

SOMMAIRE

- Contrats publics – Déféré préfectoral (p. 1)
- Marchés publics (p. 2)
- Délégations de service public (p. 4)
- Domaine public (p. 5)
- Urbanisme et aménagement (p. 7)
- Droit de la concurrence (p. 7)
- Procédure contentieuse - contrats (p. 8)
- Procédure contentieuse - généralités (p. 10)
- Actualité du Cabinet (p. 12)

A l'occasion de ce troisième numéro de la Lettre d'Information du Droit Public des Affaires, toute l'équipe Droit public des affaires du Cabinet Frêche & Associés vous présente ses meilleurs vœux pour l'année 2012.

Contrats publics – Déféré préfectoral

HARMONISATION DES CONTENTIEUX CONTRACTUELS : LE DEFERE PREFECTORAL TENDANT A L'ANNULATION D'UN MARCHE RELEVE DU CONTENTIEUX DE PLEINE JURIDICTION

Dans le prolongement de ses décisions *Société Tropic Travaux Signalisation* et *Société Ophrys*, le Conseil d'État poursuit son travail de redéfinition du contentieux contractuel et des pouvoirs du juge administratif en jugeant, cette fois à propos d'un déféré préfectoral tendant à l'annulation d'un marché public, « *qu'en égard à son objet, un tel recours formé à l'encontre d'un contrat relève du contentieux de pleine juridiction* ».

Cette harmonisation était devenue nécessaire puisque selon la qualité du requérant (candidat évincé, tiers ou préfet) et selon la procédure contentieuse mise en œuvre (recours au fond ou référé précontractuel), les pouvoirs du juge à l'égard du contrat variaient.

Désormais, à l'instar des possibilités offertes au juge dans le cadre d'un recours *Tropic* ou dans le cadre de

l'exécution d'une décision d'annulation d'un acte détachable du contrat, il appartient au juge saisi par le préfet d'un recours contre un contrat « *lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences* » et « *après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat* ».

➔ [CE, 23 décembre 2011, *Ministre de l'intérieur*, n°348648](#)

➔ [CE, 21 février 2011, *Société Ophrys*, n°337349](#)

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

Marchés publics

RECOURS AU MARCHÉ GLOBAL

Le recours au marché global est justifié lorsque l'allotissement aurait pu être de nature à rendre plus coûteuse la réalisation des prestations prévues au contrat.

Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait obtenu des prix peu compétitifs en 2006 pour le même marché divisé en quatre lots géographiques.

Il avait alors choisi de recourir à un marché global en vue de limiter les risques d'entente locale entre candidats et de favoriser les économies d'échelle, ce

qui lui a permis d'obtenir une baisse de prix de 66% par rapport aux offres sélectionnées en 2006, sans qu'une telle baisse de prix puisse être entièrement imputée au renforcement structurel de la concurrence dans le secteur en question à la suite de la dissolution de l'entente grevant ce secteur.

Le choix du marché global était donc justifié.

➔ [CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n°350935](#)

RELEVEMENT DU SEUIL DE DISPENSE DE PROCEDURE

Dans le cadre du plan de relance de l'économie, le décret du 19 décembre 2008 avait porté le seuil de dispense de procédure de 4.000 € à 20.000 €. Ce décret avait toutefois été annulé par le Conseil d'État par une décision *Perez* du 10 février 2010, au motif que le relèvement de ce seuil de manière générale méconnaissait les principes d'égalité d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures.

Le pouvoir réglementaire procède une nouvelle fois à un relèvement du seuil de dispense de procédure en le portant de 4.000 € à 15.000 € et en l'assortissant de modalités destinées à assurer la compatibilité de ce nouveau seuil avec les principes précités.

Lorsqu'il fait usage de la faculté de passer un marché sans publicité ni mise en concurrence, le pouvoir adjudicateur doit ainsi veiller à (i) choisir une offre répondant de manière pertinente au besoin, (ii) faire une bonne utilisation des deniers publics et (iii) ne pas contracter systématiquement avec un même prestataire lorsqu'il existe une pluralité d'offres potentielles susceptibles de répondre au besoin.

➔ [Décret n°2011-1853 du 9 décembre 2011 modifiant certains seuils du code des marchés publics](#)

➔ [CE, 10 février 2010, Perez, n°329100](#)

CRITERES DE SELECTION DES OFFRES

Le Conseil d'État juge que le pouvoir adjudicateur doit concilier, pour la détermination de la nature et de l'étendue des besoins à satisfaire (article 5 du code des marchés publics), des objectifs de « développement durable » (entendus comme des objectifs de protection et de mise en valeur de l'environnement), de développement économique et de progrès social

Pour autant, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de prévoir un critère de sélection des offres en matière de développement durable afin de sélectionner l'offre « économiquement la plus avantageuse » au sens de l'article 53 du code des marchés publics.

➔ [CE, 23 novembre 2011, Communauté urbaine de Nice Côte d'Azur, n°351570](#)

ACCORD DE VOLONTES DANS LE CADRE D'UN MARCHÉ PUBLIC

L'arrêt rendu en assemblée plénière le 20 octobre 2011 par la Cour administrative d'appel de Paris est intéressant à plus d'un titre.

La Cour retient en effet qu'un échange de lettres entre une personne publique (État - Direction des musées de France) et un prestataire (société spécialisée notamment expert) constitue un contrat dès lors qu'il existe un accord de volonté entre les parties sur les éléments essentiels dudit contrat (en l'occurrence son objet -à savoir expertiser un tableau- et les modalités de détermination des honoraires dus).

L'existence de ce contrat implique le respect par les parties de l'exigence de loyauté des relations contractuelles ; or, ce principe s'oppose à ce qu'une partie qui a donné son accord sur les éléments essentiels et notamment sur le prix puisse ultérieurement chercher à s'en affranchir en invoquant,

par exemple, un prix « inusité » ou l'absence de difficulté d'exécution.

Enfin, en réponse à l'argument du Ministère qui se prévalait de la jurisprudence *Mergui* selon laquelle « les personnes morales de droit public ne peuvent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas », la Cour répond que ce principe ne trouve pas à s'appliquer puisqu'une obligation contractuelle vient justifier le paiement de cette somme et donc la condamnation de la personne publique à la verser en exécution de ses engagements contractuels.

➔ [CAA Paris, Plén., 20 octobre 2011, Société Brame et Lorenceau, n°09PA05557](#)

➔ [CE, Sect., 19 mars 1971, Mergui, n°79962](#)

MARCHÉ DE TRAVAUX - ÉTABLISSEMENT DU DÉCOMPTÉ GÉNÉRAL ET DÉFINITIF

Le Conseil d'État juge que la signature du décompte général, établi après vérification du service fait en vue de fixer la rémunération du cocontractant, vaut liquidation de la dépense. Aussi, le décompte général en principe signé par la personne responsable du marché peut également l'être par la personne titulaire d'une délégation de signature pour les actes d'ordonnancement et de liquidation de la dépense.

Par ailleurs, le Conseil d'État considère qu'un courrier postérieur au décompte général notifié à l'entreprise, se bornant à rappeler la teneur de ce décompte, ne se substitue pas audit décompte. Le délai de réclamation ouvert au cocontractant court donc à compter de la notification du décompte et non du courrier postérieur.

➔ [CE, 28 septembre 2011, CH intercommunal de Poissy-Saint-Germain-en-Laye, n°338894](#)

➔ Voir également sur l'appropriation par le maître d'ouvrage d'un décompte général qui n'était pas signé par la personne responsable du marché : [CAA Marseille, 7 mars 2011, Société Entreprise Marion, n°08MA03549](#)

MARCHÉ A PROCÉDURE ADAPTÉE

Dans le cadre d'une procédure adaptée, le pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à la négociation peut librement choisir les candidats avec lesquels il souhaite négocier ; il peut ainsi admettre à la négociation, dans le respect du principe de l'égalité de traitement, les candidats ayant remis des offres inappropriées, irrégulières ou inacceptables sans les éliminer d'emblée.

C'est seulement à l'issue de la négociation qu'il devra rejeter, sans les classer, les offres qui sont

demeurées inappropriées, irrégulières ou inacceptables.

Mais s'il dispose d'une telle faculté, il n'est pas pour autant tenu d'engager une négociation avec les candidats ayant remis une offre inappropriée, irrégulière ou inacceptable.

➔ [CE, 30 novembre 2011, Ministre de la Défense et des anciens combattants, n°353121](#)

ACTIVITE DE RESEAU

Le Conseil d'État confirme que les actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation de l'un des réseaux fixes relevant de sa compétence constituent un acte exercé par un pouvoir adjudicateur et non un acte exercé par une entité adjudicatrice.

➔ [CE, 23 novembre 2011, Société GIHP Lorraine Transports, n°349746](#)

➔ [CE, 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP, n°297711](#)

INDEMNISATION DE L'ENTREPRISE EVINCEE

Le Conseil d'État confirme sa jurisprudence relative aux conditions d'octroi d'une indemnisation aux entreprises irrégulièrement évincées de l'attribution d'un marché public.

Il rappelle ainsi que le juge doit tout d'abord vérifier si l'entreprise était ou non « *dépourvue de toute chance de remporter le marché* » : dans l'affirmative, elle ne peut prétendre à aucune indemnisation ; si au contraire elle n'était pas dépourvue de toute chance, elle a droit, en principe, au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Le juge doit ensuite rechercher si l'entreprise avait des « *chances sérieuses* » d'emporter le marché, auquel cas elle peut prétendre à l'indemnisation du manque à gagner (incluant nécessairement les frais de présentation de l'offre).

➔ [CE, 23 décembre 2011, Société J.C. Decaux, n°342394](#)

➔ [CE, 27 janvier 2006, Commune d'Amiens, n°259374](#)

Délégations de service public**PRECISIONS SUR LA NOTION DE « SOCIÉTÉS EN COURS DE CONSTITUTION »**

L'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales autorise les « *sociétés en cours de constitution* » à candidater.

N'entre pas dans cette catégorie une société d'économie mixte dont seul le principe de la créa-

tion et un projet de statuts ont été adoptés, n'ayant réuni que quelques engagements de participation et dont les formalités nécessaires à la constitution, y compris l'ouverture d'un compte en banque, n'étaient pas réalisées à la date limite de réception des candidatures.

➔ [CAA Bordeaux, 13 octobre 2011, SARL Labhya, n°10BX02465](#)

DELEGATION DE SERVICE PUBLIC ET CLAUSE ILLEGALE

L'illégalité d'une clause tarifaire dans l'offre retenue, qui prévoyait des tarifs préférentiels pour les habitants de la collectivité délégante, ne saurait conduire à enjoindre aux parties de résilier la convention de délégation de service public dès lors que cette clause n'a pas été déterminante dans le choix proposé et qu'elle n'a pas d'incidence notable sur l'équilibre économique et financier du contrat.

Tirant les conséquences de l'annulation partielle de la décision de signer le contrat en tant qu'elle

approuve la clause illégale, le juge ne commet aucune erreur en enjoignant seulement la collectivité délégante de procéder, d'un commun accord avec le délégataire, à la régularisation du contrat de délégation de service public par la suppression de cette clause.

➔ [CAA Bordeaux, 13 juillet 2011, Société des crématoriums de France, n°10BX01939](#)

CONCESSIONS D'AUTOROUTE

Le Conseil d'État est amené à se prononcer sur la qualification de contrats portant sur la construction d'ouvrages « accessoires » à une autoroute et considère que les pavillons destinés aux personnels affectés à l'entretien de l'autoroute permettent d'assurer la continuité du fonctionnement de l'autoroute, notamment en cas d'incident ; il en a déduit que ces pavillons présentent un lien direct avec le fonctionnement de l'autoroute, de sorte

que les marchés de réalisation desdits pavillons « portent sur la construction de l'ouvrage autoroutier ».

Les litiges nés de l'exécution de ces contrats relèvent donc de la compétence du juge administratif.

➔ [CE, 23 décembre 2011, Société Autoroutes Paris-Rhin-Rhône, n°340348](#)

Domaine public

PUBLICATION DE LA PARTIE RÉGLEMENTAIRE DU CGPPP

Entré en vigueur le 23 novembre 2011, le décret n°2011-1612 crée les quatre premières parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques, complétant ainsi la partie législative adoptée par l'ordonnance du 21 avril 2006.

La première partie rassemble les dispositions relatives aux modes et procédures d'acquisition des propriétés publiques.

La deuxième partie détermine les règles générales de gestion des propriétés publiques.

➔ [Décret n°2011-1612 du 22 novembre 2011 relatif aux première, deuxième, troisième et quatrième parties réglementaires du code général de la propriété des personnes publiques](#)

La troisième partie comprend les règles relatives aux ventes de biens meubles et immeubles des personnes publiques.

Enfin, les dispositions de la quatrième partie comprennent les règles applicables aux opérations de prise en location effectuées par les personnes publiques ainsi que diverses règles relatives à la gestion des biens que l'État utilise sans en être propriétaire.

DELAI DE FORCLUSION DE L'INDEMNISATION D'UNE SERVITUDE LONGITUDINALE

Le Conseil d'État précise dans cet arrêt le point de départ du délai de six mois dans lequel il peut être réclamé une indemnisation en raison de l'institution d'une servitude de passage le long du littoral, dite *servitude longitudinale*.

Ce délai est été fixé au plus tard à la date d'achèvement des travaux destinés à matérialiser la servitude.

➔ [CE, 30 septembre 2011, Mme Lenoel, n°336664](#)

CONDITIONS D'APPARTENANCE D'UN BIEN AU DOMAINE PUBLIC

Le Conseil d'État rappelle qu'avant la date d'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, un bien propriété d'une personne publique et directement affecté à l'usage du public, appartenait au domaine public.

En revanche, si le bien n'était pas directement affecté à l'usage du public, son appartenance au

domaine public était soumise 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.

Le code général de la propriété des personnes publiques a modifié la dernière condition en précisant à son article L. 2111-1 que désormais, le bien

affecté à un service public doit avoir fait l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public pour appartenir au domaine public.

En application des conditions applicables avant l'entrée en vigueur du code général de la propriété des personnes publiques, le Conseil d'État a considéré que des terrains situés dans une réserve naturelle n'appartenaient pas au domaine public faute d'aménagements spéciaux, et ce malgré le

fait qu'ils aient été clôturés et qu'ils soient en partie occasionnellement ouverts au public sous la responsabilité de l'éleveur (occupant desdites parcelles en vertu d'une convention).

Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que le caractère administratif de la convention conclue entre l'éleveur qui exploite ces terrains et un syndicat mixte pour en définir l'usage est sans incidence sur la nature du domaine.

➔ [CE, 28 septembre 2011, M. Jullian, n°343690](#)

CONTRAVENTION DE GRANDE VOIRIE

Le Conseil d'État reprend ici les dispositions du code général de la propriété des personnes publiques relatives aux contraventions de grande voirie et précise que les personnes susceptibles d'être poursuivies pour cette infraction sont soit celles qui ont commis, ou pour le compte desquelles a été commise l'action qui est à l'origine de l'infraction, soit celles sous la garde desquelles se trouvait l'objet cause de la contravention.

En l'espèce, les requérants ayant reconnu entretenir l'ouvrage, le Conseil d'État a confirmé l'analyse de la Cour administrative d'appel qui avait attribué la garde effective de l'ouvrage aux requérants et qui les avait donc condamnés au titre de la contravention de grande voirie.

➔ [CE, 9 novembre 2011, M. et Mme Duval, n°341399](#)

REGLES DE PASSATION DES BAUX EMPHYTEOTIQUES ADMINISTRATIFS

Le décret du 30 décembre 2011 introduit dans la partie réglementaire du code général des collectivités territoriales deux nouveaux articles.

En application de l'article R. 1311-1, les baux conclus pour les besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale doivent faire l'objet d'une procédure d'évaluation préalable obligatoire dès lors qu'ils comprennent un loyer annuel d'au moins 1 M€ hors taxes.

L'article R. 1311-2 précise quant à lui que les mesures de publicité et de mise en concurrence devant précéder la conclusion du bail sont obligatoires pour ceux accompagnés d'une convention non détachable qui constitue un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics ou toute convention non détachable présentant les caractéristiques d'un de ces contrats.

Ce dernier article indique en outre que les mesures de publicité et de mise en concurrence devant être mises en œuvre sont celles prévues par les dispositions applicables au type de contrat dont relève la convention non détachable.

➔ [Décret n°2011-2065 du 30 décembre 2011 relatif aux règles de passation des baux emphytéotiques administratifs](#)

Urbanisme et aménagement

PRIVATION D'EFFET DE LA LOI DE VALIDATION DES CONCESSIONS D'AMENAGEMENT PASSES SANS PUBLICITE NI MISE EN CONCURRENCE

Confirmant la position adoptée par plusieurs cours administratives d'appel, le Conseil d'État écarte l'application de l'article 11 de la loi du 20 juillet 2005 validant, sous réserve des décisions de justice passées en force de chose jugée, l'ensemble des conventions d'aménagement signées avant la publicité de cette loi en tant que leur légalité serait contestée au motif que la désignation de l'aménageur n'a pas été précédée d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes.

Le Conseil d'État juge qu'en l'absence d'un motif impérieux d'intérêt général, l'article 11 de la loi du 20 juillet 2005 ne pouvait faire obstacle à l'application du droit de l'Union européenne soumettant la passation des conventions d'aménagement à une procédure de publicité et de mise en concurrence.

➔ [CE, 18 novembre 2011, SNC Eiffage Aménagement, n°342147](#)

DEVOLUTION D'UNE MISSION D'AMENAGEMENT

L'Établissement public d'aménagement Euroméditerranée créé par décret a pour objet de procéder à l'aménagement des espaces à Marseille compris dans le périmètre d'une opération d'intérêt national pour laquelle l'État exerce les principales compétences d'urbanisme dévolues aux collectivités territoriales.

Les missions d'aménagement confiées à cet établissement public dans le cadre de l'opération pour laquelle il a été créé relèvent ainsi d'une collaboration entre l'ensemble des personnes publiques concernées par cette opération et représentées au conseil d'administration de

l'établissement et peuvent lui être dévolues sans formalités de publicité ni mise en concurrence, dès lors que ces dernières sont régulièrement mises en œuvre par l'établissement pour les marchés qu'il passe en qualité de maître d'ouvrage.

En revanche, les marchés passés par cet établissement public sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.

➔ [CE, 23 décembre 2011, Établissement public d'aménagement Euroméditerranée, n°351505](#)

Droit de la concurrence

DROIT DE LA CONCURRENCE ET SPL

Saisie pour avis par le syndicat professionnel Entreprises générales de France – BTP (EGF-BTP), l'Autorité de la concurrence a formulé les observations suivantes sur la création des sociétés publiques locales (SPL) :

- Il est recommandé aux collectivités de procéder à une analyse préalable des coûts et des avantages respectifs des différents modes de gestion des services publics à la disposition des collectivités avant de faire leur choix en faveur de l'un ou l'autre ;
- Si les caractéristiques des SPL permettent à celles-ci de satisfaire les conditions posées pour bénéficier de l'exception « *in house* », la condition relative à l'exigence d'un « *contrôle analogue* » sur la SPL à celui existant sur une structure interne à la collectivité appelle une vigilance particulière de la part des collectivités de rattachement lors de la définition et de l'application des statuts de leur SPL ;

- Il est recommandé aux collectivités publiques d'être particulièrement vigilantes lorsqu'elles accordent des compensations financières à des SPL exerçant une activité économique dans la mesure où ces transferts financiers sont susceptibles de contrevenir à la réglementation européenne des aides d'État ; il est ainsi recommandé que chaque compensation financière soit précisément encadrée.

➔ [Autorité de la concurrence, avis n°11-A-18 du 24 novembre 2011 relatif à la création des sociétés publiques locales](#)

TARIFS DU GAZ

Le juge des référés du Conseil d'État a suspendu l'exécution de l'arrêté ministériel du 29 septembre 2011 maintenant à l'identique les tarifs réglementés du gaz applicables aux clients résidentiels et aux petits clients professionnels dans la mesure où :

- L'existence d'un doute sérieux sur la légalité de l'arrêté du 29 septembre 2011 pouvait être retenue puisque la Commission de régulation de l'énergie consultée pour avis avait estimé que l'évolution des tarifs fixée par l'arrêté contesté était très insuffisante et que les ministres ne pouvaient valablement suspendre l'application de la formule tarifaire ;
- La condition d'urgence est satisfaite dès lors (i) que les entreprises requérantes sont nouvellement entrées sur le marché de la distribution du gaz et (ii) que du fait de leur mode d'approvisionnement, un gel durable des tarifs réglementés est de nature à créer un phénomène de ciseau tarifaire selon lequel les coûts complets de ces opérateurs seraient supérieurs aux tarifs réglementés, affectant leur marge et compromettant leur présence sur le marché de la distribution du gaz ainsi que l'objectif public d'ouverture de ce marché à la concurrence.

Les ministres concernés se sont prononcés sur la fixation des tarifs réglementés de vente du gaz naturel dans un arrêté du 22 décembre 2011.

➔ [CE ord., 28 novembre 2011, Association nationale des opérateurs détaillants en énergie, n°353554](#)

➔ [Arrêté du 22 décembre 2011 relatif aux tarifs réglementés de vente du gaz naturel fourni à partir des réseaux publics de distribution de GDF Suez](#)

Procédure contentieuse – contrats de la commande publique

REFERE PRECONTRACTUEL ET INTERETS LESES

Le candidat requérant n'est pas susceptible d'avoir été lésé au stade de l'examen des offres par un manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de mise en concurrence dès lors que son offre est irrégulière et doit être éliminée comme telle avant même d'être examinée en raison de l'absence de signature de l'acte

d'engagement par une personne dûment mandatée ou habilitée à engager l'entreprise candidate.

➔ [CE, 27 octobre 2011, Département des Bouches-du-Rhône, n°350935](#)

REFERE PRECONTRACTUEL ET INTERET A AGIR DE L'ATTRIBUTAIRE

Le Conseil d'État abandonne sa jurisprudence concernant l'introduction d'un référé précontractuel par l'attributaire du contrat.

Dans un arrêt *Communauté d'agglomération de Saint-Etienne* du 19 septembre 2007, le Conseil d'Etat avait reconnu à l'attributaire d'un contrat le droit d'introduire un référé précontractuel dès lors que le marché était conclu selon une procédure irrégulière.

Le Conseil d'État revient sur cette jurisprudence en considérant que l'entreprise attributaire n'a pas intérêt à agir à l'encontre de la procédure de

passation du contrat devant le juge des référés précontractuels : elle n'est donc pas susceptible d'être lésée par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

➔ [CE, 23 décembre 2011, Département de la Guadeloupe, n°350231](#)

➔ [CE, 19 septembre 2007, Communauté d'agglomération de Saint-Etienne, n° 296192](#)

REFERE PRECONTRACTUEL ET PHASE DE SELECTION DES OFFRES

Le Conseil d'État précise l'étendue des pouvoirs du juge des référés précontractuels lorsqu'un pouvoir adjudicateur retient une offre qui ne respecte pas la réglementation générale.

Le juge rappelle ici que dans le cas d'un tel manquement qui concerne la phase de sélection des offres, le juge ne pourra annuler la procédure qu'à compter de l'examen de ces offres.

➔ [CE, 30 septembre 2011, Département de la Haute-Savoie, n°350153](#)

RECOURS « TROPIC » ET INTERETS LESES

Dans cette décision, la Cour administrative d'appel de Marseille applique une jurisprudence bien établie concernant la recevabilité d'un recours exercé par un candidat évincé.

Par un jugement *Cegelec Paris*, le tribunal administratif de Paris avait déjà considéré que le juge du contrat saisi d'un recours sur le fondement de la décision *Tropic* n'avait pas à rechercher si les manquements invoqués par le requérant étaient susceptibles de l'avoir lésé.

Dans cette même logique, mais au cas particulier d'un recours contre un acte détachable, le Conseil d'État avait également eu l'occasion dans une décision *Société Lyonnaise des Eaux France* du 11 mai 2011 de casser pour erreur de droit la décision des juges d'appel qui avaient considéré que le juge

de l'exécution devait rechercher si l'entreprise qui l'avait saisi de conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au pouvoir adjudicateur de saisir le juge du contrat pour voir constater la nullité de ce contrat se prévalait de manquements susceptibles de l'avoir lésée, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Dans la décision commentée, la Cour s'inscrit dans cette jurisprudence en jugeant que la recevabilité d'un recours exercé par les concurrents évincés devant le juge du contrat pour en contester la validité n'est pas subordonnée à la démonstration qu'ils seraient susceptibles d'être lésés.

La simple qualité de concurrent évincé suffit donc.

➔ [CAA Marseille, 10 octobre 2011, Département de la Corse du Sud, n°09MA04637](#)

➔ [CE, 11 mai 2011, Société Lyonnaise des Eaux France, n° 337927](#)

➔ [TA Paris, 2 juillet 2010, Cegelec Paris, n° 0812756](#)

RECEVABILITE DU REFERE CONTRACTUEL

ET SANCTION DES MANQUEMENTS COMMIS PAR LE POUVOIR ADJUDICATEUR

Un requérant est recevable à former un référé contractuel lorsque le pouvoir adjudicateur l'a informé du rejet de son offre mais n'a pas mentionné le délai de suspension que s'imposait le pouvoir adjudicateur avant la conclusion du marché.

Par ailleurs, le Conseil d'État fait une application directe de la directive du 21 décembre 1989 modifiée qui prévoit que *« lorsque le contrat est conclu pendant le délai de suspension de la signature du contrat consécutif à l'envoi de la notification de la décision d'attribution du marché aux opérateurs économiques ayant présenté une candidature ou une offre, ou durant l'instance devant le juge du référé précontractuel, les États membres doivent prévoir l'absence d'effets du marché ou des sanctions de substitution effectives, proportionnées et dissuasives qui consistent soit à imposer des pénalités financières au pouvoir adjudicateur, soit à abrégé la durée du marché »*.

Conformément à cette disposition, le Conseil d'État condamne le pouvoir adjudicateur à une pénalité financière d'un montant de 10.000 euros à verser au Trésor public pour avoir signé le contrat relatif à l'un des lots deux jours seulement après l'envoi au requérant de la notification du rejet de son offre qui ne prévoyait le respect d'aucun délai de suspension avant la signature du contrat.

Enfin, le Conseil d'État annule les contrats relatifs à deux autres lots, à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de sa décision, en raison de la méconnaissance par le pouvoir adjudicateur de ses propres critères de jugement des offres.

➔ [CE, 30 novembre 2011, Société DPM Protection, n°350788](#)

QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITE

Les dispositions d'une ordonnance qui n'a pas été ratifiée (en l'espèce, l'ordonnance du 7 mai 2009 relative aux procédures de recours applicables aux contrats de la commande publique) ont un caractère réglementaire, de sorte qu'elles ne sont pas au

nombre des dispositions législatives susceptibles de faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité.

➔ [CE, 27 octobre 2011, Société TAT, n°350790](#)

ACTIONS OUVERTES A L'ACQUEREUR DE L'OUVRAGE

ET NULLITE DU CONTRAT ET RECEVABILITE DES MOYENS NOUVEAUX

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat rappelle que la cession d'un ouvrage :

- a pour effet de transmettre à l'acquéreur l'action en garantie décennale qui accompagne l'immeuble, en application des principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil ;
- mais ne lui confère pas l'ensemble des droits résultant des obligations contractuelles souscrites par les constructeurs à l'égard de leurs cocontractants. Dès lors, l'acquéreur, en l'absence de contrat qui le lie aux constructeurs, ne peut pas rechercher leur responsabilité contractuelle.

Par ailleurs, tout en appliquant la jurisprudence *Société Citécable Est* (selon laquelle lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater la nullité du contrat, les parties au contrat peuvent invoquer des moyens tirés de leur responsabilité quasi-contractuelle ou quasi-délictuelle bien qu'ils reposent sur des causes juridiques nouvelles), le Conseil d'Etat précise que ces moyens ne peuvent pas être soulevés au-delà du délai d'appel lorsque la nullité du contrat a été constatée par le juge de première instance.

- [CE, 9 décembre 2011, Communauté d'Alès, n° 342283](#)
- [CE, Sect., 20 octobre 2000, Société Citécable Est, n° 196553](#)

INDEMNISATION DU BENEFICIAIRE EN CAS DE NULLITE DU CONTRAT

Par une décision de Section *Société Decaux* du 10 avril 2008, le Conseil d'Etat avait jugé que l'entreprise qui a elle-même commis une faute grave en se prêtant à la conclusion d'un marché dont elle ne pouvait ignorer l'illégalité compte tenu de son expérience n'est pas fondée à demander l'indemnisation de la perte de son bénéfice lorsque cette faute constitue la seule cause directe du préjudice subi.

Tout en reprenant le considérant de principe de la décision *Société Decaux*, la décision *Communauté*

de communes de Verdun ne retient pas la faute de la société cocontractante qui avait signé un contrat avec une personne publique incompétente et juge qu'un marché signé par une personne publique incompétente relève de la seule responsabilité de l'administration.

Il ne saurait donc être reproché à la société cocontractante d'avoir contracté avec une collectivité dont elle n'avait pas de raison de douter de la compétence, le syndicat n'ayant pas reçu compétence de la part de ses communes membres.

- [CE, 18 novembre 2011, Communauté de communes de Verdun, n°342642](#)
- [CE, Sect., 10 avril 2008, Société Decaux, n°244950](#)

LEGALITE DES ACTES ADMINISTRATIFS ET VICES DE PROCEDURE

Par un arrêt d'Assemblée du 23 décembre 2011, le Conseil d'Etat fait pour la première fois application de l'article 70 de la loi de simplification de droit du 17 mai 2011 qui prévoit que « *lorsque l'autorité administrative, avant de prendre une décision, procède à la consultation d'un organisme, seules les irrégularités susceptibles d'avoir exercé une influence sur le sens de la décision prise au vu de l'avis rendu peuvent, le cas échéant, être invoquées à l'encontre de la décision* ».

Conformément à ce texte, il revient sur sa jurisprudence ancienne et constante concernant les vices entachant les procédures de consultation : jusque là, en effet, le Conseil d'Etat distinguait les procédures de consultation obligatoires pour lesquelles tout vice entachait d'illégalité la décision, des consultations facultatives pour lesquelles seul un vice ayant une incidence entachait la décision.

Dorénavant, en vertu du « *principe dont s'inspire* » la règle énoncée par l'article 70 précité, un vice affectant « *le déroulement d'une procédure administrative préalable* », suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision administrative prise à son issue que (i) s'il a été susceptible d'exercer en l'espèce une influence sur le sens de la décision prise ou (ii) s'il a privé les intéressés d'une garantie.

Le Conseil d'Etat précise également que l'application de ce principe n'est pas exclue en cas d'omission d'une procédure obligatoire, à condition qu'une telle omission n'ait pas pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.

**FRECHE & ASSOCIES
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 FRECHE

François-Charles BERNARD

Hugues VIGNON

Patrick E. DURAND

Nicolas DOURENS

Roland de MOUSTIER

En l'espèce, le Conseil d'Etat considère que l'omission de consultation préalable des comités techniques paritaires sur le principe de la fusion des ENS de Lyon et de Fontenay-Saint-Cloud a privé les représentants du personnel d'une garantie, entachant dès lors d'illégalité le décret attaqué.

En définitive, l'intérêt de l'arrêt du 23 décembre 2011 ne réside pas tant dans le fait qu'il fait une première application de l'article 70 de la loi du 17 mai 2011, mais plutôt dans la circonstance que (i) il énonce un principe général dont ce texte s'inspire ce qui permet d'appliquer ce principe aux procédures lancées avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2011 (en l'espèce, il s'agissait d'un décret du 10 décembre 2009) et (ii) alors que l'article 70 vise les seules consultations préalables, le principe général énoncé par le Conseil d'Etat concerne tout le « déroulement d'une procédure administrative préalable ».

➔ [CE, Ass., 23 décembre 2011, M. Danthony, n° 335033](#)

★

PUBLICATIONS RECENTES ET ACTUALITE DU CABINET

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

À lire, notamment, [les premiers commentaires](#) sur les projets d'ordonnance et de décret sur la correction de la réforme des lotissements dont l'entrée en vigueur est prévue le 1^{er} mars 2012.

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 de-