

Frêche & Associés AARPI

Lettre d'information
du droit public des affaires

SOMMAIRE

- ✦ Contrats publics (p. 2)
- ✦ Marchés publics (p. 3)
- ✦ Délégations de service public (p. 6)
- ✦ Contrat de partenariat (p. 7)
- ✦ Autres contrats (p. 8)
- ✦ Domaine des personnes publiques (p. 8)
- ✦ Procédure contentieuse - contrats (p. 9)
- ✦ Procédure contentieuse générale (p. 10)

N°14 – Juillet-Août-Septembre 2014

Collectivités territoriales

CREATION DES SEMOP

Dans le prolongement de l'avis du Conseil d'État du 1^{er} décembre 2009 (n°383264) par lequel ce dernier avait préconisé, pour l'introduction des « *partenariats publics privés institutionnalisés* » (ou « *PPPI* ») en droit français, « *la mise en place d'un modèle adapté de société commerciale, différent de la société d'économie mixte locale* » (cf. LIDPA n°9), la loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 a institué la société d'économie mixte à opération unique (SEMOP) dont le régime juridique est codifié aux articles L. 1541-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (CGCT).

Aux termes de cette loi, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer une SEMOP dans le cadre de ses compétences à l'issue d'une procédure de publicité et de mise en concurrence unique par laquelle elle/il va :

- sélectionner une ou plusieurs personnes privées (« *actionnaire(s) opérateur(s) économique(s)* ») qui sera ou seront associée(s) au capital de la SEMOP : l'associé public détiendra entre 34% et 85% du capital, ce qui lui assurera *a minima* une minorité de blocage (ainsi que 34% au moins des voix dans les organes délibérants),
- attribuer à la SEMOP un contrat ayant pour objet soit la réalisation d'une opération de construction, de logement ou d'aménagement, soit la gestion d'un service public, soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement.

Le IV de l'article L. 1541-1 précise que la SEMOP est exclusivement chargée de l'exécution de ce contrat : elle est dis-soute de plein de droit au terme du con-

trat ou dès que l'objet de ce contrat est réalisé ou a expiré.

La procédure de publicité et de mise en concurrence suivie par la personne publique respectera la procédure applicable aux délégations de service public, aux concessions de travaux, aux concessions d'aménagement ou aux marchés publics, selon la nature du contrat destiné à être conclu.

Ce dispositif appelle toutefois d'ores et déjà certaines interrogations.

Il en va ainsi, par exemple, de l'absence de précisions sur les modalités de passation des contrats conclus par la SEMOP avec des tiers, notamment avec son ou ses actionnaire(s) opérateur(s) privé(s), en vue de l'exécution du contrat qui lui est attribué.

Or, on peut s'interroger sur l'éventuelle qualification de la SEMOP en pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics*, dans l'hypothèse où la collectivité ou le groupement de collectivités détiendra(en)t la majorité du capital de la SEMOP et/ou exercera(en)t une influence dominante sur cette dernière (contrôle de la gestion, désignation de la majorité des membres du conseil d'administration, de direction ou de surveillance) ; ce qui ne serait pas sans conséquence en termes d'obligations de publicité et de mise en concurrence préalablement à la conclusion par la SEMOP de ses « sous-contrats ».

Seule la pratique, puis la jurisprudence pourront apporter des réponses à ces interrogations.

➔ [Articles L. 1541-1 à L. 1541-3 du CGCT](#)

Contrats publics – Champ de la commande publique

COMPETENCE JUDICIAIRE EN MATIERE DE PROPRIETE LITTERAIRE ET ARTISTIQUE

En application de loi du 11 décembre 2001 dite « loi MURCEF », les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs, de sorte que les litiges nés de leur exécution ou de leur rupture relèvent de la compétence du juge administratif.

Toutefois, la loi peut déroger à cette règle. Tel est le cas de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle qui dispose que « *les actions civiles et les demandes relatives à la propriété littéraire et artistique, y compris lorsqu'elles portent également sur une question connexe de concurrence déloyale, sont exclusivement portées devant des tribunaux de grande instance, déterminés par voie réglementaire* ».

Ainsi, l'action tendant à rechercher la responsabilité contractuelle des personnes morales de droit public en

matière de propriété littéraire et artistique relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire.

En l'espèce, le requérant avait cédé à une personne publique, dans le cadre d'un contrat relevant du code des marchés publics, les droits de reproduction et de diffusion des photos qu'il avait prises.

Compte tenu de l'article L. 331-1 du code de la propriété intellectuelle, l'action dirigée contre la personne publique destinée à rechercher sa responsabilité contractuelle au titre d'une exploitation illicite de ces photographies relève de la compétence des juridictions judiciaires.

➡ [TC, 7 juillet 2014, *Minisini*, n°C3955](#)

PROPORTIONNALITE D'UNE CONDITION D'EXCLUSION D'UN MARCHÉ PUBLIC

La CJUE apprécie, sur une question préjudicielle, la proportionnalité du critère d'exclusion imposé par la réglementation italienne concernant un marché public de travaux passé par la Commune de Milan.

En l'espèce, il était requis du soumissionnaire qu'il n'ait pas commis d'infractions aux règles applicables en matière de versement de cotisations aux organismes de prévoyance sociale, le seuil retenu pour caractériser une telle infraction étant un non paiement de 100 euros.

La Commune a constaté que le candidat retenu était encore redevable de la somme de 278 euros au titre de ses cotisations sociales. Elle a donc annulé l'adjudication en faveur de ce candidat.

Tout d'abord, la Cour considère que s'il était susceptible d'empêcher la participation la plus large possible de soumissionnaires à cette procédure d'appel d'offres, le critère poursuit un objectif légitime d'intérêt général (point 32), dès lors qu'il a pour objet de s'assurer de la

fiabilité, de la diligence et du sérieux du soumissionnaire ainsi que du comportement correct de celui-ci vis-à-vis de ses salariés.

Ensuite, la Cour vérifie l'adéquation au principe de proportionnalité de cette mesure restrictive et juge que le seuil précis de 100 euros garantit, non seulement l'égalité de traitement, mais aussi la sécurité juridique. Elle s'appuie à cet effet sur le pouvoir discrétionnaire reconnu aux États membres en matière de causes d'exclusion.

Une telle marge de choix amène la Cour à conclure, dans le cadre du test *stricto sensu* de proportionnalité, que le seuil de 100 euros fixé par la Commune de Milan ne saurait être considéré comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif visé.

➡ [CJUE, 10 juillet 2014, *Consozio Stabile Libor Lavlori publici c/ Cne de Milan*, aff. C-358/12](#)

EXCEPTION *IN HOUSE* : PRECISIONS SUR LA CONDITION DU CRITERE DU CONTROLE ANALOGUE

La CJUE précise les conditions d'application de l'exception *in house* à une association, au regard de la satisfaction de la condition du contrôle analogue, dégagée dans son arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999.

Dans l'affaire commentée du 19 juin 2014, la Cour était saisie d'une question préjudicielle relative à l'attribution d'un marché public de fourniture de repas par un centre hospitalier à une association d'utilité publique à but non lucratif. Le centre hospitalier étant sociétaire de l'association cocontractante, il n'a pas mis en œuvre de procédure de mise en concurrence préalable, se prévalant de l'exception *in house*.

La Cour relève cependant que plusieurs sociétaires de l'association cocontractante sont des institutions privées du secteur social à but non lucratif. Or, bien que ces sociétaires ne soient pas des sociétés commerciales, la Cour considère qu'ils sont susceptibles d'« *accomplir des activités économiques en concurrence avec d'autres opérateurs économiques* » dès lors qu'ils poursuivent des intérêts d'une « *nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis* » par les pouvoirs adjudicateurs eux-mêmes sociétaires.

La Cour en déduit que la condition du critère du contrôle analogue n'est pas satisfaite et que le marché aurait dû être précédé de la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence. La CJUE étend ainsi aux associations la portée de sa décision *Stadt Halle* du 11 janvier 2005 par laquelle elle avait exclu l'application de l'exception *in house* en raison de la présence de capitaux privés minoritaires au sein de l'entité cocontractante, qui était alors une société commerciale.

➔ [CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setubal EPE c/ SUCH*, aff. C-574/12](#)

➔ [CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03](#)

➔ [CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal SARL*, aff. C-107/98](#)

QUALIFICATION D'UN CONTRAT DE LOCATION EN L'ÉTAT DE FUTUR ACHEVEMENT EN MARCHÉ PUBLIC

La Cour de justice rappelle qu'un contrat de location d'un ouvrage en état de futur achèvement doit être qualifié de marché public de travaux lorsque son objet principal est « *la réalisation d'un ouvrage répondant aux besoins exprimés par le pouvoir adjudicateur* ».

En l'espèce, le chef lieu de la région des Pouilles avait publié un avis « *d'étude de marché* » en vue de conclure un contrat de location d'ouvrage en l'état futur d'achèvement, en accompagnant cet avis d'une annexe fournissant « *un cadre officiel et exhaustif des exigences structurelles, fonctionnelles et organisationnelles relatives à la réalisation de la cité judiciaire projetée* ».

En se fondant principalement sur le contenu détaillé de cette annexe, qui précise les besoins de la cité judiciaire à construire et qui a vocation à être louée par le pouvoir adjudicateur (nombre de salles d'audience, superficie des pièces etc.), la Cour qualifie ce contrat de marché public de travaux dans la mesure où les besoins du pouvoir adjudicateur sont précisément définis (voir en ce sens : CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07).

Cette solution est à rapprocher de celle du juge administratif français concernant la vente en l'état de futur achèvement par les personnes publiques (CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes Millau-Grands-Causse*, n°280370). Dès lors que l'objet de l'opération vise la construction d'un immeuble destiné à devenir la propriété du pouvoir adjudicateur et qu'il est réalisé pour le compte de celui-ci afin de satisfaire ses besoins propres, le juge administratif estime alors que la personne publique reste maître d'ouvrage au sens de la loi n°85-702 du 12 juillet 1985 et se trouve ainsi tenue de passer un marché public selon une procédure formalisée.

➔ [CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti & Spa*, aff. C-213/131](#)

➔ [CJCE, 29 octobre 2009, *Commission c/ Allemagne*, aff. C-536/07](#)

➔ [CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes Millau-Grands-Causse*, n°280370](#)

Marchés publics

MESURES DE SIMPLIFICATION APPLICABLES AUX MARCHES PUBLICS

Conformément au programme de simplification en faveur des entreprises, le décret du 26 septembre 2014 *relatif aux mesures de simplification applicables aux marchés publics* transpose de manière accélérée certaines mesures de simplification prévues dans les nouvelles directives européennes 2014/24/UE et 2014/25/UE sur la passation des marchés publics.

Ce décret prévoit :

- le plafonnement du chiffre d'affaires annuel exigible des candidats. Si les acheteurs demeurent en droit d'exiger que les candidats réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné afin de garantir la bonne exécution du marché, le chiffre d'affaires exigé ne pourra désormais pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché ;

- la généralisation de la déclaration sur l'honneur au stade des candidatures et de l'interdiction de demander des documents justificatifs lorsque l'acheteur public peut les obtenir directement par le biais d'une base de données ou d'un espace de stockage numériques accessible gratuitement ;
- l'exonération de l'obligation de communiquer des documents déjà fournis dans le cadre d'une précédente procédure ;
- l'instauration du partenariat d'innovation visant à favoriser le développement de l'innovation. Celui-ci permet aux acheteurs publics de mettre en place un partenariat structuré de long terme couvrant à la fois la recherche et le développement et l'achat des produits, services ou travaux innovants sans qu'il soit nécessaire de procéder à une nouvelle mise en concurrence. La procédure utilisable est la procédure négociée avec publicité et mise en concurrence, sous réserve d'aménagement.

Le décret intègre ces mesures dans le code des marchés publics et dans les décrets d'application de l'ordonnance n°2005-649 du 6 juin 2005 *relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics*.

Ces dispositions sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2014 et s'appliquent aux marchés et accords-cadres dont la procédure de passation est lancée à compter de cette date.

➔ [Décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics](#)

CAPACITES PROFESSIONNELLES ET TECHNIQUES

Le juge du référé précontractuel exerce un contrôle limité à l'erreur manifeste de l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur sur les garanties et capacités professionnelles et techniques que présentent les candidats à un marché public. Le même contrôle est exercé par le juge de l'excès de pouvoir en application de la décision du Conseil d'État *Commune de Six-Four-les-Plages* (cf. LIDPA n°4).

En l'espèce, le juge des référés a estimé insuffisant les éléments produits - portant uniquement sur des références professionnelles - pour la justification des capacités techniques et professionnelles. Le pouvoir adjudica-

teur et le groupement attributaire s'étaient notamment abstenus au cours de l'instruction de produire le dossier de candidature du groupement afin qu'il soit procédé au contrôle de l'appréciation que le pouvoir adjudicateur était tenu de porter sur la candidature du groupement.

Cette appréciation souveraine du juge des référés n'a pas été remise en cause par le Conseil d'État.

➔ [CE, 17 septembre, 2014, Société Delta Process, n°378722](#)

MANQUEMENTS LORS DE L'EXECUTION DE MARCHES ANTERIEURS ET REJET D'UNE CANDIDATURE

Saisie d'une demande indemnitaire par un candidat évincé de la procédure d'attribution d'un marché d'entretien et de nettoyage de résidences, la Cour administrative d'appel de Marseille rappelle, dans le prolongement d'un arrêt du Conseil d'État *Région Lorraine* du 10 juin 1999, qu'une commission d'appel d'offres ne peut pas rejeter une candidature en se fondant « *uniquement sur les seuls manquements* » du candidat « *dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments contenus dans le dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier des garanties exigées* ».

Au cas d'espèce, la Cour relève que pour toute justification des garanties exigées, le candidat évincé a uniquement fait référence à un précédent marché dont il était titulaire et au cours duquel la mauvaise exécution des prestations lui avait été reprochée.

Aussi, la Cour en déduit que la commission d'appel d'offres a pu régulièrement évincer le candidat de la procédure d'attribution en raison de « *l'insuffisance de garanties de bonne exécution des prestations prévues au marché en cause* » fournies par ce candidat. Elle rejette en conséquence sa demande indemnitaire.

➔ [CAA Marseille, 23 juin 2014, Société Artisan du nettoyage, n°11MA02487](#)

➔ [CE, 10 juin 1999, Région Lorraine, n°324153](#)

PRECISIONS APPORTEES A UNE OFFRE ET PRINCIPE D'INTANGIBILITE

Saisie par un concurrent évincé de la procédure de passation d'un marché de gestion de déchetteries, la Cour administrative d'appel de Paris rappelle les conditions dans lesquelles les candidats peuvent préciser des éléments de leur offre.

Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt du Conseil d'État du 21 septembre 2011 *Département des Hauts-de-Seine* (cf. LIDPA n°2) qui avait admis qu'en dépit du principe d'intangibilité des offres, les candidats sont autorisés à 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* ».

Au-delà de cette possibilité de rectification d'une erreur matérielle, la Cour rappelle, dans les mêmes termes que le Conseil d'État dans un arrêt du 25 mars 2013 *Département de l'Hérault* (cf. LIDPA n°8), que « *si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter un candidat à préciser ou à compléter une offre irrégulière, il peut toutefois demander à un candidat des précisions sur son offre si celle-ci lui paraît ambiguë ou incertaine, ou l'inviter à rectifier ou à compléter cette offre sans que le candidat puisse alors en modifier la teneur* ». Autrement dit, un candidat peut apporter des précisions sur son offre, à condition toutefois qu'il n'en modifie pas la teneur, sauf s'il s'agit de rectifier une erreur matérielle.

En application de ces principes, la Cour juge que le pouvoir adjudicateur qui a invité la société attributaire « *à préciser son offre et, le cas échéant, à la compléter et à la rectifier et en ne la rejetant pas comme étant irrégulière* » n'a pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité, dès lors que l'attributaire n'a modifié « *ni le montant de l'offre, ni ses caractéristiques techniques et financières* », c'est-à-dire sa teneur.

➔ [CAA Paris, 17 juin 2014, Société Entreprise parisienne d'enlèvement et de services, n°12PA03122](#)

EFFET RETROACTIF D'UN MARCHÉ PUBLIC D'ASSURANCE AVANT SA NOTIFICATION

Dans cet arrêt, la Cour administrative d'appel de Douai précise les modalités de prise d'effet rétroactive d'un marché public, avant sa notification à la compagnie d'assurances titulaire.

En l'espèce, un syndicat intercommunal, maître d'ouvrage du projet de réalisation d'un réseau de tramway, avait souscrit le 6 juillet 2004, une police d'assurance « *tous risques chantiers* » dont les conditions particulières prévoyait une prise d'effet rétroactive, fixée au 12 mai 2004, pour couvrir la première tranche du chantier ayant débuté en avril 2004.

Saisi à la suite d'un sinistre pour lequel l'assurance avait refusé sa garantie contractuelle, le Tribunal administratif de Lille a rejeté la demande indemnitaire du syndicat intercommunal en se fondant sur le moyen d'ordre public relatif à l'illicéité d'un marché public dès lors qu'il prévoit une date de prise d'effet antérieure à celle de sa signature par les deux parties, en méconnaissance de l'ancien article 79 du code des marchés publics.

Au contraire, la Cour administrative de Douai considère que la rétroactivité litigieuse n'est pas de nature à entacher d'illicéité le marché public d'assurances, dans la mesure où :

- cette rétroactivité n'est applicable qu'aux seules parties au contrat, et non aux tiers ;

- cette irrégularité n'a eu aucune incidence sur les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement.

Ce faisant, la Cour confirme qu'aucun moyen d'ordre public ne s'oppose à ce que des stipulations d'un contrat administratif produisent des effets rétroactifs entre les parties, « *à condition que ces effets ne s'étendent pas à des personnes qui ne seraient pas parties au contrat* » (CE, Sect., 19 novembre 1999, *Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des postes et des télécommunications*, n°176261). Elle ne contredit pas, non plus, la jurisprudence du Conseil d'État en matière spécifiquement de marché public, qui prohibe non pas la prise d'effet rétroactive des marchés publics, mais les marchés de régularisation (*voir les conclusions de Nicolas Boulouis sous CE, 12 janvier 2011, Société Léon Grosse, n°334320*).

➔ [CAA Douai, 11 juin 2014, Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région Valenciennes, n°11DA00802](#)

➔ [CE, 12 janvier 2011, Société Léon Grosse, n°334320](#)

➔ [CE, Sect., 19 novembre 1999, Fédération syndicale Force Ouvrière des travailleurs des postes et des télécommunications, n°176261](#)

RESILIATION D'UN MARCHÉ PUBLIC ET DEMANDE REGLEMENT DU SOLDE

Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles l'entrepreneur dont le marché a été résilié peut à la fois contester l'irrégularité ou le bien-fondé de cette résiliation et solliciter du juge le règlement des sommes qui lui sont dues.

L'article 49.4 du CCAG-Travaux dans sa version du 21 janvier 1976 prévoit que, en cas de résiliation du marché aux frais et risques de l'entrepreneur, le décompte général du marché résilié ne sera notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux.

Dans le prolongement de sa décision *Société Axima Concept* du 15 novembre 2012 (cf. LIDPA n°7), le Conseil d'État précise que :

- d'une part, la circonstance que, dans le cadre du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux, le décompte général tenant compte du règlement définitif de ce marché a été notifié par l'administration, avant que le juge statue sur le litige qui lui a été soumis par l'entreprise dont le marché a été résilié, ne prive pas ce litige de son objet ;
- d'autre part, ce décompte général du nouveau marché ne peut acquérir un caractère définitif et faire obstacle à ce qu'il soit statué sur les conclusions du cocontractant dont le marché a été résilié, dès lors que le juge du contrat est précisément saisi d'une demande contestant la régularité ou le bien-fondé de la résiliation et tendant au règlement des sommes dues.

En l'espèce, le juge considère que la mesure de résiliation du marché public de travaux, prise par le maître d'ouvrage, était injustifiée.

Il juge alors que le maître d'ouvrage ne pouvait utilement se prévaloir de ce que le décompte général tenant compte du règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux, notifié ultérieurement à l'entrepreneur, serait devenu définitif, faute pour lui d'avoir à nouveau porté ses réclamations devant le juge du contrat.

Par ailleurs, il juge encore que l'entrepreneur pouvait obtenir le règlement des sommes dues au titre des prestations réalisées, sans prendre en compte les sommes dépensées par le maître d'ouvrage au titre des travaux supplémentaires, notamment du marché de substitution.

➔ [CE, 4 juillet 2014, Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, n°374032](#)

Délégations de service public

MODALITES DE MISE EN ŒUVRE DES CRITERES DE SELECTION DES OFFRES

Le Conseil d'État précise les conditions dans lesquelles les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres, dans le cadre de la procédure de passation d'une délégation de service public, peuvent être modifiées.

Confirmant sa décision *Établissement public du Musée et du domaine national de Versailles*, le Conseil d'État rappelle que la personne publique, qui négocie librement les offres avant de choisir le délégataire au terme de cette négociation, n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de mise en œuvre de ces critères.

Le Conseil d'État précise ensuite que si la personne publique décide néanmoins de rendre publiques les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres, leurs modifications impliquent d'en informer en temps utile les candidats, et ce :

- avant le dépôt des candidatures, afin que celles-ci puissent être utilement présentées, si l'information initiale a été donnée avant le dépôt des candidatures ;
- avant la remise des offres, pour que celles-ci puissent être utilement présentées, si l'information initiale a été donnée avant le dépôt des offres.

Il s'ensuit qu'en tout état de cause, les modalités de mise en œuvre des critères de sélection des offres ne peuvent être modifiées après le dépôt des offres.

➔ [CE, 30 juillet 2014, Société Lyonnaise des Eaux France, n°369044](#)

➔ [CE, 23 décembre 2009, Établissement public du Musée et domaine national de Versailles, n°328827](#)

Contrat de partenariat

VALIDITE DES ACCORDS AUTONOMES

La Cour administrative d'appel de Bordeaux confirme la validité d'une convention ayant pour objet de garantir la continuité du financement d'un projet objet du contrat de partenariat, portant notamment sur la construction du nouveau stade de Bordeaux, en cas de recours de tiers à l'encontre de ce contrat ou de ses actes détachables (accord dit « autonome »).

Alors que le Rapporteur public avait considéré que l'accord autonome était contraire à l'interdiction des libéralités (décision Mergui), la Cour administrative d'appel juge au contraire que « *la convention en cause n'a pas pour effet de contraindre la personne publique à verser une libéralité prohibée* », dans la mesure où la garantie due par la commune de Bordeaux est déterminée sur la base des dépenses utilement exposées par le titulaire du contrat de partenariat pour son exécution.

À ce stade, une telle position à l'égard des accords autonomes, au demeurant limitée à cette seule décision d'appel, n'a pas encore été confirmée par le Conseil d'État.

➔ [CAA Bordeaux, 17 juin 2004, Rouveyre, n°13BX00564](#)

APPRECIATION DU CRITERE DE LA COMPLEXITE

Saisi de la légalité d'une délibération autorisant la conclusion d'un contrat de partenariat relatif au projet « *Biarritz-Océan* », portant sur le financement, la réalisation et la maintenance d'une nouvelle « *Cité de l'océan et du surf* » ainsi que l'extension et la modernisation du « *Musée de la mer* » à Biarritz, le Conseil d'État précise l'interprétation de la notion de « *complexité du projet* » qui autorise le recours à ce type de contrat (art. L 1414-2 du code général des collectivités territoriales).

Au titre de l'évaluation préalable sur la base de laquelle la complexité du projet doit être appréciée, le Conseil d'État précise qu'il y a lieu de tenir compte « *de l'ensemble des études, même réalisées par des tiers, dont la personne publique dispose à la date à laquelle elle décide de recourir au contrat de partenariat* », sans que les « *études postérieures au lancement de la procédure de passation du contrat* » puissent être prises en considération.

Le Conseil d'État rappelle ensuite que « *la seule invocation de la complexité des procédés techniques à mettre en œuvre ne peut suffire à justifier légalement le recours au contrat de partenariat, en l'absence de circonstances particulières de nature à établir qu'il était impossible à la commune de définir, seule et à l'avance, les moyens techniques propres à satisfaire ses besoins* ».

Au cas d'espèce, la commune de Biarritz faisait valoir que la complexité du projet était établie en raison de sa complexité technique, de son caractère pluriel (réalisation/modernisation) et de la difficulté d'établir un montage financier et juridique idoine.

Si le Conseil d'État relève que « *nombreux éléments de complexité technique* » ont effectivement été identifiés par l'évaluation préalable, il considère toutefois que la condition de la complexité du projet n'est pas satisfaite. S'inscrivant ainsi dans le prolongement de plusieurs arrêts (cf. LIDPA n°12), il juge que la commune n'était pas « *dans l'impossibilité de définir seule et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins ou d'établir le montage financier ou juridique du projet* », dans la mesure où elle disposait d'études préalables précisant les modalités de réalisation du futur ouvrage.

Par conséquent, est annulée la délibération en tant qu'elle autorise la conclusion du contrat de partenariat. Sont en revanche rejetées les conclusions aux fins d'annulation de la délibération en ce qu'elle se prononce sur des éléments qui sont « *divisible[s] de l'ensemble* » (versement des primes aux candidats non retenus, accords financiers, etc.).

➔ [CE, 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, n°363007](#)

Autres contrats

DELAI DE REALISATION D'UN OUVRAGE DANS LE SILENCE DU CONTRAT

Le Conseil d'État juge que le silence d'un protocole d'accord quant au délai de réalisation d'un ouvrage ne permet pas à la personne publique, maître d'ouvrage, « *de retarder pendant une durée indéfinie l'exécution de l'engagement qu'elle avait contracté* ».

Par conséquent, entache son arrêt d'erreur de droit, la Cour administrative d'appel qui écarte comme inopérant le moyen du requérant selon lequel « *l'ouvrage devait être mis à sa disposition dans un délai raisonnable* ».

➔ [CE, 4 juillet 2014, Société Orme, n°371633](#)

Domaine des personnes publiques

DROIT DE PASSAGE SUR LE DOMAINE PUBLIC ROUTIER

Le Conseil d'État rappelle que le gestionnaire du domaine public routier peut refuser « *le droit de passage aux exploitants autorisés à établir les réseaux ouverts au public lorsque cette occupation n'est pas compatible* » avec l'affectation du domaine public routier ; ainsi, commet une erreur de droit, la Cour administrative d'appel qui juge qu'un tel refus peut être opposé par le gestionnaire du domaine public routier « *pour des motifs qui lui sont propres* ».

Pour autant, l'arrêt de la Cour administrative d'appel n'est pas annulé dès lors que le moyen tiré de l'illégalité d'un refus opposé à une demande d'occupation du domaine public est inopérant à l'appui d'une contestation portant sur le montant de redevances exigé.

➔ [CE, 2 juillet 2014, Société Colt Technology Services, n°360848](#)

CONSTITUTION D'UN FONDS DE COMMERCE SUR LE DOMAINE PUBLIC

En application du principe selon lequel les autorisations d'occupation domaniale sont précaires et révocables pour un motif d'intérêt général, le Conseil d'État juge de façon constante que l'occupation du domaine public « *ne peut donner lieu à la constitution d'un fonds de commerce dont l'occupant serait propriétaire* » (voir par exemple : CE, *Société Jonathan Loisirs*).

C'est sur cette jurisprudence que revient la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises en insérant un article L. 2124-32-1 au sein du code général de la propriété des personnes publiques aux termes duquel « *un fonds de commerce peut être exploité sur le domaine public sous réserve de l'existence d'une clientèle propre* ».

À noter toutefois que l'article L. 2124-35 de ce code exclut cette possibilité s'agissant des occupants du domaine public naturel.

➔ [Article L. 2124-32-1 et suivants du code général de la propriété des personnes publiques](#)

➔ [CE, 31 juillet 2009, Société Jonathan Loisir, n°316534](#)

FIXATION DE LA REDEVANCE DU DOMAINE PUBLIC NON ROUTIER

Le Conseil d'État rappelle les modalités de fixation des redevances d'occupation du domaine public non routier en matière d'installation de réseaux de communication électronique.

Ainsi, n'est pas disproportionnée la redevance dont le montant dépend de la longueur des câbles, de leur nombre, de leur diamètre et des ouvrages annexes mis en place par la société nécessaires au déploiement du réseau ; c'est donc à bon droit que la Cour administrative d'appel a jugé que « *ces barèmes avaient été adoptés pour tenir compte des coûts de construction et de maintenance du réseau public d'assainissement, de la durée d'amortissement du matériel ainsi que des avantages spécifiques que l'utilisation de ce réseau était susceptible de procurer à la société* ».

➔ [CE, 2 juillet 2014, Société Colt Technology Services, n°360848](#)

Procédure contentieuse – contrats de la commande publique

RECOURS BEZIERS I ET ILLEGALITES JUSTIFIANT QUE LE CONTRAT SOIT ECARTE

Dans le prolongement des décisions *Commune de Béziers I* et *Manoukian*, la Cour administrative d'appel de Paris juge que ni l'absence de publicité et de mise en concurrence préalable « *même informelle* », ni l'existence d'une clause de tacite de reconduction (divisible du contrat et non mise en œuvre en l'espèce) ne constituent des illégalités « *d'une gravité telle que le litige ne puisse être réglé sur le terrain contractuel* ».

De même, l'incompétence du signataire du contrat ne justifie pas que le contrat soit écarté pour résoudre le litige dès lors qu'une telle irrégularité est imputable à la personne publique requérante.

Par conséquent, la personne publique est condamnée à verser à son cocontractant les loyers impayés en application des stipulations du contrat.

➔ [CAA Paris, SAS Leasecom, 31 juillet 2014, n°11PA04901](#)

DISTINCTION DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE POUR FAUTE ET SANS FAUTE

Le Conseil d'État revient sur la notion de responsabilité contractuelle sans faute de la personne publique cocontractante, pour préciser qu'elle procède d'une cause juridique distincte de la responsabilité contractuelle pour faute de l'administration et qu'elle n'est pas d'ordre public.

Dans cette affaire, les titulaires d'une convention de mise à disposition d'une parcelle communale destinée à accueillir un camping qu'ils exploitaient, ont formé un recours indemnitaire pour engager la responsabilité de la commune en raison de la fermeture du camping, à la suite du classement de la parcelle en zone inondable.

La Cour administrative d'appel de Lyon a, dans un premier arrêt, écarté les deux fondements de responsabilité invoqués par les requérants : elle a jugé, d'une part, qu'aucune faute contractuelle ne pouvait être imputée à la commune, en l'absence de toute clause en ce sens dans la convention de mise à disposition et, d'autre part, que la responsabilité quasi-délictuelle de la commune ne pouvait pas davantage être engagée, dès lors que le dommage subi par les requérants se rapportait à l'objet du contrat et que seule la responsabilité contractuelle de la commune pouvait dès lors être éventuellement engagée.

Dans un premier arrêt, le Conseil d'État censure ce raisonnement, en considérant que même en l'absence de

faute contractuelle, la responsabilité contractuelle de la commune peut en tout état de cause être engagée en application des théories de l'imprévision et du fait du prince.

Saisi à nouveau sur renvoi, la Cour administrative d'appel a alors exclu l'engagement de la responsabilité contractuelle de la commune. Mais surtout, elle a rejeté les nouvelles conclusions présentées par les requérants tendant à engager la « *responsabilité contractuelle sans faute* » de la commune, au titre de la théorie de l'imprévision et d'un acte unilatéral de la personne publique cocontractante. La Cour a considéré en effet que ces conclusions, présentées par la première fois devant elle, reposent sur des causes juridiques distinctes des conclusions présentées en première instance sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute, de sorte qu'elles constituent une demande nouvelle non recevable en appel.

Le Conseil d'État confirme cette solution, en relevant notamment que la Cour administrative d'appel n'avait pas commis d'erreur de droit, « *la responsabilité des collectivités publiques au titre de l'imprévision et au titre de l'acte unilatéral de la personne publique cocontractante n'étant pas d'ordre public* ».

➔ [CE, 11 juillet 2014, Consorts Burnet, n°359980](#)

RECOURS BEZIERS I ET APPRECIATION DES CIRCONSTANCES DE L'ILLEGALITE

Le Conseil d'État précise sa jurisprudence *Commune de Béziers I* et *Manoukian*.

Il rappelle, tout d'abord, le principe selon lequel, ce n'est qu'en cas d'irrégularité « *tenant au caractère illicite du contrat ou [de] vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement* » que le juge, saisi

par les parties d'un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, doit écarter ce contrat « *eu égard, d'une part, à la gravité de l'illégalité et, d'autre part, aux circonstances dans lesquelles elle a été commise* ».

À cet égard, il précise, ensuite, que « *ces circonstances doivent ainsi être directement liées au vice de passation retenu* ».

Dans cette affaire, la Cour administrative d'appel avait écarté l'application d'un contrat de location de photocopieurs pour trancher le litige dont elle était saisie, en raison de l'absence de toute forme de publicité ou de mise en concurrence préalablement à la conclusion du contrat. La Cour avait notamment considéré que les contrats avaient été établis sur la base d'un formulaire-types signés le jour de la livraison sans que la commune ne dispose d'un délai suffisant pour prendre connaissance « *des conditions générales de location annexées au contrat, notamment de la possibilité laissée au bailleur de résilier de manière anticipée le contrat et d'obtenir une indemnité de résiliation anticipée, et donc sans connaître avec précision la portée de ses engagements* » (cf. LIDPA n°9).

Le Conseil d'État censure cette solution, dans la mesure où « *ces circonstances, indépendantes du choix fait par la commune de ne pas mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, sont sans lien direct avec le vice de passation retenu* ».

L'affaire étant renvoyée devant la même Cour, il reviendra à cette dernière de juger si l'absence de publicité et de mise en concurrence préalablement à la conclusion du contrat est un vice d'une gravité telle que le contrat doit être écarté ; comme on l'a vu ci-dessus, telle n'est pas la position que la Cour administrative d'appel de Paris retenue dans son arrêt *SAS Leasecom*.

➡ [CE, 29 septembre 2014, Société Grenke Location, n°369987](#)

ACTION EN RESPONSABILITE DELICTUELLE ET COMPETENCE DU JUGE ADMINISTRATIF

Reprenant exactement les termes employés par le Conseil d'État dans sa décision *Société Campenon Bernard*, la Cour de cassation juge que « *les litiges nés à l'occasion du déroulement de la procédure de passation d'un marché public relèvent, comme ceux relatifs à l'exécution d'un tel marché, de la compétence des juridictions administratives, que ces litiges présentent ou non un caractère contractuel* ».

Ainsi, la demande de dommages-intérêts présentée par le requérant en raison de la faute prétendument com-

mise par la SNCF, « *qui ne peut être présentée qu'à titre reconventionnel dans l'instance ouverte par l'action principale, dont elle n'est pas détachable, ressortit à la compétence du juge administratif* ».

➡ [Cass. 1^{re} civ., 18 juin 2014, Société Vinci Construction France, n°13-19.408](#)

➡ [CE, 19 décembre 2007, Société Campenon Bernard, n°268918](#)

URGENCE LORS D'UNE DEMANDE DE SUSPENSION DU CONTRAT

Saisi d'une demande de suspension d'un contrat présentée par des requérants à l'occasion d'un recours en contestation de validité de ce contrat (recours *Tropic*), le Conseil d'État a eu l'occasion de juger, dans une décision *Société Biomérieux*, que l'urgence était présumée établie lorsque la personne publique signe le marché en méconnaissance de l'injonction du juge des référés de surseoir à une telle signature.

Par la présente décision, le Conseil d'État affirme qu'une telle présomption d'urgence n'existe pas lorsque sont

invoquées par le requérant « *des atteintes à différents intérêts publics* ».

Tranchant l'affaire au fond, la Haute juridiction juge, en l'espèce, que ne porte pas atteinte à un intérêt public révélant une situation d'urgence, « *la violation alléguée de règles relatives aux professions de santé* ».

➡ [CE, 23 juillet 2014, Société Télé imagerie médicale temps réel de Bourgogne n°380474](#)

➡ [CE, 6 mars 2009, Société Biomérieux, n°324064](#)

Procédure contentieuse générale

MOYEN D'ORDRE PUBLIC ET INFORMATION DES PARTIES

Le Conseil d'État juge qu'est entaché d'irrégularité l'arrêt de la Cour administrative d'appel par lequel elle rejette d'office les conclusions d'un requérant au motif que les stipulations dont il se prévalait, à savoir la possibilité pour le cocontractant de la personne publique de « *résilier unilatéralement le contrat en cas de retard de loyers contractuellement dus* », étaient « *contraires à l'ordre public* ».

La Cour administrative d'appel avait en effet uniquement informé les candidats, conformément à l'article R. 611-7 du CJA, qu'elle serait susceptible de retenir un moyen d'ordre public tiré de ce que « *le litige ne pourrait être réglé sur le fondement du contrat " eu égard à la gravité du vice entachant la procédure de passation et aux circonstances dans lesquelles cette illégalité a été commise* » (l'arrêt d'appel a été commenté dans la LIDPA n°9).

Annulant l'arrêt d'appel en tant qu'il rejette les conclusions indemnitaires du requérant, le Conseil d'État renvoie donc l'affaire devant la même Cour administrative d'appel.

➔ [CE, 29 septembre 2014, Société Grenke Location, n°370643](#)

QUALITE DE PARTIE A L'INSTANCE

Le Conseil d'État considère que le juge de l'excès de pouvoir saisi de la légalité d'une délibération autorisant l'exécutif d'une collectivité publique à acquérir une parcelle doit « *appeler dans l'instance la collectivité territoriale et le cédant* ».

Il affirme en outre que « *si l'absence de communication [du jugement] au cédant est sans influence sur la régularité du jugement, il est loisible au cédant, si le jugement préjudicie à ses droits, de former tierce-opposition contre ce jugement devant le tribunal administratif* ».

Cela étant, une tierce-opposition contre le jugement rendu par le tribunal administratif formée après qu'une partie a frappé ce jugement d'appel est irrecevable, de sorte que la personne qui aurait eu qualité pour former tierce-opposition est dans ce cas recevable à intervenir dans la procédure d'appel. Si elle n'a été ni présente ni représentée devant la juridiction d'appel, elle peut alors former tierce-opposition contre l'arrêt rendu par celle-ci, s'il préjudicie à ses droits.

En application de ces principes, le Conseil d'État consacre la régularité de l'arrêt déféré qui a confirmé le jugement de première instance, dès lors que, si la demande des requérants aurait dû être communiquée au propriétaire, le fait que le jugement de première instance n'a pas été communiqué à celui-ci n'affectait pas sa régularité.

➔ [CE, 2 juillet 2014, M. B... D..., n°366150](#)

CONDITIONS DE L'ANNULATION D'UNE DECISION PREALABLEMENT SUSPENDUE PAR LE JUGE DES REFERES

Le Conseil d'État rappelle dans quelles conditions une décision suspendue préalablement par le juge des référés peut être annulée avec un effet différé.

De principe, l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge des référés produit ses effets dès le prononcé de la décision juridictionnelle. Mais si cette annulation a notamment pour effet de créer des « *difficultés de tous ordres* », « *auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même* », il appartient alors au juge, même d'office, au nom du principe de sécurité juridique, de décider que sa décision d'annulation prendra effet à une date ultérieure. Cette décision emportant un effet différé est alors publiée au Journal Officiel.

En l'espèce, le litige portait sur la décision de fixation du prix d'un médicament. La décision initiale, suspendue par le juge des référés, avait conduit le comité

économique des produits de santé à fixer un nouveau prix temporaire. L'annulation par le Conseil d'État de la décision suspendue a ainsi pour effet immédiat de faire obstacle à la commercialisation dudit médicament : le prix initial ne peut en effet plus être appliqué faute de prix définitif, tandis que l'annulation met également fin au prix temporaire, le Conseil d'État ayant enjoint le comité économique des produits de santé de fixer à nouveau prix définitif.

Afin que la commercialisation du médicament ne soit pas interrompue, le Conseil d'État diffère donc les effets de sa décision jusqu'à l'intervention d'une nouvelle décision du comité et en prévoit, en conséquence, la publication au Journal Officiel de son arrêt.

➔ [CE, 14 mai 2014, Société Addmédica, n°363195](#)

➔ [CE, 27 octobre 2006, Société Techna, n°260767](#)

TABLE CHRONOLOGIQUE

❑ CE, 14 mai 2014, Société Admédica, n°363195	11
Pouvoirs du juge / Sécurité juridique/ Mesures transitoires/ annulation de la décision	
❑ CAA Douai, 11 juin 2014, Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région Valenciennes, n°11DA00802	5
Marché public / Effet rétroactif / Parties au contrat	
❑ CAA Bordeaux, 17 juin 2004, Rouveyre, n°13BX00564	7
Contrat de partenariat / Accord autonome / Dépenses utiles	
❑ CAA Paris, 17 juin 2014, Société Entreprise parisienne d'enlèvement et de services, n°12PA03122	5
Marché public / intangibilité / précisions sur l'offre des candidats	
❑ Cass. 1^{re} civ., 18 juin 2014, Société Vinci Construction France, n°13-19.408	10
Compétence du juge / responsabilité délictuelle / marché public	
❑ CJUE, 19 juin 2014, Centro Hospitalar de Setubal EPE c/ SUCH, aff. C-574/12	3
Attribution <i>in house</i> / association / contrôle analogue	
❑ CAA Marseille, 23 juin 2014, Société Artisan du nettoyage, n°11MA02487	4
Candidat évincé / garanties professionnelles / mauvaise exécution des prestations	
❑ CE, 2 juillet 2014, M. B., D., n°366150	11
Partie à l'instance / tierce-opposition/ communication du jugement	
❑ CE, 2 juillet 2014, Société Colt Technology Services, n°360848	8
Domaine public routier / refus opposé par le gestionnaire du domaine / droit de passage	
❑ CE, 4 juillet 2014, Communauté d'agglomération Saint-Etienne Métropole, n°374032	6
Résiliation du marché / décompte général / règlement des sommes dues	
❑ CE, 4 juillet 2014, Société Orme, n°371633	8
Réalisation d'un ouvrage /silence du contrat / délai raisonnable	
❑ TC, 7 juillet 2014, Minisini, n°C3955	2
Compétence du juge / responsabilité contractuelle/ personne publique / propriété littéraire et artistique	
❑ CJUE, 10 juillet 2014, Consozio Stabile Libor Lavori pubblici c/ Cne de Milan, aff. C-358/12	2
Marché public de travaux / critère d'exclusion du candidat / objectif d'intérêt général / proportionnalité	
❑ CJUE, 10 juillet 2014, Impresa Pizzarotti & Spa, aff. C-213/131	3
Qualification du contrat / marché public de travaux/ besoins du pouvoir adjudicateur	
❑ CE, 11 juillet 2014, Consorts Burnet, n°359980	9
Responsabilité contractuelle pour faute / sans faute / imprévision/ acte unilatéral	
❑ CE, 23 juillet 2014, Société Télé imagerie médicale temps réel de Bourgogne n°380474	10
Recours en contestation de validité / suspension / absence de présomption d'urgence/ intérêt public	
❑ CE, 30 juillet 2014, Commune de Biarritz, n°363007	7
Contrat de partenariat / critère de recours/ complexité	
❑ CE, 30 juillet 2014, Société Lyonnaise des Eaux France, n°369044	6
Délégation de service public / procédure de passation/ critère de sélection des offres	
❑ CAA Paris, SAS Leasecom, 31 juillet 2014, n°11PA04901	9
Recours Béziers I/ illégalités/ incompétence du signataire du contrat	
❑ CE, 17 septembre, 2014, Société Delta Process, n°378722	4
Référé précontractuel /capacités professionnelles et techniques / erreur manifeste d'appréciation	
❑ CE, 29 septembre 2014, Société Grenke Location, n°369987	10
Recours Béziers I / illégalités / vice de passation retenu	
❑ CE, 29 septembre 2014, Société Grenke Location, n°370643	11
Pouvoirs du juge / moyen d'ordre public / information des parties	

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



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.