

Frêche & Associés AARPI

Lettre d'information du droit public des affaires

SOMMAIRE

- Contrats publics (p. 1)
- Marchés publics (p. 3)
- Délégations de service public (p. 6)
- Domaine public (p. 6)
- Concurrence (p. 7)
- Procédure contentieuse - contrats (p. 9)
- Procédure contentieuse - généralités (p. 12)

N°5 – Juillet 2012

Contrats publics – Déféré préfectoral

PRÉFET DE LA CÔTE D'OR : 1996 - 2012

Dans son avis *Préfet de la Côte d'Or* du 10 juin 1996, le Conseil d'État avait indiqué que la signature d'un contrat par le représentant de la personne publique avant la transmission au contrôle de légalité de la délibération l'autorisant entachait d'illégalité le contrat, sans possibilité de régularisation.

Cette solution, qui était fermement établie (voir par exemple la décision de Section *Société Citécâble Est* du 20 octobre 2000), avait connu une première remise en cause avec l'article 101-VII de la loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques, qui était venue valider les contrats d'eau et d'assainissement conclus avant le 10 juin 1996 dans la mesure où ces contrats seraient contestés au regard de l'avis *Préfet de la Côte d'Or*.

Le Conseil d'État lui-même était ensuite revenu sur la jurisprudence *Préfet de la Côte d'Or*, considérée par beaucoup comme excessive, avec la décision d'Assemblée *Commune de Béziers* du 28 décembre 2009, mais qui ne concernait toutefois que les

litiges opposant les parties au contrat (cf. LIDPA n°1).

Au cas cette fois d'un déféré suspension dirigé contre un avenant et exerçant son office de juge de plein contentieux en application de la décision *Ministre de l'Intérieur* (cf. LIDPA n°3), le Conseil d'État pose le principe que « s'agissant du vice tenant à la signature d'un contrat par le représentant de la personne publique avant la transmission au représentant de l'État chargé du contrôle de légalité de la délibération l'autorisant, ce vice n'entraîne pas nécessairement l'illégalité du contrat si les conditions de la transmission n'ont pas privé le préfet de sa capacité à exercer le contrôle de légalité et dès lors que cette délibération a été prise avant la signature du contrat ».

Il n'y a donc plus d'illégalité automatique du contrat en cas de transmission au contrôle de légalité de la délibération autorisant sa signature après la conclusion de celui-ci, du moment que le Préfet a pu exercer son contrôle.

➔ [CE, 9 mai 2012, Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude, n°355665](#)

Contrats publics – Champ de la commande publique

ASSOCIATION CRÉÉE PAR DES PERSONNES PUBLIQUES

Le Tribunal des conflits revient dans cette décision sur la nature d'une association créée par des personnes publiques.

L'association en question avait pour objet de mettre en place et mutualiser une plate-forme de dématérialisation des procédures de passation des marchés publics intéressant ses adhérents.

Le Tribunal relève tout d'abord que cette association rassemblait plus de 300 personnes publiques qui lui procuraient ensemble l'essentiel de ses ressources par leurs cotisations et leurs subventions éventuelles.

Il observe également qu'aucun des membres de l'association, qui regroupait également des personnes privées, n'en contrôlait, seul ou conjointe-

ment avec d'autres personnes publiques, l'organisation et le fonctionnement, ni ne lui procurait l'essentiel de ses ressources.

Si une telle association constitue un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005, elle ne saurait en revanche être regardée ni comme un groupement de commandes susceptible de conclure un marché, ni comme le coordonnateur d'un tel groupement, ni même comme un mandataire ayant pour mandat de conduire les procédures de passation des marchés publics de ses membres.

Aussi, les contrats passés par cette association, personne morale de droit privé, pour répondre à ses besoins sont des contrats de droit privé.

➔ [TC, 2 avril 2012, Société Atexo, n°C3831](#)

MANDAT DE VENTE D'UN BIEN IMMOBILIER ET MARCHÉ PUBLIC

Le contrat par lequel une collectivité confie à une société un mandat exclusif de vente d'un bien immobilier appartenant à son domaine privé constitue un marché public puisqu'il s'agit d'une prestation de service à titre onéreux.

En effet, un tel contrat ne relève pas de l'exclusion prévue à l'article 3-3° du code des

marchés publics portant sur les contrats d'acquisition d'un immeuble, un contrat de mandat n'ayant pas lui-même un tel objet.

➔ [TC, 14 mai 2012, Société la Musthyere, n°C3860](#)

CONTRAT CONCLU À L'ÉTRANGER PAR UN CONSULAT

Un contrat ayant pour objet de confier à un prestataire de services les tâches matérielles liées à la collecte des dossiers de demandes de visa en contrepartie d'un prix est au nombre de ceux dont le juge du référé précontractuel peut connaître, en vertu de l'article L. 551-1 du code de justice administrative dans sa rédaction actuelle, issue de l'ordonnance du 7 mai 2009 *relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique* et qui vise de fait tous les contrats de la commande publique.

De même, ce contrat, s'il n'est pas soumis au code des marchés publics dès lors qu'il a été conclu à l'étranger pour être exécuté hors du territoire français, est cependant soumis aux principes de

liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats et à la règle de transparence des procédures qui en découle : il entre donc dans les catégories énumérées à l'article L. 551-1 du code de justice administrative.

Pour mémoire, c'est la solution contraire que le Conseil d'État avait adoptée dans un arrêt *Société Colas Djibouti* du 4 juillet 2008, au vu toutefois d'un article L. 551-1 qui ne visait alors que les marchés publics, les délégations de service public et les contrats de partenariat.

➔ [CE, 29 juin 2012, Société Pro 2C, n°C357976](#)

CONTRATS DE PARTENARIAT ET COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Afin de faire la synthèse des différentes précisions survenues depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat* et des enseignements retenus suite aux contrats signés depuis, le Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a publié une *circulaire du 9 mai 2012 sur les contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales*.

Cette circulaire s'inscrit dans la même démarche pédagogique que le guide méthodologique précédemment rédigé par la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (MAPPP) et indique de façon générale les éléments pratiques à connaître en vue de la mise en œuvre d'un contrat de partenariat par les collectivités territoriales.

➔ [Circulaire n°EFIT 1206010C du 9 mai 2012 relative aux contrats de partenariat à l'attention des collectivités territoriales](#)

Marchés publics

IMPARTIALITÉ DU POUVOIR ADJUDICATEUR

La circonstance qu'une conseillère municipale ait un lien de parenté avec le président d'une société candidate à un marché public, soit actionnaire de cette société et ait participé à la délibération du conseil municipal autorisant le lancement de la procédure de passation du marché n'est pas en soi susceptible de faire naître un doute sur l'impartialité du pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, la conseillère municipale n'avait pas siégé à la commission d'appel d'offres et n'avait pas pris part au choix de l'attributaire. Par ailleurs, au stade de la délibération autorisant le lancement de la procédure, les soumissionnaires n'étaient pas encore connus puisque *de facto*, la procédure n'avait pas encore été organisée.

Le Conseil d'État juge donc qu'en éliminant par principe l'offre de cette société, la collectivité a méconnu le principe de libre accès à la commande publique.

➔ [CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Maur-des-Fossés, n°355756](#)

RÉFÉRENCE À DES LABELS

Un pouvoir adjudicateur manque à ses obligations en exigeant des candidats que certains produits à fournir soient munis d'un « éco-label » déterminé, plutôt que d'utiliser les spécifications détaillées définies par cet « éco-label ».

En outre, et bien qu'un critère lié au fait que les ingrédients soient munis d'un « éco-label » présente un lien avec l'objet d'un marché de fourniture et de gestion de machines à café, il appartient alors au pouvoir adjudicateur d'énumérer les critères sous-jacents à ces labels et d'autoriser les candidats à apporter la preuve qu'un produit satisfait à ces critères sous-jacents par tout moyen approprié.

Par ailleurs, un pouvoir adjudicateur ne peut pas imposer des critères de durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises au titre des exigences d'aptitude et des niveaux minimaux de capacités demandés, la liste des critères d'évaluation des capacités techniques et professionnelles étant limitative.

Enfin, des critères ainsi libellés de « durabilité des achats et de responsabilité sociale des entreprises » et de contribution à une production « écologiquement, socialement et économiquement responsable » ne respectent pas l'obligation de transparence pesant sur le pouvoir adjudicateur.

➔ [CJUE, 10 mai 2012, Commission européenne c/ Pays-Bas, Aff. C-368/10](#)

JUSTIFICATION DES CAPACITÉS ET ENTREPRISE DE CRÉATION RÉCENTE

Les entreprises de création récente peuvent justifier de leurs capacités financières, techniques et professionnelles par tout moyen.

Aussi, le règlement de la consultation qui exige des candidats qu'ils produisent des documents financiers et des références sur les trois dernières années ne saurait être interprété comme imposant au pouvoir adjudicateur de rejeter la candidature des entreprises de création récente qui ne sont pas en mesure de fournir de tels documents.

Cela étant, la simple production d'une « attestation de bonne tenue de compte » rédigée sur papier sans entête par le conseiller bancaire d'une entreprise de création récente, indiquant seulement que les comptes bancaires de la société fonctionnent normalement, qu'ils n'ont fait l'objet d'aucun incident de paiement et que la société est à jour de ses engagements contractés auprès de l'établissement bancaire, n'est pas suffisante pour justifier de la capacité financière de l'entreprise.

➔ [CE, 9 mai 2012, Commune de Saint-Benoît, n°356455](#)

CLAUSE D'INDEMNISATION MANIFESTEMENT DISPROPORTIONNÉE

Le Conseil d'État confirme, dans le prolongement de sa décision *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan* du 4 mai 2011 (cf. LIDPA n°1), qu'en vertu de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, un contrat administratif ne peut légalement prévoir une indemnité de résiliation ou de non-renouvellement qui serait, au détriment de la personne publique, manifestement disproportionnée au montant du préjudice subi par le cocontractant du fait de cette résiliation ou de ce non-renouvellement.

En l'espèce, une indemnité égale à cinq fois le montant forfaitaire annuel prévu par le contrat, sans qu'en soient notamment décomptées les charges afférentes à l'exécution du contrat, présente un caractère manifestement disproportionné au regard du préjudice causé au cocontractant pour le non-renouvellement de la convention, la clause prévoyant une telle indemnité étant dès lors illicite.

➔ [CE, 22 juin 2012, Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier, n°348676](#)

RESPONSABILITÉ DÉCENNALE ET NUISANCES SONORES

Les nuisances sonores causées aux tiers par l'exploitation de l'ouvrage sont susceptibles d'engager la responsabilité décennale des constructeurs au titre d'un défaut de conception et d'exécution des travaux.

Ces nuisances peuvent en effet avoir pour conséquence d'empêcher le fonctionnement normal de l'ouvrage et de le rendre impropre à sa destination.

En l'espèce, à la suite de travaux de rénovation d'une salle des fêtes, la commune maître d'ouvrage est fondée à rechercher la responsabilité décennale des constructeurs en raison des nuisances sonores importantes occasionnées au voisinage par l'exploitation de la salle des fêtes.

➔ [CE, 9 mai 2012, Commune de Prouvy, n°346757](#)

TRAVAUX SUPPLÉMENTAIRES ET DÉLAI D'EXÉCUTION

La réalisation de travaux supplémentaires n'offre pas un délai d'exécution supplémentaire si les parties ne l'ont pas prévu.

Il ne peut en aller autrement que si les constructeurs ont émis des réserves sur le délai d'exécution

prévu au marché initial ou si un accord est intervenu entre les parties pour ne pas soumettre la réalisation des travaux supplémentaires au délai d'exécution prévu au marché initial.

À défaut, les constructeurs sont tenus de réaliser les travaux supplémentaires dans le délai prévu au marché et peuvent se voir appliquer des pénalités de retard dès l'instant où ce délai n'est pas respecté.

➔ [CE, 16 mai 2012, Communauté de l'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe, n°345137](#)

INDEMNISATION EN CAS DE RETARD DES TRAVAUX

Complétant une décision *Société SPIE SCGPM* du 16 décembre 2009, le Conseil d'État juge que le titulaire d'un marché public a droit à l'indemnisation intégrale des préjudices subis du fait de retards dans l'exécution du marché imputables au maître de l'ouvrage ou à ses autres cocontractants et distincts de l'allongement de la durée du chantier lié à la réalisation de travaux supplémentaires, dès lors que ce préjudice apparaît certain et présente avec ces retards un lien de causalité directe.

Il en résulte que le titulaire est fondé à demander à être indemnisé des pertes occasionnées par la réalisation d'un chiffre d'affaires inférieur à celui escompté sur la base du calendrier contractuel dès lors que les retards de chantier sont imputables au groupement de maîtrise d'œuvre.

➔ [CE, 13 juin 2012, Société Fouchard et cie, n°343788](#)

➔ [CE, 16 décembre 2009, Société SPIE SCGPM, n°301775](#)

CARACTÈRE DÉFINITIF DU DÉCOMPTE GÉNÉRAL

Dans cet arrêt, la Cour administrative d'appel de Lyon rappelle que le décompte général doit intégrer tous les éléments actifs et passifs résultant d'obligations ayant une existence certaine à la date de son établissement.

Au cas présent, dès lors que le décompte général du marché de maîtrise d'œuvre n'incluait aucune des sommes en litige et ne comportait aucune réserve, alors que le maître d'ouvrage connaissait à cette date le préjudice résultant pour lui de l'effondrement d'une dalle, et avait été signé avec réserve par le mandataire du groupement de maî-

trise d'œuvre, le décompte est devenu définitif sur tous ses éléments, sauf ceux ayant fait l'objet du mémoire en réclamation.

Dans ces conditions, le maître d'ouvrage ne peut plus rechercher la responsabilité des membres du groupement de maîtrise d'œuvre sur le terrain contractuel.

➔ [CAA Lyon, 21 juin 2012, SELARL Atelier 4, n°11LY00757](#)

OFFRE DE L'ATTRIBUTAIRE IRRÉGULIÈRE ET ANNULATION DU MARCHÉ

Le pouvoir adjudicateur est tenu d'éliminer une offre irrégulière à peine d'entacher d'illégalité l'attribution du marché.

En l'espèce, le centre hospitalier de Laon avait retenu une offre comportant des documents techniques, nécessaires à l'analyse des offres, en flamand ou en anglais non accompagnés d'une traduction alors même que le règlement de la consultation exigeait la remise d'une offre en langue française.

Cette offre, qui ne respectait pas les prescriptions du règlement de la consultation, aurait dû être rejetée comme étant irrégulière.

Ce manquement, qui a trait au choix du cocontractant, justifie l'annulation du marché.

➔ [CAA Douai, 16 mai 2012, Société NHV, n°11DA00727](#)

INFORMATION DES CANDIDATS ÉVINCÉS

Le Conseil d'État précise que les dispositions de l'article 83 du code des marchés publics qui permettent aux candidats évincés de connaître « *les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre* » ne trouvent à s'appliquer que pour les candidats dont « *l'offre bien que recevable a été rejetée* » et non pas pour ceux dont la candidature a été rejetée.

➔ [CE, 11 avril 2012, *Ministre de la défense et des anciens combattants*, n°355564](#)

INFORMATION SUR LA REPRISE DU PERSONNEL

Le Conseil confirme sa jurisprudence *Société T.E.P* en considérant que l'absence d'information des candidats sur le personnel à reprendre constitue un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de léser indirectement le candidat sortant – qui a nécessairement connaissance de cette information – dès lors que ce défaut d'information a pu exercer une influence sur la présentation de l'offre du candidat attributaire.

➔ [CE, 11 avril 2012, *Chambre de commerce et d'industrie de Bastia et de la Haute-Corse*, n°355183](#)

➔ [CE, 19 janvier 2011, *Société T.E.P*, n°340773](#)

FORME ÉCRITE DU MARCHÉ PUBLIC

Au-delà d'un certain seuil (actuellement 15.000 € HT), les marchés publics doivent être passés sous la forme écrite.

À ce titre, la Cour administrative d'appel de Lyon juge que la présentation d'un devis qui permet de déterminer les parties, la nature des prestations et leur prix dans le cadre d'une procédure adaptée et la signature d'un bon de commande par le directeur adjoint des services techniques sont suffisants pour considérer que l'engagement des parties a été matérialisé par un écrit.

➔ [CAA Lyon, 24 mai 2012, *Said Beghori*, n°11LY00517](#)

Délégations de service public

SOUS-CONCESSION D'OUTILLAGE PUBLIC ET DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC

Après avoir considéré qu'un sous-traité d'exploitation d'outillage public, ayant le caractère d'une concession d'outillage public et chargeant le concessionnaire d'une mission de service public, constituait une convention de délégation de service public, la Cour administrative d'appel de Bordeaux juge dans cet arrêt qu'il a nécessairement été mis fin au sous-traité d'exploitation du

fait que la concession d'outillage public est arrivée à échéance.

Le sous-traité n'a donc pu faire l'objet d'un renouvellement en l'absence de renouvellement de la convention de concession d'outillage public.

➔ [CAA Bordeaux, 13 mars 2012, *Société coopérative maritime Logicoop*, n°10BX02224](#)

Domaine des personnes publiques

CONSISTANCE DU DOMAINE PUBLIC

Le Conseil d'État confirme que la sortie du domaine public nécessite un acte formel de déclassement.

Dans cette espèce, l'immeuble qui était affecté au service public de la gendarmerie et aménagé à cet effet (chambres de sûreté destinées à la rétention et au dégrisement des personnes interpellées, bu-

reau d'accueil du public, salles d'archives), et comprenant des logements de gendarmes indissociables des bâtiments, appartient dans son ensemble au domaine public de la commune propriétaire.

En l'absence d'acte de déclassement, l'immeuble conserve son caractère de dépendance du domaine

public nonobstant les circonstances qu'il ne soit désormais plus affecté à la gendarmerie et qu'un acte de vente de l'immeuble mentionne que le bien appartient au domaine privé de la commune.

➔ [CE, 7 mai 2012, SCP Mercadier et Krantz, n°342107](#)

OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC À TITRE ONÉREUX

Les Ordres des avocats ne peuvent pas bénéficier d'une autorisation d'occupation du domaine public à titre gratuit à l'égard des locaux qu'ils occupent dans les palais de justice puisqu'ils ne constituent pas des associations à but non lucratif auxquelles les dispositions de l'article L. 2125-1 du

code général de la propriété des personnes publiques réservent une telle possibilité, et ce bien qu'ils concourent à certaines missions d'intérêt général.

➔ [CE, 7 mai 2012, Ordre des avocats du barreau de Versailles, n°341110](#)

CONVENTION PRIVÉE COMPORTANT OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC

Alors que l'entrée en vigueur de l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques avait pu créer un doute sur la compétence du juge administratif pour connaître des conventions d'occupation du domaine public conclues par les concessionnaires, le Tribunal des conflits confirme sa décision *Société des steeple-chases de France* du 10 juillet 1956 en réservant la compétence du juge administratif aux conventions conclues par les concessionnaires de service public.

En l'espèce, le Conseil d'État avait renvoyé au Tribunal des conflits dans sa décision *Gilles* du 11 juillet 2011 le soin de déterminer le juge compétent pour trancher le litige né de la résiliation du contrat conclu entre une société gestionnaire d'un stade et ses abords et une société autorisée à les occuper (cf. LIDPA n°3).

Dans la mesure où la société gestionnaire du stade n'était pas délégataire de service public et n'agissait pas pour le compte d'une personne publique, ce litige entre deux personnes de droit privé relève de la compétence des juridictions judiciaires même si cette convention comportait occupation du domaine public.

➔ [TC, 14 mai 2012, Gilles c/ Société d'exploitation sports et événements, n°C3836](#)

Concurrence

LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE ET AUTORISATION D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC

La décision de délivrer ou non une autorisation d'occuper une dépendance du domaine public n'est pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, dont le respect implique :

- d'une part, que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne

seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi,

- d'autre part, qu'elles ne puissent prendre elles-mêmes en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public.

Toutefois, la personne publique ne peut délivrer légalement une telle autorisation lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automati-

quement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, et ce, dans le prolongement de la décision du Conseil d'État *Société EDA* et de l'avis du Conseil de la concurrence du 21 octobre 2004.

En l'espèce, le Conseil d'État ordonne le sursis à exécution d'un jugement du Tribunal administratif de Paris annulant les décisions du PDG de la RATP d'autoriser des entreprises à installer des présentoirs sur le domaine public pour y diffuser des journaux gratuits.

Le Tribunal administratif de Paris avait en effet retenu un moyen tiré d'une atteinte illégale à la liberté du commerce et de l'industrie en se fondant, non pas sur une intervention de la personne

publique sur le marché de la distribution des journaux gratuits, mais sur les effets qui en résulteraient dans les relations entre les entreprises de presse, qui ne pouvaient relever que d'une éventuelle situation d'abus de position dominante ou de manquements à d'autres règles de concurrence.

➤ [CE, 23 mai 2012, RATP, n°348909](#)

➤ [CE, Sect., 26 mars 1999, Société EDA, n°202260](#)

➤ [Conseil de la concurrence, avis n°04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits](#)

CANDIDATURE D'UNE PERSONNE PUBLIQUE À L'ATTRIBUTION D'UN MARCHÉ PUBLIC

La Cour administrative d'appel de Bordeaux offre une nouvelle illustration des conditions dans lesquelles une personne publique peut participer à une procédure de mise en concurrence.

Si, en application de l'avis du Conseil d'État *Société Jean-Louis Bernard Consultants* du 8 novembre 2000, aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public, il reste que sa candidature est soumise au respect des principes de liberté de la concurrence et de l'égal accès aux marchés publics qui suppose que :

- d'une part, le prix proposé par un établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat ;
- d'autre part, cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public ;
- enfin, cet établissement public puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié.

En l'espèce, la Cour relève que :

- l'établissement public candidat n'a pas produit des pièces comptables, issues notamment d'une comptabilité analytique, mais des tableaux élaborés par ses services, synthétisant de manière schématique ses recettes et ses charges ;
- l'analyse des documents fournis montre que 96% de ses dépenses sont couvertes par les contributions versées par des collectivités ;
- le prix proposé par l'établissement public à l'issue de la négociation est inférieur au coût réel des prestations évalué par l'établissement public lui-même.

Dans ces conditions, l'attribution du marché à l'établissement public est intervenue en méconnaissance du principe de libre concurrence.

➤ [CAA Bordeaux, 1^{er} mars 2012, Centre hospitalier de Bigorre, n°10BX01569](#)

Procédure contentieuse – contrats de la commande publique

RECOURS « TROPIC » ET MOYENS OPÉRANTS

Dans cet avis, le Conseil d'État vient confirmer à la suite de plusieurs juges du fond qu'un recours *Tropic* peut être introduit par tout concurrent évincé de la conclusion du contrat, cette qualité de concurrent évincé étant reconnue à tout requérant qui aurait eu intérêt à conclure le contrat, alors même qu'il n'aurait pas présenté sa candidature, qu'il n'aurait pas été admis à présenter une offre ou qu'il aurait présenté une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

Surtout et contrairement à la solution retenue dans la décision de Section *SMIRGEOMES* du 3

octobre 2008 applicable aux référés précontractuels, le Conseil d'État juge que le concurrent évincé peut, dans le cadre d'un recours *Tropic*, invoquer tout moyen dès lors qu'aucun texte ni principe n'impose que le caractère opérant des moyens soulevés soit subordonné à la circonstance que les vices auxquels ces moyens se rapportent aient été susceptibles de léser le requérant.

➔ [CE, avis, 11 avril 2012, Société Gouelle, n°355446](#)

➔ [CE, Ass., 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, n°291545](#)

BÉZIERIERS II ET RECOURS GRACIEUX

Dans son arrêt d'Assemblée *Ville de Béziers* du 21 mars 2011, le Conseil d'État avait ouvert au cocontractant la possibilité de contester par un recours de pleine juridiction la décision de résiliation de son contrat dans la perspective d'une reprise des relations contractuelles (cf. *LIDPA* n°1).

Le Conseil d'État précise ici qu'eu égard aux particularités de ce recours, l'exercice d'un recours administratif n'a pas pour effet d'interrompre le délai de recours contentieux de deux mois qui

court à compter de la date à laquelle le cocontractant a été informée de la mesure de résiliation, et ce, quel que soit le motif de résiliation du contrat.

➔ [CE, 30 mai 2012, SARL Promotion de la restauration touristique, n°357151](#)

➔ [CE, Ass., 21 mars 2011, Commune de Béziers, n°304806](#)

BÉZIERIERS II ET RÉFÉRÉ « MESURES UTILES »

Le Conseil d'État précise les conditions de l'office du juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative (référé « mesures utiles ») d'une demande d'expulsion d'un occupant du domaine public à la suite de la résiliation de la convention d'occupation du domaine public initialement conclue.

Le juge doit :

- D'une part, vérifier que la demande présente bien un caractère d'urgence, ce qui était bien le cas en l'espèce dans la mesure où l'établissement avait dû fermer en raison de la violation des règles d'hygiène et de sécurité, constituant alors un trouble manifeste à l'ordre public qu'il était urgent de faire cesser ;
- D'autre part, rechercher si la demande ne se heurte à aucune contestation sérieuse.

S'agissant de cette seconde condition, dans le cas où la décision de résiliation fait l'objet d'un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles, il appartient au juge de rechercher si, au regard de l'argumentation développée, la demande d'expulsion se heurte à une contestation sérieuse.

Tel n'est pas le cas si ce recours n'a pas été exercé dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle le cocontractant a été informé de la mesure de résiliation.

En l'espèce, le Conseil d'État relève que la décision de résiliation, qui constitue une mesure d'exécution du contrat et non une décision administrative (ce qui implique que la mention des voies et délais de recours ne s'impose pas pour faire courir le délai de recours contentieux), n'avait pas fait l'objet d'un recours dans le délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été portée à la connaissance du cocontractant.

Elle était dès lors devenue définitive, de sorte que la demande d'expulsion ne se heurtait à aucune contestation sérieuse.

➔ [CE, 11 avril 2012, Société Prathotels, n°355356](#)

COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE

Les dispositions du règlement du Conseil du 22 décembre 2000 qui s'applique en matière civile et commerciale quelle que soit la nature de la juridiction prévoient que le litige né de l'exécution du contrat est, sauf convention contraire, porté dans l'État membre où le service a été fourni.

Ces dispositions sont susceptibles de s'appliquer aux marchés publics.

En l'espèce, dans le cadre d'un marché public ayant pour objet une « mission d'amélioration des systèmes et du respect des procédures internes afin de parvenir à une meilleure qualité de service ainsi qu'à une situation financière assainie par recherche d'économies » confié par le centre hospitalier de Lens à une société belge, il était stipulé que tout

différend serait soumis à la juridiction exclusive des tribunaux ordinaires de Bruxelles/Belgique.

La société belge étant recevable à soulever l'incompétence de la juridiction administrative française pour la première fois en appel, la Cour administrative de Douai a donc annulé le jugement du Tribunal administratif dans la mesure où le litige tendant à l'indemnisation du centre hospitalier des manquements de l'entreprise à ses obligations contractuelles devait être porté devant une juridiction étrangère.

➔ [CAA Douai, 29 mai 2012, SA King Consult, n°10DA01035](#)

CESSION DE PARCELLES ET AUTORISATION DE PLAIDER AU NOM DE LA COMMUNE

Pour autoriser un contribuable à agir au nom d'une commune sur le fondement de l'article L. 2132-5 du code général des collectivités territoriales, le juge doit vérifier que l'action envisagée présente un intérêt matériel suffisant pour la commune et qu'elle a une chance de succès.

Ne présente pas un intérêt suffisant pour la commune une action en rescision pour lésion devant le tribunal de grande instance dirigée contre une vente de parcelles à un prix très faible afin d'y

construire un carrefour giratoire servant à la desserte d'une zone d'activité économique dès lors que la commune tirera des avantages importants de la construction de la piscine prévue et de la réalisation du carrefour giratoire et que le bénéfice attendu par les habitants constitue une contrepartie suffisante à l'économie générale de la convention.

➔ [CE, 15 mai 2012, Hayart, n°351416](#)

RÉFÉRÉ CONTRACTUEL ET ACCORD-CADRE MONO-ATTRIBUTAIRE

Le Conseil d'État confirme, dans la suite de sa décision *France Agrimer*, que le concurrent évincé est recevable à former un référé contractuel à la suite d'un référé précontractuel dans la mesure où « il était dans l'ignorance du rejet de son offre et de la signature du marché lorsque, s'agissant d'un marché passé selon une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur (...) n'a pas rendu publique son intention de conclure le contrat ni observé un délai de onze jours entre cette publication et la conclusion du contrat » (cf. LIDPA n°2).

L'autre apport de cette décision concerne les limites de la protection du droit d'exclusivité du titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire puisque le Conseil d'État juge que :

- les dispositions de l'article L. 551-18 du code de justice administrative qui sanctionnent la méconnaissance des modalités de remise en concurrence prévues pour la passation des contrats fondés sur un accord-cadre « *ne concernent que les contrats fondés sur un accord-cadre attribué à plusieurs opérateurs économiques* »,
- « *les dispositions de l'article 76 du code des marchés publics qui imposent au pouvoir adjudicateur ayant conclu un accord-cadre avec un ou plusieurs titulaires de s'adresser exclusivement à eux pour la passation d'un contrat fondé sur cet accord* » ne sont pas au nombre des manquements pouvant être invoqués devant le juge du référé contractuel.

Au final, comme c'était le cas de la société requérante en l'espèce, si le titulaire d'un accord-cadre mono-attributaire n'a pas pu former en temps utile un référé précontractuel pour protéger son droit d'exclusivité, un référé contractuel serait pour lui sans intérêt et il ne lui restera qu'à exercer un recours « *devant le juge du contrat* » comme le Conseil d'État le suggère dans sa décision.

⇒ [CE, 29 juin 2012, Société Chaumeil, n°358353](#)

⇒ [CE, 10 novembre 2010, France Agrimer, n°340944](#)

RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL

Dans le prolongement de la décision *Département du Doubs* (cf. LIDPA n°1), le Conseil d'État confirme qu'en présence d'un manquement tenant à la seule phase de sélection des offres, le juge des référés précontractuels ne peut annuler que cette phase et non l'ensemble de la procédure.

⇒ [CE, 23 mars 2012, Caisse des écoles de la Commune de Six-Fours-les-Plages, n°355439](#)

⇒ [CE, 12 janvier 2011, Département du Doubs, n°343324](#)

CARACTÈRE LÉSANT DU MANQUEMENT

Les candidats évincés sont susceptibles d'être lésés par des informations inexactes figurant dans le règlement de la consultation dès lors que l'attributaire dispose, en raison de sa qualité de candidat sortant, des informations exactes.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait communiqué des chiffres de consommations énergétiques dans le cadre d'un marché d'exploitation d'installations de chauffage supérieurs à ceux réellement constatés par le candidat sortant, alors que la performance énergétique était un paramètre des critères d'évaluation des offres.

⇒ [CE, 12 mars 2012, Dynacité, n°354355](#)

RESPECT DES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES ET RÉFÉRÉ « MESURES UTILES »

Le Conseil d'État rappelle dans cette décision que s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service 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 effet, en pareille hypothèse, le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, 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, éventuellement sous astreinte, au cocontractant, dans le cadre de ses obli-

gations contractuelles, 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.

Au cas présent, la personne publique a pu obtenir du juge des référés une injonction à l'encontre de son co-contractant de prendre en charge la réparation d'ordinateurs portables défectueux livrés en exécution du marché public et de lui livrer, le cas échéant, des ordinateurs du même type durant le temps nécessaire à leur réparation.

➔ [CE, 1^{er} mars 2012, Société Assistance conseil informatique professionnelle, n°354628](#)

Procédure contentieuse – Généralités

RECOURS EN RÉVISION ET JURIDICTIONS QUI NE RELEVENT PAS DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

Le recours en révision prévu par l'article R. 834-1 du code de justice administrative n'est ouvert qu'à l'égard des décisions du Conseil d'État et, en l'absence de texte, n'est pas étendu aux autres juridictions régies par ce code.

En revanche, en ce qui concerne les juridictions qui ne relèvent pas du code de justice administrative et pour lesquelles aucun texte ne prévoit l'existence d'un recours en révision, le Conseil d'État considère qu'en vertu d'une règle générale de procédure découlant des exigences de la bonne administration de la justice, un tel recours peut être formé à l'égard d'une décision passée en force de chose jugée dans les deux premières hypothèses prévues par l'article R. 834-1, à savoir :

- si cette décision a été rendue sur pièces fausses,
- ou si elle a été rendue faute pour la partie perdante d'avoir produit une pièce décisive qui était retenue par son adversaire.

Cette voie de recours purement prétorienne est ouverte à toute partie à l'instance dans un délai de deux mois à compter du jour où la partie a eu connaissance de la cause de révision qu'elle invoque.

En l'espèce, la voie particulière du recours en révision est ouverte, même sans texte, à l'encontre de la décision d'une chambre régionale de discipline des commissaires aux comptes infligeant une sanction disciplinaire.

➔ [CE, Sect., 16 mai 2012, M. Serval, n°331346](#)

ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU COMPTABLE PUBLIC

L'instruction n°12-011 M0 du 30 mai 2012 reprend et commente les apports de la décision *Ministre du Budget, des comptes publics et de la réforme de l'État* qui fixe les modalités de contrôle des justifications des marchés publics à procédure adaptée par les comptables publics (cf. LIDPA n°4).

Il est ainsi notamment rappelé par l'instruction l'un des principaux apports de cette décision, à savoir que dans le cas où il n'est pas produit de contrat écrit pour un marché public dont le montant est supérieur au seuil fixé à l'article 11 du

code des marchés publics, le comptable public « ne peut payer la dépense correspondante, sans engager sa responsabilité personnelle et pécuniaire, que sur la production d'un certificat administratif de l'ordonnateur attestant l'absence de conclusion d'un contrat écrit ».

➔ [Instruction de la Direction générale des finances publiques n°12-011-M0 du 30 mai 2012](#)

➔ [CE, 8 février 2012, Ministre du Budget, des comptes publics et de la réforme de l'État, n°340698](#)

VALEUR JURIDIQUE DES COURRIERS D'AVOCATS ADRESSÉS AU NOM D'UNE PERSONNE PUBLIQUE

Dans une décision *OPH de Saint-Dizier* du 11 juillet 2011, le Conseil d'État avait déjà jugé que l'avocat d'une commune ne saurait être le destinataire d'un mémoire en réclamation pour le compte de la collectivité à défaut d'avoir été désigné comme son mandataire dans le cadre de l'exécution du marché (cf. LIDPA n°2).

Selon la même logique, une correspondance adressée par un avocat au nom de la personne publique qu'il représente ne peut pas être considérée comme « *une décision administrative (...) en l'absence de transmission, à l'appui de ces correspondances, de la décision prise par la personne publique qu'ils représentent* », avec alors pour conséquence qu'une telle correspondance ne vaut pas décision de rejet et ne peut déclencher aucun délai de recours.

➔ [CE, 9 mai 2012, Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude, n°355665](#)

➔ [CE, 11 juillet 2011, OPH de Saint-Dizier, n°338764](#)

MESURES DE PUBLICITÉ DES ACTES RÉGLEMENTAIRES PRIS PAR LES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS

Les délibérations d'un établissement public présentant un caractère réglementaire doivent faire l'objet de mesures de publicité suffisantes pour être rendues opposables aux tiers.

Ainsi, en l'absence de dispositions prescrivant une formalité de publicité déterminée, ces délibérations doivent faire l'objet d'une publication au bulletin officiel de cet établissement ou d'une mise en ligne, dans des conditions garantissant sa fiabilité, sur son site internet.

Toutefois, d'autres modalités sont susceptibles d'assurer une publicité suffisante eu égard à l'objet des délibérations et aux personnes qu'elles peuvent concerner.

Dans cette affaire, antérieurement à l'entrée en vigueur du décret qui fixe les mesures de publicité des actes réglementaires de Voies Navigables de France (VNF), les délibérations de l'établissement public relatives aux tarifs applicables à l'utilisation du domaine public fluvial devaient, pour être opposables aux usagers, être publiées

soit dans son bulletin officiel, soit sur son site internet dans des conditions garantissant sa fiabilité, soit encore, eu égard à l'objet de ces délibérations et aux usagers qu'elles visaient, et compte tenu de l'étendue du réseau fluvial qu'il gère, être affichées non seulement au siège de VNF mais aussi chez ses représentants locaux.

Or, les délibérations litigieuses avaient uniquement fait l'objet d'un affichage dans le hall du siège de VNF, ce qui n'a pas été jugé suffisant nonobstant la publication des avis d'affichage dans son bulletin officiel et de l'envoi d'une brochure à l'usager requérant présentant le barème des tarifs.

D'une manière générale, cette décision précise les conditions dans lesquelles un établissement public peut assurer de manière suffisante la publicité de ses décisions eu égard à leur objet afin notamment de faire courir les délais de recours.

➔ [CE, 24 avril 2012, Établissement public Voies Navigables de France, n°339669](#)

**FRÊCHE & ASSOCIÉS
AARPI**

Avocats au Barreau de Paris

21 avenue Victor Hugo
75116 - PARIS

Téléphone :
01.44.17.13.13

Télécopie :
01.44.17.13.00

www.freche-associes.fr



VOS INTERLOCUTEURS :

Alain FRÊCHE

François-Charles BERNARD

Hugues VIGNON

Patrick E. DURAND

Nicolas DOURENS

Roland de MOUSTIER

PUBLICATIONS RÉCENTES ET ACTUALITÉ DU CABINET

Jurisurba : blog d'actualité du droit de l'urbanisme – Patrick E. DURAND
(<http://jurisurba.blogspot.com>).

La lettre d'information du droit public des affaires est une publication électronique périodique éditée par le Cabinet Frêche & Associés AARPI et diffusée gratuitement à un nombre limité de personnes en relation avec le Cabinet. La lettre d'information a pour vocation l'information générale et non exhaustive de ses destinataires, et est réservée à un usage privé.

Elle ne constitue en aucune manière un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'utilisation de la lettre d'information et le Cabinet ne pourra pas être tenu responsable d'éventuels dommages découlant directement ou indirectement des informations fournies dans la lettre d'information.

Conformément à la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dite « informatique et libertés » vous pouvez demander à accéder, modifier ou supprimer les informations détenues par le Cabinet vous concernant.