

## SOMMAIRE

- \* Contrats publics (p. 2)
- \* Marchés publics (p. 2)
- \* Délégations de service public (p. 5)
- \* Domaine des personnes publiques (p. 5)
- \* Procédure contentieuse - contrats (p. 7)
- \* Procédure contentieuse générale (p. 9)

N°10 – Octobre 2013

Contrat de partenariat

## REJET DES OFFRES IRREGULIERES

Dans son arrêt *Département de l'Hérault* du 25 mars 2013, le Conseil d'État avait rappelé le principe selon lequel, en matière d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur ne peut pas modifier ou rectifier lui-même une offre incomplète, laquelle est comme telle irrégulière (cf. LIDPA n°8).

Alors que l'on aurait pu envisager que la Haute juridiction administrative adopte une position plus souple pour les contrats conclus après une procédure de dialogue compétitif, cette dernière étant « *une négociation (...) qui porte sur un projet de contrat* » (L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 6<sup>ème</sup> édition, p.688), le Conseil d'État étend au contraire à ces contrats l'interdiction rappelée dans l'arrêt *Département de l'Hérault* précité.

En l'espèce, une commune avait lancé une procédure de passation de dialogue compétitif en vue d'attribuer un contrat de partenariat ayant pour objet la rénovation et la gestion du réseau d'éclairage public, de la signalisation lumineuse tricolore et d'équipements urbains.

À l'issue de cette procédure, l'offre finale d'un candidat a été rejetée comme irrégulière au motif que cette dernière comportait des contradictions quant au nombre de luminaires que la société s'engageait à remplacer.

Dans un premier temps, le Conseil d'État, par application stricte de sa jurisprudence *Département de l'Hérault*, sanctionne pour erreur de droit le raisonnement du juge des référés du Tribunal administratif qui avait jugé que la « *commune aurait pu corriger cette irrégularité en identi-*

*fiant elle-même le chiffre exact à retenir et que, par suite, elle ne pouvait regarder l'offre comme irrégulière et la rejeter (...)*».

Dans un second temps, après avoir relevé que le candidat évincé avait été invité, en cours de négociation, « *à préciser exactement son engagement sur ce point* », le Conseil d'État juge que l'offre finale du candidat qui ne comportait pas « *d'engagement clair* » sur le nombre de luminaires à remplacer « *ne comprenait pas tous les éléments nécessaires à l'exécution du contrat* ».

Dès lors, ce dernier « *n'est pas fondé à soutenir qu'en éliminant son offre comme irrégulière, la commune (...) aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence* ».

Cette décision a également ceci d'intéressant qu'elle juge que le pouvoir adjudicateur qui a écarté une offre comme irrégulière n'est pas tenu de « *faire droit à la demande de communication du rapport d'analyse des offres, qui retraçait les caractéristiques et avantages relatifs de l'offre de la société [attributaire]* » dès lors qu'une telle communication « *n'était pas nécessaire [au candidat évincé] pour contester utilement le rejet de son offre* », laissant donc entendre *a contrario* que le pouvoir adjudicateur pourrait être tenu de faire droit à une telle demande si l'offre de la société requérante n'est pas rejetée pour non conformité.

➔ [CE, 3 juillet 2013, Société Citelum, n°366847](#)

## Contrats publics – Champ de la commande publique

### APPLICABILITE DES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE EN POLYNESIE FRANÇAISE

Le Conseil d'État réaffirme le caractère universel des principes généraux de la commande publique tout en reconnaissant la spécificité du droit ultramarin en la matière.

En l'espèce, le syndicat intercommunal d'électrification des communes du sud de Tahiti (SECOSUD) avait autorisé la signature d'un avenant afin de prolonger une convention de distribution d'électricité pour une période de plus de 16 ans.

Tout d'abord, le Conseil d'État relève que la Cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que si les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures sont applicables aux contrats conclus en Polynésie Française, ils n'impliquent pas « *l'applicabilité de plein droit des textes qui en aménagent les conditions de mise en œuvre* ».

Dès lors, des « *motifs d'intérêt général peuvent justifier qu'un pouvoir adjudicateur en aménage les conditions*

*de mise en œuvre, sous le contrôle du juge, afin de tenir compte, notamment, s'agissant des délégations de service public, des particularités du service public délégué* ».

Pour autant, la Haute juridiction administrative considère qu'en l'espèce ne constitue pas une justification suffisante le simple fait que la prolongation de la convention aurait pour effet d'aligner la durée de la concession de la zone sud de l'île avec celle de la zone nord permettant ainsi « *une remise en concurrence globale au terme de cette période et [garantissant], dans l'intervalle, une péréquation tarifaire entre les deux zones* ».

Dès lors, l'avenant de prolongation doit être regardé comme étant, en réalité, un nouveau contrat conclu sans publicité ni mise en concurrence et c'est à bon droit que la délibération du syndicat a été annulée en appel.

➔ [CE, 10 juillet 2013, Société d'électricité de Tahiti, n°361607](#)

## Marchés publics

### CRITERES D'ATTRIBUTION ET NON DISCRIMINATION

Le Conseil d'État offre une nouvelle illustration du principe figurant à l'article 53 du code des marchés publics selon lequel les critères de sélection de l'offre économiquement la plus avantageuse doivent être « *non discriminatoires et liés à l'objet du marché* ».

Dans cette affaire, l'un des critères d'attribution d'un marché de transport scolaire par autocar portait sur l'âge des véhicules, et aucun véhicule de plus de quinze ans ne pouvait être proposé.

Le Conseil d'État juge que la procédure n'est pas entachée d'irrégularité pour ce motif puisque « *l'utilisation d'un tel critère se rapportant objectivement aux caractéristiques de confort, de sécurité et d'efficacité que le pouvoir adjudicateur était en droit d'attendre des véhicules proposés par les candidats, était manifestement justifié par l'objet du marché* ».

➔ [CE, 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe, n°366864](#)

### FOURCHETTE DE PONDERATION DES CRITERES DANS LE CADRE D'UN ACCORD-CADRE

Le pouvoir adjudicateur doit informer les candidats des critères de sélection des marchés subséquents et de leur pondération dès l'engagement de la procédure d'attribution de l'accord-cadre.

Cette pondération peut toutefois être exprimée sous la forme d'une fourchette à condition que l'écart maximal de cette fourchette soit approprié et ne conduise pas à pouvoir s'abstenir de prendre en compte ultérieurement certains des critères annoncés.

En l'espèce, le cahier des charges de l'accord-cadre mentionnait quatre critères d'attribution des marchés subséquents, dont les fourchettes de pondération étaient respectivement comprises entre 30 et 100%, 0 et 70%, 0 et 50% et 0 et 30%.

Le Conseil d'État juge alors que les indications données aux candidats à l'attribution de l'accord-cadre ne leur permettaient pas de déterminer, pour chaque marché subséquent ou chaque type de marché subséquent, si ce dernier serait attribué sur la base de l'ensemble des critères annoncés, de certains d'entre eux ou du seul critère du prix, entachant dès lors d'irrégularité la procédure de passation.

➔ [CE, 5 juillet 2013, UGAP, n°368448](#)

#### INTERDICTION DES NOTES NEGATIVES

Le Conseil d'État confirme sa décision du 18 décembre 2012 (cf. LIDPA n°7) en jugeant que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent « *recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, (...) de notes négatives, dès lors qu'une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats* ».

En retenant une telle méthode de notation, le Département de la Guadeloupe a entaché d'irrégularité la procédure d'attribution du marché et le Conseil d'État en prononce l'annulation au stade de l'examen des offres.

➔ [CE, 17 juillet 2013, Département de la Guadeloupe, n°366864](#)

#### METHODE DE NOTATION ET NEUTRALISATION D'UN CRITERE

La Cour administrative d'appel de Nantes offre une nouvelle illustration du contrôle qu'exerce le juge administratif sur la méthode de notation des prix retenue par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, les critères de sélection des offres étaient le prix (50 %), la valeur technique (40 %) et le délai (10 %). Le règlement de la consultation précisait que « *les offres de prix (P) seraient notées au prorata de leur valeur relative par rapport à l'offre de prix la plus basse (P0) selon la formule mathématique suivante :  $Np = 40/12 X (7 - P/P0)$*  ».

La Cour juge que cette méthode d'appréciation du prix « *avait pour effet de réduire de manière importante la portée du critère du prix dans l'appréciation globale des offres, dès lors que les écarts entre les prix étaient pour une grande part neutralisés, et de conférer aux deux autres critères, et en particulier au critère technique, une portée supérieure à la proportion de respectivement 50 % et 40% retenue pour son appréciation* ».

➔ [CAA Nantes, 19 septembre 2013, Commune de Belleville-sur-Loire, n°12NT01553](#)

#### NON-RESPECT PAR LA PERSONNE PUBLIQUE DE SES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES ET ARTICLES 8.1 ET 34.1 DU CCAG-FCS

Lorsque le non respect par la personne publique de son engagement contractuel ouvre droit à indemnité à son cocontractant, celui-ci doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, préalablement à la saisine du juge administratif, (i) adresser à la personne publique un décompte, une facture ou un mémoire comprenant le montant de l'indemnité réclamée en application de l'article 8.1 du CCAG-FCS, (ii) avant de présenter à cette dernière un mémoire de réclamation dans un délai de 30 jours à compter de la naissance d'un « différend » au sens de l'article 34.1 du CCAG-FCS.

En l'espèce, le cocontractant de l'AP-HP, titulaire d'un marché à bons de commande avec minimum et maximum, reprochait à l'administration de ne pas avoir respecté le montant d'achat minimum du marché.

Il avait alors adressé à l'AP-HP, avant de saisir le juge administratif, uniquement une demande d'indemnisation des préjudices qu'il prétendait avoir subis en raison du non-respect de cette obligation contractuelle.

La Cour rejette sa demande comme irrecevable dans la mesure où :

- soit le mémoire en question constituait le mémoire de réclamation prévu à l'article 34.1 ; dans ce cas, ce mémoire était prématuré dès lors que le cocontractant n'avait pas, conformément à l'article 8.1, adressé à l'AP-HP un décompte, une facture ou un mémoire précisant les sommes auxquelles il prétendait du fait de l'exécution du marché pour un montant insuffisant et donnant tous les éléments de détermination de ces sommes, accompagnés des pièces justificatives ;
- soit le mémoire pouvait être regardé comme le décompte ou le mémoire exigé par l'article 8.1 ; dans ce cas, le cocontractant n'avait pas respecté l'article 34.1, faute d'avoir présenté un mémoire de réclamation dans le délai de trente jours à compter du jour où le différend est apparu.

➔ [CAA Paris, 31 juillet 2013, Assistance publique-Hôpitaux de Paris, n°11PA01629](#)

## QUALIFICATION DU SOUS-TRAITANT DE PREMIER RANG A L'EGARD DU SOUS-TRAITANT DE SECOND RANG

En application de la loi n°75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, le sous-traitant du titulaire d'un marché public « *est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants* ».

Dès lors, en cas de réclamations financières, ces derniers doivent adresser en premier lieu les pièces justificatives venant au soutien de leur réclamation au sous-traitant de premier rang et non au titulaire du marché.

➔ [CAA Bordeaux, 11 juillet 2013, Région de Guadeloupe, n°11BX03278](#)

### EFFETS D'UNE NOTIFICATION IRREGULIERE DU DECOMPTE GENERAL

La Cour administrative d'appel de Paris précise les effets d'une notification irrégulière du décompte général par le maître d'ouvrage.

En l'espèce, le maître d'ouvrage considérait que son cocontractant lui avait présenté son mémoire de réclamation au-delà du délai de 45 jours prévu par l'article 13-45 du CCAG-Travaux et que, par conséquent, sa réclamation devant le juge administratif était irrecevable puisqu'il était réputé, selon lui, avoir accepté ce décompte.

D'une part, la Cour juge qu'en l'absence de notification du décompte général par ordre de service, comme le prescrit l'article 13-42 du CCAG-Travaux, le cocontractant « *a pu à bon droit estimer que la notification du décompte général n'avait pas été faite régulièrement et*

*mettre en demeure le maître d'ouvrage de lui transmettre un décompte général régulier* ».

D'autre part, la cour relève qu'il résulte de l'instruction que le maître d'ouvrage « *a accepté de transmettre un nouveau document intitulé décompte général du marché* » que le cocontractant a « *accepté de considérer* » comme constitutif du décompte général.

Dès lors, en transmettant un mémoire de réclamation motivé dans un délai de 45 jours à compter de la notification de ce courrier par le maître d'ouvrage, le contractant n'a pas entaché sa requête d'irrecevabilité.

➔ [CAA Paris, 3 juillet 2013, Maison de retraite intercommunale de Fontenay-sous-Bois-Montreuil-Vincennes-Saint-Mandé, n°11PA05239](#)

### INTANGIBILITE DU DECOMPTE GENERAL ET DEFINITIF

Le décompte général, une fois accepté, est considéré comme intangible.

La Cour administrative d'appel de Lyon fait application de ce principe, en rappelant que « *lorsque l'entrepreneur signe sans réserve le décompte général, sans demander sa modification pour qu'y soit intégrée l'indemnité à laquelle il a droit lorsque le marché qui lui avait été attribué a été résilié pour motif d'intérêt général, la règle d'intangibilité du décompte fait, en principe, obstacle à ce qu'il sollicite une indemnité à ce titre* ».

En l'espèce, ayant accepté le décompte général sans réserves, le requérant n'est pas recevable à demander une indemnisation en raison de la résiliation du contrat pour motif d'intérêt général alors que le décompte général ne prévoit aucune indemnisation à ce titre.

En outre la Cour relève que les courriers envoyés par le maître d'ouvrage aux termes desquels ce dernier fait état de « *l'absence de pièces justificatives lui permettant de se prononcer sur sa demande indemnitaire et lui a proposé une indemnité forfaitaire correspondant à 5 % du montant du marché, sous réserve de renonciation à tous recours* » sont « *intervenues alors que le décompte était déjà devenu définitif et [n'engageaient] dès lors la négociation que dans une perspective transactionnelle* ».

Ainsi, ces courriers ne pouvaient être regardés comme exprimant la renonciation du maître de l'ouvrage à opposer l'intangibilité du décompte.

➔ [CAA Lyon, 4 juillet 2013, Société BRB Construction, n°12LY02398](#)

### CAUTION PERSONNELLE ET SOLIDAIRE

Une récente décision intéressant l'application du droit de la commande publique en Nouvelle Calédonie a été l'occasion pour le Conseil d'État de préciser la distinction entre une caution personnelle et solidaire et une garantie à première demande (article 102 du code des marchés publics).

Par un considérant de principe, le Conseil d'État affirme qu'une « *caution personnelle et solidaire constitue une garantie indépendante de la situation de l'entreprise titulaire du marché public et de son éventuel placement en redressement*

judiciaire, mais présente un caractère accessoire de l'obligation née de ce marché, qu'elle garantit ; qu'en revanche, une garantie à première demande se caractérise par son entière autonomie à l'égard de l'obligation principale née du marché ».

Au-delà de l'affaire d'espèce, cette distinction selon que la garantie apportée est accessoire ou entièrement autonome par rapport à l'obligation née du marché permet d'expliquer que la jurisprudence retienne la qualification de contrats administratifs pour les contrats de cautionnement des marchés publics (arrêt du Conseil d'État « *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnements* ») tandis que les contrats de garantie à première demande sont, par principe, de droit privé (arrêt du Conseil d'État « *Maître Tullier ès qualité et Société Technibat aluminium service* »).

➤ [CE, 10 juillet 2013, Société Banque calédonienne d'investissement, n°361122](#)

➤ [CE, 3 novembre 2004, Maître Tullier ès qualité et Société Technibat aluminium service, n°263934](#)

➤ [CE, Sect., 11 février 1972, OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise de cautionnements, n°79402 et 79495](#)

## Délégations de service public

### CONCESSIONS HYDROELECTRIQUES

Dans le cadre de ses activités d'évaluation des politiques publiques, la Cour des comptes a présenté le 21 juin 2013 ses observations sur le renouvellement des concessions hydroélectriques et sur l'absence d'application de la redevance proportionnelle aux recettes résultant des ventes d'électricité créée par l'article 33 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2006.

La Cour souligne à cette occasion que l'obligation de mise en concurrence en vertu de la loi Sapin du 29 janvier 1993 à laquelle sont soumises les concessions hydroélectriques constitue un moyen adapté pour l'État et les collectivités territoriales de ne pas abandonner aux concessionnaires la rente hydroélectrique.

Elle relève également les retards pris sur le programme de renouvellement des concessions hydroélectriques.

Le 27 août 2013, le Gouvernement est venu apporter une réponse aux observations de la Cour de comptes.

Il explique ainsi que le renouvellement des concessions hydroélectriques par la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence impose au préalable de procéder à un regroupement des concessions selon des péri-

mètres cohérents afin d'assurer la présence d'un concessionnaire sur une chaîne d'ouvrages nécessitant une gestion coordonnée, la difficulté étant que les dates d'échéance des concessions ne coïncident pas nécessairement.

Écartant la méthode retenue initialement en 2010 consistant au rachat anticipé des concessions dont l'échéance est la plus éloignée dans la mesure où elle alourdirait considérablement le droit d'entrée pour le nouveau concessionnaire et serait néfaste à la concurrence, le Gouvernement a identifié une seconde méthode qualifiée de « méthode des barycentres ».

Celle-ci consisterait à « *regrouper les concessions préalablement à la mise en concurrence, de façon à créer un ensemble cohérent avec une date d'échéance unique* », laquelle « *serait obtenue en pondérant les dates d'échéance des différents contrats au prorata des revenus générés* ».

➤ [Référé de la Cour des comptes rendu public le 2 septembre 2013 sur le renouvellement des concessions hydroélectriques](#)

## Domaine des personnes publiques

### ABSENCE D'AUTORISATION D'OCCUPATION DU DOMAINE PUBLIC

Dans un arrêt qui sera publié au Bulletin, la Cour de cassation apporte d'utiles précisions sur la coexistence entre le régime de la domanialité publique et le droit de superficie au profit d'une personne privée.

En l'espèce, un propriétaire avait été autorisé à édifier une passerelle reliant son immeuble à une avenue surplombant une voie ouverte à la circulation publique et à

appuyer l'ouvrage sur le mur de soutènement de l'avenue.

Cette passerelle présentant par la suite, un péril imminent en raison de sa vétusté, la commune intéressée avait fait injonction au syndicat des copropriétaires d'avoir à exécuter les travaux nécessaires à la sécurité publique.

Ayant assigné la commune pour la faire déclarer propriétaire de la passerelle, le syndicat a obtenu gain de cause auprès de la Cour d'appel de Pau.

Saisie en cassation, la Cour de Cassation, rappelle, dans un premier temps, que les autorisations d'occupation du domaine public, personnelles et nominatives, sont incessibles et intransmissibles aux propriétaires successifs et que la simple tolérance par la personne publique de l'occupation postérieure de l'ouvrage construit sur le domaine public n'était pas de nature à suppléer l'absence d'autorisation ni ne constituait une autorisation tacite d'occupation.

Elle juge que c'est à bon droit que la « Cour d'appel [a jugé] que le syndicat ne disposait d'aucune autorisation

*valide de surplomb et d'appui pour occuper le domaine public ».*

Dans un second temps, la Cour de Cassation précise que les autorisations de surplomb et d'appui ne pouvaient s'interpréter comme des titres de propriété constitutifs d'un droit de superficie au profit du syndicat et considère que par conséquent, c'est à bon droit que la Cour en a déduit que la commune n'apportait pas « la preuve contraire à la présomption attachée à la propriété du sol ».

Pour l'ensemble de ces raisons, la commune devait être regardée comme propriétaire de la passerelle litigieuse.

➡ [Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 juillet 2013, Commune de Biarritz, n°12-20237](#)

### EXPULSION D'UN OCCUPANT SUR LE DOMAINE PUBLIC ET COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

Dans le prolongement de son arrêt *Commune de Port-Vendres* (cf. LIDPA n°7), le Conseil d'État rappelle que « lorsque le juge administratif est saisi d'une demande tendant à l'expulsion d'un occupant d'une dépendance appartenant à une personne publique, il lui incombe, pour déterminer si la juridiction administrative est compétente pour se prononcer sur ces conclusions de vérifier que cette dépendance relève du domaine public à la date à laquelle il statue ».

Dans cette perspective, il lui appartient :

- de rechercher si cette dépendance a été incorporée au domaine public, en vertu des règles applicables à la date de l'incorporation ;
- et, si tel est le cas, de vérifier en outre qu'à la date à laquelle il se prononce, aucune disposition législative ou, au vu des éléments qui lui sont soumis, aucune décision prise par l'autorité compétente n'a procédé à son déclassement.

En l'espèce, le Conseil d'État relève, tout d'abord, que la parcelle litigieuse a été incorporée au domaine public fluvial de l'État puisque comme l'avait relevé la Cour administrative d'appel « cette parcelle constituait l'un des éléments de l'organisation d'ensemble du port Edouard Herriot, concourant au même titre que les autres parties du port à l'utilité générale qui a déterminé l'affectation des terrains du port ».

En ce qui concerne, ensuite, un éventuel déclassement de la parcelle, le Conseil d'État n'évoque pas expressément la question, ce qui semble signifier qu'au regard des éléments du dossier, il n'existait aucun doute sur le maintien de cette parcelle dans le domaine public.

➡ [CE, 25 septembre 2013, SARL Safran Port Edouard Herriot, n°348587](#)

### COMPETENCE DU JUGE JUDICIAIRE

Le juge-commissaire, juge de l'ordre judiciaire, est seul compétent pour connaître du litige portant sur la résiliation d'un contrat en cours prévue par l'article L. 641-11-1, III-1° du code de commerce relatif à la procédure de liquidation judiciaire, alors même que le contrat en cause a été conclu par le délégataire d'un service public et comporte l'occupation du domaine public.

En l'espèce, la société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (la Semmaris) avait notifié au liquidateur d'une société, qui occupait un emplacement sur le marché de Rungis en application d'un traité de concession, la résiliation de plein droit du contrat en application de l'article L. 641-11-1, III-1° du code de commerce.

Le liquidateur, contestant l'acquisition de la résiliation de plein droit, avait alors saisi le juge-commissaire, lequel s'était déclaré incompétent au profit du juge administratif.

La Cour de cassation censure cette interprétation, consacrant la compétence exclusive du juge-commissaire pour statuer sur les litiges relatifs à la résiliation de plein droit des contrats en cours en cas de liquidation judiciaire du cocontractant, et ce, nonobstant les dispositions de l'article L. 2331-1, 1° du code général de la propriété des personnes publiques qui prévoient que « sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur

forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ».

➡ [Cass. com., 18 juin 2013, \*Semmaris\*, n°12-14836](#)

## Procédure contentieuse – contrats de la commande publique

### PRECISION SUR LES MESURES UTILES DU JUGE DES REFERES

Dans le prolongement de sa décision *Centre hospitalier d'Armentières*, le Conseil d'État rappelle que le juge des référés peut, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner, éventuellement sous astreinte, au cocontractant toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement.

Cette mesure doit tout à la fois être « utile », « justifiée par l'urgence », ne faire « obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative » et ne se heurter « à aucune contestation sérieuse ».

Il apporte toutefois une précision complémentaire, en jugeant que les obligations du cocontractant doivent être appréciées en tenant compte, le cas échéant, « de l'exercice par l'autorité administrative du pouvoir de modification unilatérale dont elle dispose en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs ».

En l'espèce, le juge des référés avait relevé que le comité syndical du syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes (SITURV) avait décidé, en cours d'exécution du contrat, de substituer des rames de tramways au système de trolleybus initialement prévu pour la future deuxième ligne par la convention de délégation de service public.

Dès lors, selon le Conseil d'État, c'est à bon droit que le juge des référés a estimé que la demande du SITURV tendant à ce qu'il soit enjoint à son cocontractant de prendre diverses mesures en vue de la réception et de la mise en service de rames de tramway ne se heurtait, dans son principe, à aucune contestation sérieuse.

➡ [CE, 5 juillet 2013, \*Société Veolia Transport Valenciennes Transvilles\*, n°367760](#)

➡ [CE, 29 juillet 2002, \*Centre hospitalier d'Armentières\*, n°243500](#)

### SANCTION DU NON RESPECT DU DELAI DE « STANDSTILL » DEVANT LE JUGE JUDICIAIRE DU REFERE CONTRACTUEL

Saisie de la régularité d'une ordonnance du juge des référés ayant rejeté le référé contractuel formé par un candidat évincé d'un contrat privé de la commande publique (en l'espèce un marché lancé par une société anonyme d'habitations à loyer modéré), la Cour de cassation a aligné l'office du juge judiciaire des référés sur celui du juge administratif.

La Cour de cassation juge ainsi qu'en cas de conclusion du contrat avant l'expiration du délai de « standstill » ou lors de la période pendant laquelle un référé précontractuel peut être exercé, « le juge du référé contractuel est tenu soit de priver d'effets le contrat en l'annulant ou en le résiliant, soit de prononcer une sanction de substitution consistant en une pénalité financière ou une réduction de la durée du contrat, au besoin d'office ».

S'inscrivant ainsi dans le prolongement direct de la jurisprudence administrative et notamment de l'arrêt du Conseil d'État du 30 novembre 2011 *Société DPM Protection* (cf. LIDPA n°3), la Cour de cassation reprend

également à son compte les éléments permettant de déterminer quelle sanction s'impose (nature et ampleur de la méconnaissance constatée, conséquences pour l'auteur du recours, nature, montant et durée du contrat et comportement du pouvoir adjudicateur).

En l'espèce, la Cour de cassation relève que le juge des référés n'avait prévu aucune sanction à l'encontre du marché litigieux alors même qu'en dépit de sa signature, la notification de l'attribution du marché ne mentionnait « aucune indication sur le délai de suspension pendant lequel les candidats non retenus pouvaient exercer un recours précontractuel ».

En conséquence, elle annule partiellement l'ordonnance du juge des référés, ce dernier ayant méconnu son office au regard des dispositions précitées.

➡ [Cass. Com. 14 mai 2013, \*pourvoi n°12-17890\*](#)

➡ [Cass. Com. 9 juillet 2013, \*pourvoi n°12-17890 \(rectification d'erreur matérielle\)\*](#)

### CONCESSION D'AMENAGEMENT – ILLEGALITE DE L'OPERATION D'AMENAGEMENT

Appliquant la jurisprudence « *Commune de Béziers* » dans le cadre d'un recours en validité d'une concession d'aménagement, le Conseil d'État précise le contrôle du juge de cassation.

Ainsi, la vérification des motifs d'invalidité qui peuvent être invoqués sans méconnaître l'exigence d'exécution loyale des obligations nées du contrat, relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, susceptible seulement d'un contrôle de dénaturation par le juge de cassation, tandis que l'appréciation des conséquences qu'il convient de tirer des irrégularités sur le contrat compte tenu de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, est soumise à un contrôle de la qualification juridique par le juge de cassation.

En l'espèce, l'objet du contrat était illicite, l'opération d'aménagement prévu dans le cadre de celui-ci étant en contradiction avec la Loi Littoral. Il s'agissait donc d'un motif d'ordre public, imposant, ainsi que l'avait constaté la cour administrative d'appel, l'annulation du contrat et non sa résiliation.

De plus, le Conseil d'Etat a refusé le différé des effets de l'annulation consenti par la Cour administrative d'appel. Sans le dire expressément, le Conseil d'Etat a donc considéré, en application de la jurisprudence « *Association AC !* », que la préservation de l'intérêt général et des droits des parties et des tiers ne justifiait pas d'accorder le différé des effets de l'annulation, à tout le moins, à une date intermédiaire entre le début du contrat et la décision d'annulation.

➔ [CE, 10 juillet 2013, Commune de Vias, n°362304](#)

➔ [CE, Ass., 11 mai 2004, Association AC !, n°255886](#)

### MARCHE PUBLIC – EFFET RETROACTIF

Dans le cadre de son pouvoir d'appréciation de la nullité d'un contrat, le juge administratif a fait application de sa jurisprudence constante sur la rétroactivité des clauses contractuelles.

En l'espèce, un cocontractant remettait en cause la validité du contrat, dès lors qu'il avait été daté du 1<sup>er</sup> avril 2004 mais signé en réalité le 10 avril 2004, ses dispositions ayant ainsi un effet rétroactif.

La Cour administrative d'appel de Nancy rappelle les termes de la jurisprudence *Fédération syndicaliste Force ouvrière des travailleurs des Postes et télécommunication*, aux termes de laquelle « aucune disposition législative ou réglementaire, non plus qu'aucun principe général du droit, ne fait obstacle à ce que des stipulations d'un contrat 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 ».

Par conséquent, après avoir relevé que ce contrat, qui visait à régulariser la situation de l'appelant, n'a pu produire d'effets juridiques rétroactifs qu'entre les parties, la Cour juge que le moyen tiré du caractère rétroactif de ses stipulations est inopérant.

➔ [CAA Nancy, 1<sup>er</sup> août 2013, Département de Meurthe-et-Moselle, n°13NC00243](#)

➔ [CE, Sect. 19 novembre 1999, Fédération syndicaliste Force ouvrière des travailleurs des Postes et télécommunication, n°176261](#)

### CONDITIONS D'INDEMNISATION DU CANDIDAT EVINCE

Le Conseil d'Etat transpose au domaine du contentieux contractuel l'exigence de causalité caractéristique du contentieux de la responsabilité en affirmant le principe selon lequel « lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'elle est la cause directe de l'éviction du candidat et, par suite, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation ».

En l'espèce, la requérante invoquait à l'appui de sa demande indemnitaire une insuffisance des informations contenues dans l'avis d'appel public à la concurrence et un défaut des consultations requises préalablement au choix de la délégation.

Le Conseil d'Etat confirme le raisonnement de la Cour administrative d'appel qui avait relevé que ces irrégularités ne portaient pas sur l'attribution du marché et que la requérante n'avait pas été privée de la possibilité de présenter son offre.

Ces irrégularités étant « sans lien avec le rejet de son offre et l'attribution du contrat à une autre société » et « la concurrence entre les deux entreprises ayant été, quant à elle, régulière », le Conseil d'Etat juge que la requérante « ne pouvait se prévaloir d'aucun droit à indemnité en l'absence de tout lien de causalité direct entre les irrégularités ayant entaché la procédure d'attribution du contrat et le préjudice invoqué par elle ».

➔ [CE, 10 juillet 2013, Compagnie martiniquaise de transports, n°362777](#)



## APPLICATION DE LA DECISION *OPHRYS*

La Cour administrative d'appel de Bordeaux fait une nouvelle application des décisions *Société Ophrys* (cf. LIDPA n°1) et *Syndicat mixte Flandre Morinie* (cf. LIDPA n°8) en rappelant que consécutivement à l'annulation d'un acte détachable, « *il appartient à la personne publique de déterminer, sous le contrôle du juge, les conséquences à tirer de cette annulation, compte tenu de la nature de l'illégalité affectant cet acte* », étant précisé que si l'illégalité concerne un vice de forme ou de procédure propre à l'acte détachable, une régularisation peut être opérée par la personne publique, qui peut notamment adopter un nouvel acte d'approbation avec effet rétroactif, dépourvu du vice ayant entaché l'acte annulé.

En l'espèce, était en cause le contrat de délégation de service public de l'eau potable, attaqué par un candidat

évincé de la procédure de passation qui se prévalait notamment de l'annulation judiciaire de la délibération du conseil municipal du délégant autorisant son maire à signer cette convention.

Toutefois, compte-tenu du motif d'annulation de la délibération du conseil municipal – à savoir une irrégularité dans la procédure de vote à bulletins secrets – la Cour en déduit que la commune pouvait valablement régulariser ce vice par l'adoption d'une nouvelle délibération approuvant rétroactivement le contrat de délégation de service public en autorisant le maire à le signer.

➡ [CAA Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2013, Société Compagnie des Eaux de Royan, n°12BX00425](#)

## RECOURS EN RESPONSABILITE DECENNALE DU CONCEDANT A L'ENCONTRE DES COCONTRACTANTS DU CONCESSIONNAIRE

La Cour administrative d'appel de Douai est revenue sur les rôles du concessionnaire et du concédant en cas de désordres relevant de la garantie décennale.

En l'espèce, le syndicat intercommunal de l'agglomération rouennaise avait concédé à une société le financement, la construction et l'exploitation d'une ligne de métro et de bus à un concessionnaire qui avait lui-même confié à un groupement d'entreprises la mission de conception et de réalisation du réseau de métro-bus.

À la suite de désordres apparus postérieurement à la réception, le concessionnaire a obtenu du juge judiciaire la condamnation des constructeurs tandis que la communauté d'agglomération de Rouen, venant aux droits du syndicat, a elle aussi demandé à être indemnisée de ces désordres.

La Cour estime la demande de la communauté d'agglomération irrecevable, en relevant que, d'une part, il ressort de la convention de concession que « *l'ensemble des biens construits, acquis et financés par le concessionnaire, ou remis par l'autorité concédante, constituent des biens de retour* ».

Elle relève d'autre part que l'article 1<sup>er</sup> de cette convention prévoit que le concessionnaire « *intervient en qualité de maître d'ouvrage* ».

Par conséquent, la Cour en déduit que « *la communauté d'agglomération, en l'absence de remise des ouvrages et de tout intérêt direct et certain, ne peut se prévaloir de la qualité de maître de l'ouvrage affecté par les désordres dont elle demande la réparation* » sur la base de la garantie décennale.

➡ [CAA Douai, 17 septembre 2013, Communauté d'agglomération de Rouen-Elbeuf-Austreberthe, n°12DA01100](#)

## Procédure contentieuse générale

### CONTRAT DE RACCORDEMENT D'ELECTRICITE ET COMPETENCE JURIDICTIONNELLE

Si les litiges nés à l'occasion d'un contrat d'achat d'électricité conclu entre EDF et un producteur indépendant relèvent assurément de la compétence de la juridiction administrative depuis l'adoption de l'article L. 314-7 du Code de l'énergie, il n'en va pas de même pour les litiges relatifs aux modalités de raccordement au réseau de transport et de distribution d'électricité de l'installation de production.

C'est ce dernier point que vient de trancher le Tribunal des Conflits.

Dans un premier temps, le Tribunal des conflits écarte la théorie du mandat en affirmant qu'ERDF « *n'exerce aucune mission pour le compte d'une personne publique* » lors de la conclusion d'un contrat de raccordement d'une installation de production d'électricité.

Dans un second temps, le Tribunal des conflits juge que « *le contrat de raccordement [n'est pas] l'accessoire du contrat d'achat de sorte que la qualification de contrat administratif conférée à ce dernier par l'article L. 314-7 du code de l'énergie (...) ne s'étend pas au premier* ».

Dès lors, il n'existe aucune dérogation au principe selon lequel un contrat conclu entre personnes privées est un contrat de droit privé et le litige relatif au raccordement de l'installation au réseau d'électricité « *relève de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ».

➔ [TC, 8 juillet 2013, Société d'exploitation des énergies photovoltaïques, n°C-3906.](#)

#### RECOURS EN REVISION ET COMMUNICATION DU SENS DES CONCLUSIONS DU RAPPORTEUR PUBLIC

Statuant sur une demande de révision d'un arrêt de cassation, le Conseil d'État a estimé que l'absence de communication du sens des conclusions du rapporteur public à la partie qui en fait la demande avant l'audience constitue un cas d'ouverture du recours en révision.

Le Conseil a ainsi rappelé les dispositions de l'article R. 834-1 du Code de justice administrative, qui énumèrent les cas dans lesquels le recours en révision est ouvert, et celles de l'article R. 712-1 alinéa 5 du même code, qui prévoient que les parties doivent être mises en mesure

de connaître, avant la tenue de l'audience, le sens des conclusions.

Il a ensuite estimé « *qu'alors même que cette règle n'est pas au nombre de celles qui figurent au titre III du livre VII du [Code de justice administrative], relatif à la tenue de l'audience, sa méconnaissance doit être regardée comme entrant dans les prévisions du 3° de l'article R. 834-1* » et constitue donc une cause d'ouverture du recours en révision.

➔ [CE, 10 juillet 2013, Société Stanley International Betting Limited, n°357359](#)

## TABLE CHRONOLOGIQUE

❑ <a href="#">Cass. Com. 14 mai 2013, pourvoi n°12-17890</a> .....	7
Référé contractuel / Juge judiciaire / Délai de standstill / Sanction	
❑ <a href="#">Cass. com., 18 juin 2013, <i>Semmaris</i>, n°12-14836</a> .....	7
Domaine public / Emplacement / Contrat d'occupation / Liquidation / Résiliation / Compétence du juge-commissaire	
❑ <a href="#">CAA Bordeaux, 1<sup>er</sup> juillet 2013, <i>Société Compagnie des Eaux de Royan</i>, n°12BX00425</a> .....	9
DSP / Annulation de la délibération autorisant le maire à signer le contrat / Ophrys / Régularisation	
❑ <a href="#">CE, 3 juillet 2013, <i>Société Citelum</i>, n°366847</a> .....	1
Contrat de partenariat / Offre finale / Offre irrégulière / Absence de correction possible par la collectivité	
❑ <a href="#">Cass. civ. 3<sup>e</sup>, 3 juillet 2013, <i>Commune de Biarritz</i>, n°12-20237</a> .....	6
Domaine public / Occupation / Droit de superficie	
❑ <a href="#">CAA Paris, 3 juillet 2013, <i>Maison de retraite intercommunale de Fontenay-sous-Bois-Montreuil-Vincennes-Saint-Mandé</i>, n°11PA05239</a> .....	4
Marché public de travaux / Décompte général / Notification irrégulière	
❑ <a href="#">CAA Lyon, 4 juillet 2013, <i>Société BRB Construction</i>, n°12LY02398</a> .....	4
Marché public de travaux / Décompte général et définitif / Intangibilité / Résiliation pour motif d'intérêt général	
❑ <a href="#">CE, 5 juillet 2013, <i>Société Veolia Transport Valenciennes Transvilles</i>, n°367760</a> .....	7
Référé mesures utiles / DSP / Pouvoir de modification unilatérale	
❑ <a href="#">CE, 5 juillet 2013, <i>UGAP</i>, n°368448</a> .....	3
Accord-cadre / Marchés subséquents / Critères de sélection / Fourchette de pondération	
❑ <a href="#">TC, 8 juillet 213, <i>Société d'exploitation des énergies photovoltaïques</i>, n°C-3906</a> .....	10
Contrat de raccordement d'électricité / Contrat de droit privé	
❑ <a href="#">CE, 10 juillet 2013, <i>Commune de Vias</i>, n°362304</a> .....	8
Concession d'aménagement / Recours Béziers / Objet illicite / Annulation	
❑ <a href="#">CE, 10 juillet 2013, <i>Compagnie martiniquaise de transports</i>, n°362777</a> .....	8
Recours indemnitaire / Candidat évincé / Lien de causalité	
❑ <a href="#">CE, 10 juillet 2013, <i>Société Banque calédonienne d'investissement</i>, n°361122</a> .....	5
Marché public / Caution personnelle et solidaire / Garantie à première demande	
❑ <a href="#">CE, 10 juillet 2013, <i>Société d'électricité de Tahiti</i>, n°361607</a> .....	2
Principes de la commande publique / Polynésie Française / Avenant / Nouveau contrat	
❑ <a href="#">CE, 10 juillet 2013, <i>Société Stanley International Betting Limited</i>, n°357359</a> .....	10
Conclusions du Rapporteur Public / Communication / Recours en révision	
❑ <a href="#">CAA Bordeaux, 11 juillet 2013, <i>Région de Guadeloupe</i>, n°11BX03278</a> .....	4
Sous-traitant de second rang / Réclamation	
❑ <a href="#">CE, 17 juillet 2013, <i>Département de la Guadeloupe</i>, n°366864</a> .....	2, 3
Marché public / Critères d'attribution / Non discrimination / Âge des véhicules / Notes négatives / Interdiction	
❑ <a href="#">CAA Paris, 31 juillet 2013, <i>Assistance publique-Hôpitaux de Paris</i>, n°11PA01629</a> .....	3
Marché public de services / Différend / Facture ou mémoire de l'article 8.1 du CCAG-FCS / Mémoire de réclamation de l'article 34-1 du CCAG-FCS	
❑ <a href="#">CAA Nancy, 1<sup>er</sup> août 2013, <i>Département de Meurthe-et-Moselle</i>, n°13NC00243</a> .....	8
Marché public / Stipulations rétroactives	
❑ <a href="#">CAA Douai, 17 septembre 2013, <i>Communauté d'agglomération de Rouen-Elbeuf-Austreberthe</i>, n°12DA01100</a> .....	9
Concession de travaux publics / Maître d'ouvrage / Cocontractants du concessionnaire / Désordres / Responsabilité décennale	
❑ <a href="#">CAA Nantes, 19 septembre 2013, <i>Commune de Belleville-sur-Loire</i>, n°12NT01553</a> .....	3
Marché public / Méthode de notation du prix / Neutralisation	
❑ <a href="#">CE, 25 septembre 2013, <i>SARL Safran Port Edouard Herriot</i>, n°348587</a> .....	6
Domaine public / Expulsion d'un occupant / Compétence du juge administratif	

PUBLICATIONS RECENTES ET ACTUALITE DU CABINET

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](http://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.