

# LA LETTRE D'INFORMATION

## Droit public des affaires

N°4 – Avril 2012

### SOMMAIRE

- Contrats publics (p. 1)
- Marchés publics (p. 2)
- Délégations de service public (p. 5)
- Domaine public (p. 7)
- Réglementation (p. 7)
- Procédure contentieuse - contrats (p. 8)
- Procédure contentieuse - généralités (p. 10)
- Actualité du Cabinet (p. 12)

### Contrats publics – Champ de la commande publique

**SOUS CERTAINES CONDITIONS, LA COOPÉRATION ENTRE PERSONNES PUBLIQUES POUR L'EXPLOITATION D'UN SERVICE PUBLIC N'EST PAS SOUMISE AUX RÈGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE.**

Marquant l'aboutissement d'une évolution engagée avec la décision *Teckal* du 18 novembre 1999 et poursuivie avec la décision *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008, la CJUE avait défini dans une décision *Commission c/ RFA* du 9 juin 2009 les conditions dans lesquelles des personnes publiques peuvent collaborer pour la gestion de leurs services publics sans être tenues d'appliquer les règles de la commande publique.

Cette décision avait très rapidement trouvé un écho dans la législation nationale avec la loi du 16 décembre 2010 *de réforme des collectivités territoriales* qui, en modifiant l'article L. 5111-1 du code général des collectivités territoriales des articles et en créant l'article L. 5111-1-1, a défini les conditions dans lesquelles, hors des règles de la commande publique, certaines collectivités publiques peuvent conclure entre elles des conventions de prestations de services.

Rendue sur conclusions contraires du Rapporteur public qui y voyait un marché public, la décision *Commune de Veyrier-du-Lac* du Conseil d'État du 3 février 2012 s'inspire très explicitement de cette logique en l'appliquant au cas d'une *entente* de l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales.

Le Conseil d'État juge qu'une commune peut conclure sans appliquer les règles de la commande publique « *une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un service public, à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel* ».

La décision est à remarquer à plus d'un titre : d'abord parce que l'article L. 5221-1 ne vise pas exactement l'exercice commun de mêmes missions puisqu'il limite son objet à la conservation à frais communs d'ouvrages ou d'institutions d'utilité commune, alors que l'article L. 5111-1 vise lui beaucoup plus directement la réalisation de prestations de services.

Ensuite, parce que seul l'article L. 5111-1 définit les conditions permettant aux conventions d'être conclues le cas échéant hors code des marchés publics.

Toujours est-il que cette décision, dont les conséquences opérationnelles restent à apprécier, ouvre une nouvelle voie de coopération entre personnes publiques qui appellera toutefois de nombreuses interrogations au cas par cas quant à la compatibilité des conventions ainsi conclues avec le droit communautaire.

- ➔ [CE, 3 février 2012, Commune de Veyrier-du-Lac et Communauté d'agglomération d'Annecy, n°353737](#)
- ➔ [CJUE, 9 juin 2009, Commission c/ RFA, Aff. n°C-480/06](#)
- ➔ [CJUE, 13 novembre 2008, Coditel Bradant, Aff. n°C-324/07](#)
- ➔ [CJUE, 18 novembre 1999, Teckal Sarl, Aff. n° C-107/98](#)

#### CARACTÈRE ADMINISTRATIF DES CONTRATS D'ACHAT D'ÉNERGIE « VERTE »

Le Conseil d'État censure l'article 8 de l'ordonnance du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie qui prévoyait, s'agissant des contrats conclus par EDF avec des entreprises locales de distribution pour l'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables, que seuls ceux ayant été conclus après le 14 juillet 2010 reçoivent la qualification de contrat administratif.

Selon le Conseil d'État, l'habilitation donnée au gouvernement ne lui donnait pas « le pouvoir de

*remédier, pour le passé, indépendamment de toute codification, à une éventuelle méconnaissance par les mêmes dispositions législatives des règles et principes de valeur constitutionnelle ou des traités internationaux ».*

Ainsi, les contrats d'achat d'électricité produite à partir d'énergies renouvelables sont bien des contrats administratifs en vertu de la loi du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement dite « Grenelle 2 ».

- ➔ [CE, 21 mars 2012, Société EDF, n°349415](#)

## Marchés publics

#### CONTRÔLE DU JUGE DE L'APPRÉCIATION PORTÉE SUR LES CANDIDATURES

L'appréciation portée par la commission d'appel d'offres sur la recevabilité des candidatures au regard des garanties et capacités techniques et financières que présentent les candidats est soumise à un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation par le juge de l'excès de pouvoir.

Entache ainsi sa décision d'erreur manifeste d'appréciation le pouvoir adjudicateur qui rejette une candidature en raison d'une insuffisance de références, faute de détention de la qualification « Travaux publics 5 500 », alors que l'entreprise fournissait à l'appui de sa candidature de nombreuses références de travaux exécutés ou en cours et de certificats de capacité attestant de la réalisation de prestations analogues aux travaux objet du marché dont certains pour le compte du pouvoir adjudicateur lui-même ou d'autres collectivités locales.

- ➔ [CE, 23 janvier 2012, Commune de Six-Fours-les-Plages, n°346970](#)

#### MÉMOIRE DE RÉCLAMATION ET ARTICLE 34.1 DU CCAG-FCS

Le Conseil d'État fait une nouvelle application de la procédure de réclamation préalable obligatoire prévue par l'article 34.1 du CCAG-FCS dans un

délai de 30 jours (deux mois en application de l'article 37.2 du nouveau CCAG-FCS) à compter de la naissance du différend à peine

d'irrecevabilité du recours porté ensuite devant le juge administratif.

Dans cette affaire, le cocontractant avait adressé à la personne publique une mise en demeure de prendre position sur sa rémunération avant une date qu'il avait lui-même indiquée. Le Conseil d'État considère qu'en l'absence de réponse de la

collectivité, le différend est né à la date fixée par la mise en demeure.

Il est également précisé que le mémoire en réclamation doit non pas simplement avoir été envoyé mais bien être parvenu dans le délai prévu au CCAG-FCS.

➤ [CE, 23 janvier 2012, Département des Bouches-du-Rhône, n°348725](#)

### RÉCEPTION AVEC RÉSERVES ET GARANTIE DÉCENNALE

La réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve et qui met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs.

En l'absence de stipulations particulières prévues par les documents contractuels, lorsque la réception d'un ouvrage par le maître de l'ouvrage est prononcée avec réserves, les rapports contractuels entre ce dernier et les constructeurs ne se poursuivent qu'au titre des travaux ou des parties de l'ouvrage ayant fait l'objet des réserves.

Aussi, les désordres apparus après cette réception, dénués de lien avec les travaux ayant fait l'objet de réserves, qui sont de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination, engagent la responsabilité décennale des constructeurs.

➤ [CE, 16 janvier 2012, Commune du Château d'Oléron, n°352122](#)

### RESPONSABILITÉ DES CONSTRUCTEURS ET DÉCOMPTE GÉNÉRAL ET DÉFINITIF

La Cour administrative d'appel de Versailles considère dans un premier temps et de manière classique que les relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et les constructeurs sont maintenues tant que les réserves émises lors de la réception n'ont pas été levées, seule la responsabilité contractuelle des constructeurs pouvant être recherchée.

Toutefois et dans un second temps, la Cour estime qu'une fois que le décompte général a été signé et

est devenu définitif, le maître d'ouvrage ne peut plus demander aux constructeurs que lui soient payées les sommes au titre de la réparation tant des préjudices financiers subis à l'occasion des travaux que des dommages relatifs à l'état de l'ouvrage, alors même que les réserves émises lors de la réception de l'ouvrage concernant ces dommages n'ont pas été levées et que le maître d'ouvrage a saisi le juge administratif d'une action en responsabilité des constructeurs.

➤ [CAA Versailles, Plén., 5 janvier 2012, Société Nouvelle Issy Décor, n°10VE01089](#)

### MODIFICATION D'UNE OFFRE

Le Conseil d'État fait application du principe dégagé dans sa décision *Département des Hauts-de-Seine* du 21 septembre 2011 selon lequel une offre peut être modifiée si cette modification a pour objet de rectifier une erreur purement matérielle, d'une nature telle que nul ne pourrait s'en prévaloir de bonne foi dans l'hypothèse où le candidat verrait son offre retenue.

En l'espèce, le candidat avait de toute évidence commis une erreur matérielle en indiquant un coût journalier au lieu d'un coût horaire.

Mais puisqu'à la suite d'une demande de précision du pouvoir adjudicateur, le candidat avait modifié le coût horaire qui pouvait être déduit de son offre initiale, il ne pouvait être considéré qu'il s'agissait de la rectification d'une erreur purement matérielle.

➔ [CE, 16 janvier 2012, Département de l'Essonne, n°353629](#)

➔ [CE, 21 septembre 2011, Département des Hauts-de-Seine, n°349149](#)

#### DROIT À INDEMNISATION EN CAS DE CHANCES SÉRIEUSES D'OBTENIR LE MARCHÉ

Lorsqu'une entreprise candidate à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière, il appartient au juge de vérifier si l'entreprise avait ou non des chances sérieuses d'emporter le marché. Si tel est le cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner.

Dans cette affaire, le juge estime que la seule circonstance que l'offre de l'entreprise a été, avant la découverte de l'erreur ayant conduit à l'irrégularité de la procédure, jugée comme étant la mieux disante suffit à établir que l'entreprise avait une chance sérieuse d'obtenir le marché.

Dès lors, celle-ci justifie un droit à indemnisation de l'intégralité du manque à gagner, déterminé en fonction du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait exécuté.

➔ [CAA Nancy, 9 février 2012, Société Eurovia Alsace Franche-Comté, n°11NC00127](#)

#### CARACTÈRE INCOMPLET D'UN DOSSIER – PROCÉDURE D'APPEL D'OFFRE SPÉCIFIQUE

Il résulte des dispositions du I de l'article 12 du décret du 4 décembre 2002 *relatif à la procédure d'appel d'offres pour les installations de production d'électricité* que les dossiers incomplets ne sont pas instruits.

En présence d'un dossier incomplet, la Commission de régulation de l'énergie est donc fondée à décider de ne pas l'instruire.

➔ [CE, 8 février 2012, Société Airas 1 SAS, n°332557](#)

#### MÉMOIRE EN RÉCLAMATION – ARTICLE 50 CCAG TRAVAUX

Le Conseil d'État rappelle que pour être qualifiés comme tels, les mémoires en réclamation des entreprises prévus par l'article 50 du CCAG Travaux doivent comporter une véritable motivation des sommes réclamées et la justification de celles-ci.

En l'espèce, la société avait transmis au maître d'ouvrage un document qui ne comportait « *aucun motif de réclamation ni aucun exposé d'un différend* » et qui se limitait en fait à reproduire un devis en le désignant comme une facture.

Ce document ne pouvant être qualifié de mémoire de réclamation, il a donc été jugé que l'entreprise avait introduit son recours sans transmettre un mémoire de réclamation préalable comme l'impose l'article 50 du CCAG Travaux et que ce recours était en conséquence irrecevable.

Ce principe dégagé à propos de l'ancien CCAG Travaux semble pouvoir également recevoir application pour le nouveau CCAG Travaux issu de l'arrêté du 8 septembre 2009.

➔ [CE, 15 février 2012, Commune de Souclin, n° 346255](#)

➔ [CE, 5 octobre 2005, SNC Quillery Centre, n°266368](#)

### TRANSFERT DE LA QUALITÉ DE MANDATAIRE DU GROUPEMENT

Par son arrêt *Communauté urbaine de Lyon*, le Conseil d'État juge qu'une entreprise qui a renoncé à poursuivre l'exécution d'un marché en raison de sa mise en redressement judiciaire peut perdre sa qualité de mandataire.

En l'espèce, le renoncement de l'entreprise mandataire à continuer les travaux et l'achèvement de

ceux-ci par le seul autre membre du groupement a eu pour effet de transférer la qualité de mandataire à celui-ci, de sorte que l'ancien mandataire ne pouvait plus réclamer l'établissement du décompte du marché, et ce d'autant plus que le nouveau mandataire l'avait accepté sans réserves.

➔ [CE, 19 mars 2012, Communauté urbaine de Lyon, n°346263](#)

### OFFRE ANORMALEMENT BASSE (CONTRÔLE DU JUGE)

Par l'arrêt *Département de la Corse du Sud*, le Conseil d'État précise que le contrôle du juge sur le rejet d'une offre anormalement basse se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation.

Pour limité qu'il soit à l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle porté par le juge sur une offre doit néanmoins le conduire à envisager toutes les possibilités pour le candidat de justifier le prix de celle-ci.

Ainsi, dans le cas d'espèce, le juge des référés précontractuels ne pouvait qualifier l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur d'anormalement basse compte tenu de l'obligation de reprise du personnel de l'ancien attributaire sans s'interroger sur la possibilité pour l'attributaire de compenser le coût de ce personnel en l'affectant à d'autres marchés « *et donc de n'imputer, pour le calcul du prix de l'offre, qu'un coût salarial correspondant aux heures effectives de travail requises par la seule exécution du marché* ».

➔ [CE, 1<sup>er</sup> mars 2012, Département de la Corse du Sud, n°354159](#)

### OFFRE ANORMALEMENT BASSE (CONDITIONS D'APPRÉCIATION PAR LE POUVOIR ADJUDICATEUR)

La Cour de justice rappelle les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur doit examiner les offres qu'il considère comme anormalement basse.

Les offres considérées comme anormalement basses peuvent être « *corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre* » et sous réserve que cela « *ne puisse pas apparaître à l'issue de la procédure de sélection des offres et au vu du résultat de celle-ci comme ayant indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande [de clarification]* ».

En outre, il est précisé que les demandes de clarification du pouvoir adjudicateur doivent être adressées de manière équivalente à tous les candidats et « *ne saurai[en]t intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur a pris connaissance de l'ensemble des offres* ».

Enfin, la Cour indique que « les demandes de clarification doivent porter sur tous les points de l'offre qui sont imprécis ou non conformes aux spécifications techniques du cahier des charges sans que le pouvoir adjudicateur puisse écarter l'offre pour manque de clarté d'un aspect de celle-ci qui n'a pas fait l'objet de cette demande » ce qui implique que les demandes de clarification des pouvoirs adjudicateurs devront être exhaustives.

➔ [CJUE, 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, Aff. n°C-599/10](#)

## Délégations de service public

### INDEMNISATION DES FRAIS FINANCIERS EN CAS DE NULLITÉ DU CONTRAT

Dans le cadre d'un litige relatif à l'indemnisation du cocontractant à la suite de la constatation de nullité d'une convention de délégation de service public, le Conseil d'État a admis un pourvoi contre l'arrêt d'appel en tant qu'il a pris en compte les frais financiers pour l'évaluation des dépenses utiles exposées par la société cocontractante pour l'exécution du contrat.

Si la question a déjà été tranchée en matière de marché public par la décision de Section *Société Jean-Claude Decaux* du 10 avril 2008 dans le sens de l'exclusion, elle restait jusqu'à présent plus discutée pour le cas des délégations de service public de type concessif, et ce d'autant plus que pour celles-ci, le Conseil d'État avait jugé antérieurement que la nullité du contrat ouvrait au cocontractant la possibilité d'être indemnisé du déficit supporté en raison de l'exploitation, « *compte tenu notamment des dotations aux amortis-*

*sements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service* » (CE, 16 novembre 2005, *Auguste et Commune Nogent-sur-Marne*, Rec. p. 507).

La solution que le Conseil d'État adoptera sera également des plus utiles en matière de contrats de partenariat qui, comme les délégations de service public de type concessif, ont notamment pour objet de confier au cocontractant de l'administration la charge du préfinancement et du financement des ouvrages.

➤ [CE, 15 février 2012, Commune de Castres, n° 351752](#)

➤ [CE, Sect., 10 avril 2008, Société Decaux, n°244950](#)

### CASINO ET SERVICE PUBLIC

La décision *SA Groupe Partouche* présente un intérêt à plusieurs titres.

Tout d'abord et dans le prolongement de la décision maintenant ancienne *Ville de Royan* du 25 mars 1966, le Conseil d'État précise les raisons pour lesquelles les conventions d'exploitation des casinos sont qualifiées de délégation de service public en indiquant que cette qualification n'est pas liée à l'activité de « jeux de casino » mais résulte du fait que ces conventions sont, de par la loi du 15 juin 1907 (codifiée dans le Code de la sécurité intérieure à compter du 1<sup>er</sup> mai prochain), assorties d'un cahier des charges imposant au cocontractant des obligations « *relatives notamment à la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique* ».

➤ [CE, 19 mars 2012, SA Groupe Partouche, n°341562](#)

Le Conseil d'État juge également que la convention d'exploitation du casino pouvait permettre au délégataire d'exercer une activité hôtelière sans pour autant méconnaître les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, qui interdisent de mettre à la charge du délégataire des services et paiements étrangers à l'objet de la délégation, dans la mesure où cette activité « *présentait un caractère accessoire de l'activité de jeux* ».

Enfin, le Conseil d'État considère que « *la redevance domaniale demandée à un casino ne pouvait être regardée comme incluse dans le plafond de 15 % fixé pour les prélèvements sur le produit brut des jeux* » prévu par l'article L. 2333-54 du code général des collectivités territoriales.

## Domaine des personnes publiques

### GESTION DES DÉPENDANCES DU DOMAINE PUBLIC

La Cour administrative d'appel de Marseille rappelle ici qu'il incombe à l'autorité administrative, lorsque ces dépendances sont le siège d'activités de production, de distribution ou de services, de prendre en considération diverses règles applicables à ces activités, telles que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ou l'ordonnance du 1er décembre 1986 et qu'il appartient également au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité des actes juridiques de gestion du domaine public au regard de ces principes et de ces règles.

➔ [CAA Marseille, 7 février 2012, SNC Besson, n°09MA03289](#)

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

### CONSISTANCE DU DOMAINE PUBLIC FERROVIAIRE

Un bien incorporé au domaine public ferroviaire avant 1982 n'en est pas sorti du seul fait de l'intervention de la loi du 30 décembre 1982 *d'orientation des transports intérieurs* et de la loi du 13 février 1997 et de leurs décrets d'application relatifs au domaine public, en l'absence de toute mesure de déclassement.

➔ [CE, 15 février 2012, SAS TDLC, n° 338059](#)

### PROMESSE NON TENUE

La promesse non tenue du maire de soumettre au conseil municipal un projet de vente constitue une faute susceptible d'engager la responsabilité extracontractuelle de la commune, permettant de prétendre uniquement à la réparation du préjudice directement causé par cette faute tel que celui correspondant aux dépenses qui ont pu être engagées sur la foi de cette promesse.

Dans cette affaire, un contrat de location avec option d'achat avait été conclu entre une collectivité et une SCI. Le maire de la commune avait informé cette dernière qu'il soumettrait au conseil municipal une proposition de cession de ce bâtiment pour un montant correspondant au capital

restant dû et aux loyers impayés, ce qui n'a jamais été fait.

Si la faute de la commune a bien été retenue, les préjudices invoqués tenant d'une part à la différence entre le prix de vente proposé par le maire et le prix plus élevé auquel le bâtiment avait été vendu plus tard à une autre société et, d'autre part, à l'application de la clause pénale du contrat de location à la suite de la résiliation et à l'existence de loyers demeurés impayés, ne pouvaient donner lieu à indemnisation étant sans lien direct avec la faute commise.

La perte de chance d'acquiescer le bâtiment n'est pas non plus admise.

➔ [CE, 1<sup>er</sup> mars 2012, SCI STEMMO, n°346673](#)

## Règlementation

### NAISSANCE DU CODE DE LA SÉCURITÉ INTÉRIEURE

L'article 102 de la [loi LOPPSI II](#) du 14 mars 2011 avait habilité le Gouvernement à procéder par ordonnance à la codification des dispositions légis-

latives relatives à la sécurité publique et à la sécurité civile.

Par l'[ordonnance n°2012-351](#) du 12 mars 2012, le Gouvernement a donc codifié les dispositions législatives relatives à la sécurité, et ce à droit constant, sous réserve toutefois des modifications qui seraient rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes, la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs, abroger les dispositions devenues sans objet et étendre, le cas échéant avec les adaptations nécessaires, les dispositions codifiées aux collectivités d'outre-mer.

Le code de la sécurité intérieure réunit l'ensemble des lois relatives à la sécurité publique et à la sécurité civile, et comprend sept parties (« livres ») :

- « *principes généraux et organisation de la sécurité intérieure* », qui définit les grandes notions et décrit les compétences respectives des autorités de police ;
- « *ordre et sécurité publics* », qui réunit notamment les règles applicables aux manifestations, à la lutte anti-terroriste, aux interceptions de sécurité et à la vidéoprotection ;
- « *polices administratives spéciales* », regroupant la réglementation des armes, des casinos et de certains commerces ;
- « *police nationale et gendarmerie nationale* », pour les textes généraux applicables à leurs personnels, à l'exception des dispositions statutaires, qui figureront soit dans le code général de la fonction publique (en préparation), soit dans le code de la défense ;
- « *polices municipales* » ;
- « *activités de sécurité privées* », reprenant et organisant les articles de la loi du 12 juillet 1983 ;
- « *sécurité civile* », pour les lois de 2004 et 2011 sur les sapeurs-pompiers, la protection générale de la population, l'organisation des secours et la gestion des crises.

Ce code entrera en vigueur le 1er mai 2012, tandis que la partie réglementaire reste encore à créer.

## [Procédure contentieuse – contrats de la commande publique](#)

### PROCÉDURE DE RÉFÉRÉ ET PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

Le juge des référés saisi sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative méconnaît les exigences de la contradiction dès lors qu'il notifie un mémoire en réplique aux défendeurs en les invitant à produire leurs observations « *aussi rapidement que possible* » et rend sa décision quatre jours après sans tenir d'audience.

Les indications portées dans l'acte de notification ne permettaient pas en effet aux défendeurs de

connaître dans quel délai ils étaient autorisés à produire leurs observations.

Si le juge des référés saisi en application de l'article L. 521-3 du code de justice administrative n'est pas tenu de statuer après audience publique, une telle audience aurait toutefois permis de dépasser l'imprécision de la formule de l'acte de notification en mettant en mesure les parties d'exposer leurs observations à l'orale avant que le juge rende sa décision.

➔ [CE, 15 février 2012, Société nationale des chemins de fer français, n°351174](#)

### CARACTÈRE LÉSANT DU CHOIX D'UNE OFFRE IRRÉGULIÈRE

Un candidat évincé peut invoquer devant le juge des référés précontractuels l'irrégularité de l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur dans la mesure où cette irrégularité est par principe susceptible de l'avoir lésé.

Toutefois, pour qu'une telle irrégularité présente un caractère lésant pour le requérant, il ne suffit pas que sa candidature ait été jugée recevable comme l'a, à tort, retenu le juge des référés précontractuels du Tribunal

administratif de Dijon : il convient en outre que son offre ne puisse pas être considérée comme inappropriée, irrégulière et irrecevable.

➔ [CE, 11 avril 2012, Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres, n°354652](#)

### CONTRÔLE DE LÉGALITÉ

Trois domaines sont définis comme prioritaires au niveau national pour le contrôle de légalité : la commande publique, l'urbanisme et l'environnement et la fonction publique territoriale.

Au sein de ces domaines, la circulaire du 25 janvier 2012 précise les actes dont le contrôle présente un enjeu majeur et qui nécessitent de la part des préfets un contrôle particulièrement vigilant.

➔ [Circulaire du 25 janvier 2012](#)

### ARTICULATION ENTRE LE RÉFÉRÉ PRÉCONTRACTUEL ET LE RÉFÉRÉ CONTRACTUEL

Dans son arrêt *Commune de Maizières-lès-Metz*, le Conseil d'État avait considéré que le référé contractuel, qui fait suite à un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur n'a respecté le délai de suspension de signature du contrat à compter de la saisine du juge des référés, n'était plus ouvert dès lors que le pouvoir adjudicateur était dans l'ignorance du référé précontractuel en raison de la méconnaissance par le demandeur de son obligation de notification de son recours en application de l'article R. 551-1 du code de justice administrative.

Le Conseil d'Etat précise ici qu'il en va différemment lorsque le pouvoir adjudicateur a été informé du recours par le greffe du tribunal avant que la signature du marché soit intervenue, alors même que le demandeur a méconnu son obligation de notifier son recours à la personne publique.

➔ [CE, 1<sup>er</sup> mars 2012, OPAC du Rhône, 355560](#)

➔ [CE, 30 septembre 2011, Commune de Maizières-lès-Metz, n°350148](#)

### CONTRAT DE CRÉDIT-BAIL (QUALIFICATION)

Par son arrêt *Centre Hospitalier de Saint-Brieuc*, la Cour administrative d'appel de Paris apporte certaines précisions sur la qualification des contrats de crédit-bail conclus par les personnes publiques sans toutefois éviter de susciter quelques interrogations.

La Cour juge que la convention de crédit-bail conclu par le centre hospitalier en vue de la construction d'un équipement de co-génération était un contrat de droit public dès lors que « *le contrat dont s'agit a eu pour objet de faire participer le co-contractant à l'exécution du service public hospitalier* ».

Cette interprétation extensive de la notion de participation à l'exécution du service public conduit ainsi à qualifier de contrat de droit public un contrat de crédit bail dont le Tribunal des conflits

avait pourtant estimé, à propos d'un contrat conclu par un concessionnaire, qu'il s'agissait d'un contrat de droit privé.

La Cour juge également « *qu'en égard à son objet purement financier, la convention passée entre le centre hospitalier de Saint Brieuc et la société FIP-Auxifip ne constituait ni un marché de travaux publics ni même l'accessoire d'un marché de travaux publics* ».

À cet égard, si la qualification d'un crédit-bail comme marché public de travaux peut être admise en droit interne dès lors que la condition de l'existence d'une maîtrise d'ouvrage publique n'est pas satisfaite, la question d'une possible qualification comme marché public de services ou comme marché public de travaux au sens du droit communautaire aurait pu peut-être se poser.

➔ [CAA de Paris, 22 novembre 2011, Centre hospitalier de Saint-Brieuc, n°08PA04001](#)

➔ [TC, 21 mars 2005, Société Slibail Énergie, n°C3436](#)

## Procédure contentieuse - Généralités

### DÉLÉGATION DE SIGNATURE – PRESCRIPTION QUADRIENNALE

En vertu de l'article R. 431-9 du code de justice administrative relatif à la représentation de l'État devant le tribunal administratif, les mémoires en défense présentés au nom de l'État sont signés par le ministre intéressé et les ministres peuvent déléguer leur signature dans les conditions prévues par la réglementation en vigueur.

Dans ce cadre, lorsque ni l'existence ni la publication d'une telle délégation de signature ne sont

contestés devant lui mais si le juge a un doute concernant la qualité du signataire d'un mémoire en défense opposant la prescription quadriennale au nom de l'État, il lui appartient de faire usage de ses pouvoirs d'instruction et d'inviter le signataire à justifier de sa qualité avant le cas échéant de refuser de faire droit à cette exception.

➔ [CE, 22 février 2012, \*Ministre de la défense\*, n° 339340](#)

### ÉTENDUE DU CONTRÔLE DU COMPTABLE PUBLIC

Le Conseil d'État revient sur l'étendue du contrôle exercé par les comptables publics sur la production des justifications pour apprécier la validité des créances.

Le comptable apprécie le caractère suffisant des pièces produites pour justifier une dépense engagée, ce qui le conduit à vérifier (i) si l'ensemble des pièces requises au titre de la nomenclature comptable applicable ont été fournies et (ii) si ces pièces sont, d'une part, complètes et précises, d'autre part, cohérentes au regard de la catégorie de la dépense définie dans la nomenclature applicable et de la nature et de l'objet de la dépense telle qu'elle a été ordonnancée.

Aussi, il peut être amené à porter une appréciation juridique sur les actes administratifs à l'origine de la créance.

En revanche, il ne lui appartient pas de contrôler la légalité de ces actes.

Il lui appartient néanmoins de suspendre le paiement, en cas d'insuffisance des pièces fournies pour établir la validité de la créance, jusqu'à ce que l'ordonnateur ait produit les justifications nécessaires.

➔ [CE, 8 février 2012, \*Ministre du Budget, des comptes publics et de la réforme de l'État\*, n°342825](#)

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

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](http://www.freche-associes.fr)



VOS INTERLOCUTEURS :

Alain FRÊCHE

François-Charles BERNARD

Hugues VIGNON

Patrick E. DURAND

Nicolas DOUYLENS

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>).

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<sup>er</sup> 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 demander à accéder, modifier ou supprimer les informations détenues par le Cabinet vous concernant.*