 relatif aux modalités de déclaration des exploitants d'aérodromes pour l'établissement du tarif passager de la taxe d'aéroport. Il y a donc lieu de surseoir également à statuer sur ce point. 20. Il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu, d'une part, de rejeter les conclusions principales de la société AGO tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser la somme de 1 599 079 001 euros, d'autre part, de rejeter les conclusions subsidiaires de la société AGO tendant à la condamnation de l'Etat à lui verser la somme de 158 905 000 euros en réparation de préjudices nés de l'exécution du contrat, et la somme de 86 600 000 euros en réparation de préjudices nés de la décision du 10 mai 2021, et enfin, de surseoir à statuer sur les autres conclusions subsidiaires de la société AGO dans les conditions précisées par le présent jugement et sans qu'il soit nécessaire, à la date du présent jugement, d'ordonner une expertise avant dire droit, ainsi que sur les frais d'instance demandée par les parties, jusqu'à la conclusion d'un nouveau contrat de concession et la prise d'effet de la résiliation de la concession en cours."*

## **La résiliation d'une concession de Casino en raison d'un montage trop favorable au bénéfice d'un candidat :**

**TA Marseille, 8 avril 2024 (n°2307694)**

*1. Par un contrat signé le 14 février 2023, la commune de La Ciotat a délégué le service public des jeux de casino municipal à la société Pleinair casino à compter du 10 juin 2023, pour une durée de douze années. Le préfet des Bouches-du-Rhône demande au tribunal d'annuler ce contrat ou, subsidiairement, de le résilier.*

Sur la validité du contrat en litige :

9. L'article 2 du cahier des charges de la délégation de service public en litige prévoit que « Aucun bien immobilier ou mobilier ne sera mis à disposition du délégataire par le délégant. En effet, le bâtiment où est actuellement exécutée la convention de délégation de service public pour l'exploitation des jeux de casino en cours, n'est pas propriété de la Commune délégante, ni de la société actuellement délégataire, mais du groupe Partouche Immobilier. Le bien ne relève donc pas du domaine public mais de la propriété privée. L'actuel délégataire est lié via un bail commercial avec une société tierce du même groupe pour l'occupation du bâtiment. Aussi et compte tenu de l'absence de lien juridique entre la société propriétaire du bâtiment et la commune, le bâtiment ne peut pas être considéré comme un bien de retour et doit donc rester propriété d'un tiers, bien qu'hébergeant une activité de service public. En application des dispositions du cahier des charges de la concession pour l'exploitation des jeux de casino signé le 10 juin 2004 et en cours d'exécution, l'exploitation du casino dans le bâtiment affecté à cette activité doit être maintenue. En conséquence, il devra être consenti par le propriétaire bailleur, un bail au délégataire qui sera retenu à l'issue de la présente procédure. Le bâtiment abritant le casino sera dédié exclusivement à la gestion et à l'exploitation des jeux de casino et des activités annexes (animation et restauration) et permettra de garantir la compétitivité et l'attractivité du casino de La Ciotat, dans les conditions prévues par le présent cahier des charges. Le candidat présentera dans son offre, copie du bail consenti par le propriétaire des locaux qui seront occupés pour l'activité de casino ou tout titre l'habilitant à occuper le bâtiment proposé ».

10. D'une part, il résulte de ces stipulations que, contrairement à ce que fait valoir la société Pleinair casino, la commune a obligé les candidats à la délégation de service public des jeux de casino municipal à exploiter ce service dans le bâtiment abritant le casino, propriété de la société Partouche immobilier qui fait partie du groupe Partouche. Il est constant que la société Pleinair casino, délégataire sortant, et unique candidat à la délégation de service public en litige, titulaire d'un bail commercial, prorogé par un avenant du 11 octobre 2022 jusqu'au 30 juin 2035, fait également partie du groupe Partouche. À cet égard, la société Pleinair casino ne peut sérieusement faire valoir que le seul lien qui l'unirait avec la société Partouche immobilier serait le lien juridique constitué par ce contrat de bail, dès lors qu'il résulte de l'instruction que le représentant du groupe Partouche au sein du conseil d'administration de la société Pleinair casino est également le directeur général de la société Partouche immobilier, et que le président de cette dernière société est également membre du conseil d'administration de la société Pleinair casino. Ainsi, la société Pleinair casino entretient des liens économiques privilégiés avec la société Partouche immobilier.

11. D'autre part, il résulte également de ces stipulations que les candidats devaient présenter dans leur offre un titre les habilitant à occuper le bâtiment dont la société Partouche immobilier est propriétaire, sans que ces stipulations, contrairement à ce que fait valoir la commune, n'oblige cette société ni à consentir un tel titre, ni à consentir des conditions de location identiques pour tous les candidats à la concession. En effet, il ne résulte pas de l'instruction que la société Partouche immobilier serait tenue d'une quelconque manière par la stipulation selon laquelle « il devra être consenti par le propriétaire bailleur, un bail au délégataire », en l'absence d'engagement de sa part de respecter le cahier des charges de la délégation de service public.

12. Il en résulte que la société Partouche immobilier était juridiquement en mesure, d'une part, d'empêcher un candidat de présenter un dossier de candidature complet, et, d'autre part, de proposer aux candidats autres que la société Pleinair casino des conditions de location moins favorables que celles consenties à cette dernière par le bail commercial les liant depuis le 1<sup>er</sup> juin 2017, et qu'ainsi, la commune de La Ciotat n'a pas pris, comme le fait valoir le préfet des Bouches-du-Rhône, les précautions nécessaires afin que les intérêts liant le délégataire sortant, et candidat au renouvellement de sa délégation, au propriétaire des murs du casino, ne soient pas susceptibles de porter atteinte d'une part aux principes de liberté d'accès à la délégation de service public, et, d'autre part, au principe d'égalité de traitement des candidats. Le contrat en litige est dès lors entaché d'un vice tenant à la méconnaissance de ces principes.

13. Aux termes de l'article L. 3123-10 du code de la commande publique : « L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens./ Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession ».

14. Si les dispositions de l'article L. 2141-10 du code de la commande publique, invoquées par le préfet des Bouches-du-Rhône, ne sont applicables qu'aux marchés publics, il doit toutefois être regardé comme ayant entendu invoquer les dispositions précitées.

15. Le principe d'impartialité, qui implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat, fait partie des principes généraux du droit qui s'imposent aux autorités concédantes comme à toute autorité administrative. Il s'ensuit que la société Partouche immobilier, la société Pleinair casino ou encore le groupe Partouche, ne faisaient pas partie des personnes tenues à l'impartialité et à l'indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de délégation de service public en cause et, dès lors, le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'impartialité par ces sociétés est inopérant et doit être écarté.

[...]

Sur les conséquences des vices constatés :

19. Les vices du contrat tenant à la méconnaissance des principes de liberté d'accès à la délégation de service public, et d'égalité de traitement des candidats ne relèvent pas des vices du consentement ou de tout autres vices d'une particulière gravité, dès lors qu'en l'état de l'instruction la commune de La Ciotat ne peut être regardée comme ayant eu l'intention de favoriser l'attributaire du contrat, et, par suite, les conclusions présentées par le préfet des Bouches-du-Rhône aux fins d'annulation doivent être rejetées.

20. Toutefois, l'importance et les conséquences des vices constatés, qui ne sont pas susceptibles d'être

*régularisés, tenant aux principes mêmes de la commande publique et qui étaient susceptibles de restreindre et fausser la concurrence, s'opposent à la poursuite de l'exécution du contrat, qu'il convient de résilier dès lors que cette mesure, s'agissant d'un service non essentiel, et alors qu'une procédure de passation régulière peut avoir lieu, ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général.*

*21. Il convient toutefois, au regard de l'impossibilité légale pour la commune de reprendre l'exploitation des jeux de casino en régie, des conséquences immédiates d'une mesure de résiliation pour les salariés de la société Pleinair casino, des conséquences en matière d'attractivité de la commune au cours de la saison estivale, des pertes fiscales dues à la fermeture du casino, et au regard des délais nécessaires pour la passation d'une nouvelle délégation de service public et l'obtention, le cas échéant, d'une licence d'exploitation des jeux par un nouveau délégataire, de prononcer la résiliation du contrat en litige à compter du 31 décembre 2024."*

## **L'indemnité d'imprévision dans l'exécution d'une concession recouvre le déficit d'exploitation pendant la période de troubles :**

**TA Dijon, 25 janvier 2024 (n°2102179)**

*"1. La commune de Dijon a confié l'exploitation du parc des expositions et du palais des congrès à l'association du parc des expositions et des congrès de Dijon-Dijon Congrexpo par un contrat de délégation de service public conclu le 30 janvier 2019 pour une période initiale allant du 4 février 2019 au 31 décembre 2022. Par des avenants conclus les 29 décembre 2022 puis 13 février 2023, ce contrat a été prolongé jusqu'au 15 avril 2023. L'association Dijon Congrexpo avait ainsi la charge de la gestion, de l'animation, de la promotion et de la commercialisation des ouvrages délégués. En raison de la crise sanitaire provoquée par la pandémie de covid-19, l'association Dijon Congrexpo, arguant d'une baisse substantielle de son activité, a sollicité de la commune de Dijon, par réclamation du 26 avril 2021, le versement d'une indemnité d'imprévision chiffrée à 1 642 493 euros HT, montant estimé de son déficit global d'exploitation entre le 17 mars 2020 et le 31 décembre 2020. Cette réclamation ayant donné lieu à une décision implicite de rejet, l'association Dijon Congrexpo demande au tribunal de condamner la commune de Dijon à lui verser une indemnité du même montant.*

*Sur les conclusions à fin de condamnation :*

*En ce qui concerne le cadre juridique applicable :*

*2. Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Le concessionnaire est alors en droit de*

*réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles.*

*En ce qui concerne le principe de responsabilité :*

*3. En premier lieu, il n'est pas contesté par la commune de Dijon que la crise sanitaire résultant de la pandémie de covid-19 présente un caractère extérieur aux parties et que l'association requérante a, en dépit de la forte baisse de son activité induite par cette crise, continué d'exécuter le contrat de délégation de service public.*

*4. En deuxième lieu, il n'est pas contesté par la commune de Dijon que la crise sanitaire de la Covid-19, aux conséquences économiques exceptionnelles, présente le caractère d'un événement imprévisible.*

*5. En dernier lieu, il résulte de l'instruction et n'est pas contesté, sur le principe, par la commune de Dijon qu'entre les exercices comptables des années 2019 et 2020, l'association requérante a subi une nette dégradation de ses résultats financiers compte tenu de l'arrêt quasiment intégral de ses activités du fait des mesures sanitaires adoptées par les autorités publiques afin d'endiguer la pandémie. Ainsi, alors qu'elle avait enregistré un bénéfice de 865 695 euros HT entre le 4 février 2019 et le 31 décembre 2019, elle a subi un déficit global d'exploitation de 1 682 328 euros HT à la même période sur l'année 2020 et un déficit de 1 642 493 euros HT entre le 17 mars 2020 et le 31 décembre 2020. Or, le compte d'exploitation prévisionnel, annexé au contrat de délégation de service public, augurait pour l'année 2020 un déficit prévisionnel de seulement 480 068 euros. Dans ces conditions, la crise sanitaire ayant fait subir à la cocontractante de la commune de Dijon un déficit global d'exploitation plus de trois fois supérieur à ce qui était envisagé pour l'année 2020, elle doit être regardée comme ayant entraîné, dans les circonstances de l'espèce, le bouleversement de l'économie générale du contrat de délégation de service public.*

*6. L'allégation de la commune de Dijon selon laquelle l'association requérante aurait globalement réalisé un bénéfice sur l'ensemble de la durée d'exécution du contrat, outre qu'elle n'est pas établie et au contraire démentie par les pièces du dossier, demeure en tout état de cause sans incidence sur le droit pour la requérante d'obtenir une indemnité d'imprévision au titre du bouleversement temporaire de l'économie général de son contrat durant l'année 2020. La commune de Dijon ne peut pas davantage utilement soulever les dispositions de la circulaire n°6374/SG du 29 septembre 2022 et une réponse gouvernementale à une question parlementaire, lesquelles sont dépourvues de tout caractère normatif.*

*7. Compte tenu des critères identifiés au point 2 et de ce qui a été dit aux points 3 à 6 ci-dessus, l'association Dijon Congrexpo est fondée à demander, sur le fondement contractuel, l'engagement de la responsabilité sans faute de la commune de Dijon au titre de l'imprévision.*

*En ce qui concerne l'évaluation de l'indemnité d'imprévision :*

*S'agissant du montant du déficit global :*

*8. En premier lieu, la commune de Dijon fait valoir que la période de référence d'évaluation du montant du déficit d'exploitation doit être initiée à compter de la date à laquelle l'association requérante a subi un bouleversement de l'économie générale du contrat et ne correspond pas nécessairement à la date du 17 mars 2020. Toutefois, la commune, qui ne suggère d'ailleurs aucune date alternative de commencement de la période d'indemnisation, ne conteste pas sérieusement que la brutale aggravation du déficit global d'exploitation de sa délégataire de service public correspond effectivement au 17 mars 2020, date à laquelle a débuté le premier confinement décrété par le gouvernement pour faire face à la pandémie mondiale de covid-19, qui a empêché l'organisation de toute manifestation au sein des équipements publics confiés à l'association requérante. Par ailleurs, il n'est pas contesté que cette dernière a connu entre le 17 mars 2020 et le 31 décembre 2020 une forte baisse continue de son activité en raison de la situation sanitaire, laquelle a particulièrement impacté le secteur des activités événementielles jusqu'à la fin de l'année 2020. Dans ces conditions, il y a lieu de fixer la période de responsabilité du 17 mars 2020 au 31 décembre 2020.*

*9. En second lieu, d'une part, contrairement à ce que soutient la commune de Dijon, le montant du déficit global d'exploitation résultant de la crise sanitaire de la covid-19, qui détermine l'assiette de calcul du montant de l'indemnité d'imprévision, ne peut être valablement calculé en tenant compte du déficit anticipé par le compte prévisionnel annexé au contrat de délégation de service public dès lors que les projections économiques de ce document, en tant que tel dépourvu de portée contractuelle, ont été immédiatement démenties par la réalité de l'activité économique de l'association Dijon Congrexpo, laquelle, au cours de l'exercice comptable courant du 4 février 2019 au 31 décembre 2019, a réalisé, au lieu du déficit attendu de 163 953 euros, un bénéfice de 865 695 euros HT. D'autre part, il résulte de l'instruction, que, durant la période de responsabilité définie au point 8, l'association requérante a subi un déficit global d'exploitation d'un montant de 1 642 493 euros HT. Ce déficit, qui rend compte de la chute du chiffre d'affaires et intègre les aides de l'Etat ou des organismes de sécurité sociale ainsi que l'ensemble des charges supportées par l'association requérante, n'est au demeurant pas sérieusement contesté par la commune de Dijon et doit ainsi être retenu.*

*S'agissant de la détermination du montant de l'indemnité d'imprévision :*

*10. D'une part, il résulte de l'instruction que l'activité de l'association requérante, censée être structurellement déficitaire selon les comptes prévisionnels annexés au contrat de délégation de service public, a en réalité dégagé un bénéfice de 865 695 euros HT en 2019, 153 438 euros HT en 2021 et 319 346 euros HT en 2022. Le déficit constaté sur l'ensemble de l'exécution du contrat, soit entre le 4 février 2019 et le 15 avril 2023, s'explique ainsi seulement par les difficultés exceptionnelles rencontrées durant l'année 2020.*

*Dans ces conditions, en tenant compte de la part d'aléa incombant au délégataire dans l'exécution de son contrat, il sera fait une juste appréciation de l'indemnité d'imprévision en l'évaluant à la somme*



de 1 500 000 euros HT.

11. Il résulte de tout ce qui précède que l'association Dijon Congrexpo est fondée à demander la condamnation de la commune de Dijon à lui verser une somme de 1 500 000 euros HT."

## La Participation publique dans une société de production d'énergie nécessite-t-elle la détention par la collectivité de la compétence "Production d'énergie" ?

**CAA Nantes, 19 avril 2024 (n°23NT01257)**

"1. Par une délibération du 6 mai 2021 le conseil municipal de la commune de Congrier a décidé de souscrire au capital de la société CS Biogaz à concurrence d'un montant de 17 250 euros, de verser une première avance en compte-courant d'associé d'un montant de 32 750 euros et a autorisé le maire à signer tous les documents en vue de la réalisation de cette souscription. Par courrier du 31 mai 2021, le préfet de la Mayenne a demandé au maire d'inviter le conseil municipal de la commune à retirer cette délibération. Par courrier du 15 juillet 2021, le maire a rejeté cette demande. Le préfet de la Mayenne a demandé au tribunal administratif de Nantes d'annuler la délibération du 6 mai 2021 ainsi que la décision du maire de la commune du

15 juillet 2021 refusant de procéder à son retrait. Par un jugement du 1er mars 2023, le tribunal administratif de Nantes a annulé la délibération du conseil municipal de Congrier du 6 mai 2021 en tant qu'elle décide du versement d'une première avance en compte courant d'associé, a annulé la décision du maire de la commune de Congrier du 15 juillet 2021 en tant qu'il a refusé d'inscrire à l'ordre du jour du conseil municipal la question du retrait de la délibération du 6 mai 2021 en tant qu'elle décide du versement d'une première avance en compte courant d'associé et a rejeté le surplus de sa demande.

La préfète de la Mayenne fait appel de ce jugement en tant qu'il rejette sa demande dirigée contre la délibération du 6 mai 2021 en tant qu'elle décidait la prise de participation de la commune de Congrier au capital de la société CS Biogaz SAS.

Sur les conclusions à fin d'annulation :

[...]

4. D'une part, il ressort des termes de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales que ce dernier, qui pose des conditions de manière limitative et exclusive, n'a pas entendu imposer que seules les collectivités ayant la compétence en matière d'énergies renouvelables en vertu de l'article L. 2224-32 du même code puissent participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables. Ainsi, la circonstance que la compétence prévue à l'article L. 2224-32 du code général des collectivités

*territoriales aurait été transférée par la commune de Congrier au syndicat mixte est sans influence sur la légalité de la délibération du 6 mai 2021.*

*5. D'autre part, les dispositions de l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales définissent des modalités d'intervention dans le champ économique et permettent l'intervention des communes et de leurs groupements. Ainsi, les dispositions de l'article 4 des statuts du syndicat mixte " Territoire d'énergie Mayenne ", qui ne font que rappeler les règles posées à l'article L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales, ne peuvent être regardées comme un transfert de compétence de la commune au syndicat mixte.*

*6. Par conséquent, le moyen tiré de ce que la commune de Congrier n'était plus compétente en matière d'énergies renouvelables et ne pouvait donc pas participer au capital de la société CS Biogaz doit être écarté."*