

## Lettre d'information — Contrats et projets publics

Mai 2020 - n°43

### Marchés publics

---

- **Résiliation du marché et remboursement des avances versées :** Par deux décisions du même jour, le Conseil d'Etat juge qu'il résulte de la combinaison des dispositions relatives aux avances des articles 87, 88 et 115 du code des marchés publics, reprises en substance aux articles R. 2191-11, R. 2191-12 et R. 2193-17 du code de la commande publique, que « *lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées* ». C'est donc au prix d'une erreur de droit que la Cour a considéré que seule la théorie de l'enrichissement sans cause pouvait s'appliquer dans une telle situation, c'est-à-dire lorsque le marché est résilié avant que les sociétés sous-traitantes bénéficiaires des avances aient commencé à exécuter leurs prestations. Le juge ajoute qu'« *[e]n cas de résiliation pour faute du marché, le remboursement de l'avance par le sous-traitant ne fait pas obstacle à ce que celui-ci engage une action contre le titulaire du marché et lui demande, le cas échéant, réparation du préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché* ».
  - ⇒ [CE, 4 mars 2020, Société Savima, n°423443, mentionné aux Tables](#) ; [CE, 4 mars 2020, société Alu Couleur, n°423447](#)
  - ⇒ Mots clés : marché public – résiliation – remboursement des avances – cas du marché résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte
- **Délit de favoritisme :** Au cas de marchés passés par France Télévision avec la société Bygmalion, ayant pour objet la « *veille internet, courrier au téléspectateur, préparation de dossiers et d'éléments de langage pour le directeur général, accompagnement stratégique du groupe FTV* », « *prévoyant une rémunération annuelle respectivement de 90 000 euros et 72 000 euros, et ce hors toute procédure préalable de mise en concurrence* », la Cour de cassation retient que la méconnaissance des dispositions 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* entre dans les prévisions de l'article 432-14 du code pénal ; La décision ajoute qu'une collectivité locale, qui a décidé, bien qu'elle n'y soit pas légalement tenue, de recourir à la procédure d'appel d'offres, doit se conformer aux règles imposées par cette dernière. Elle précise également que ces solutions sont transposables à la situation des personnes dont les marchés sont soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 dont l'article 6 prescrit, dans les mêmes termes que l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics, le respect des principes fondamentaux de la commande publique.
  - ⇒ [Cass. Crim., 4 mars 2020, pourvoi n°19-83446, publié au Bulletin](#)
  - ⇒ Mots clés : droit pénal de la commande publique – délit de favoritisme – application aux personnes dont les marchés sont soumis à 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*
- **Conditions d'indemnisation des prestations supplémentaires indispensables :** Pour le Conseil d'État, « *le prestataire a le droit d'être indemnisé du coût des prestations supplémentaires indispensables à l'exécution du marché dans les règles de l'art, sauf dans le cas où la personne publique s'est préalablement opposée, de manière précise, à leur réalisation* ». En l'espèce, cette opposition résultait de ce que le maître d'ouvrage « *avait, par un courrier du 16 juillet 2008 adressé à la société [titulaire], fait connaître sa volonté de ne pas rémunérer les prestations supplémentaires fournies sans commande expresse de sa part et sans avenant* », tandis que la société titulaire n'a pas « *établi que les prestations non prévues par le contrat dont elle demandait l'indemnisation avaient été exécutées avant la réception de ce courrier* ».
  - ⇒ [CE, 27 mars 2020, Société Géomat, n°426955, mentionné aux Tables du recueil Lebon](#)

- Mots clés : marché public – exécution financière – rémunération du titulaire – travaux supplémentaires
- **Action en responsabilité en raison d'agissements dolosifs** : Dans ces deux affaires, deux départements avaient respectivement intenté des recours en réparation du préjudice subi du fait de surprix pratiqués par des sociétés membres d'une entente avec lesquelles ils avaient conclu, ou non, des marchés publics. Le Conseil d'Etat reconnaît implicitement la compétence de la juridiction administrative pour connaître de tels recours en considérant que « [l]'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec l'une d'entre elles, à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence » doit être regardée « comme trouvant son origine dans le contrat ». Il précise dans la première affaire que ces principes valent « y compris lorsqu'est recherchée la responsabilité d'une société ayant participé à ces agissements dolosifs sans conclure ensuite avec la personne publique », et confirme dans la seconde affaire la méthode d'évaluation du préjudice basée sur la comparaison entre les marchés passés pendant l'entente et une estimation des prix qui auraient dû être pratiqués sans cette entente, en prenant notamment en compte la chute des prix postérieure à son démantèlement ainsi que les facteurs exogènes susceptibles d'avoir eu une incidence sur celle-ci.
  - [CE, 27 mars 2020, Département de la Manche c/ Société Signalisation France, n°420491, publié au recueil Lebon](#) ; [CE, 27 mars 2020, Département de l'Orne c/ Société Lacroix Signalisation, n°421758, publié au recueil Lebon](#)
  - Mots clés : marché public – action en responsabilité en raison d'agissements dolosifs – compétence du juge administratif – méthode d'évaluation du préjudice
- **Appréciation de l'impartialité du jury du marché** : Dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'un marché de conception-réalisation portant sur la restructuration d'un bâtiment, attribué par un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes à un groupement qui avait conçu et construit la maison individuelle à basse consommation du président du jury du marché, la Cour administrative d'appel de Douai écarte le moyen tiré de la violation du principe d'impartialité du pouvoir adjudicateur « compte tenu du délai de trois ans qui s'est écoulé entre la fin de la construction de la maison individuelle du président du jury et le lancement de la procédure d'attribution du marché en litige » et « en l'absence d'éléments probants établissant que ce président ait eu un intérêt particulier à l'issue du marché ».
  - [CAA Douai, 2 avril 2020, Société Cabre c/ Société 3P Bâtitseurs, n° 18DA00867](#)
  - Mots clés : marché public – recours en contestation de la validité du contrat – impartialité du jury – absence d'intérêt

## Concessions et délégations de service public

---

- **Intérêt à agir des contribuables locaux** : Le Conseil d'Etat juge que lorsqu'un requérant se prévaut de sa qualité de contribuable local pour saisir le juge d'un recours en contestation de la validité du contrat (recours dit « Tarn-et-Garonne »), il lui « revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité ». En l'espèce, les requérants contestaient la validité des clauses d'un contrat de concession de service public de développement et d'exploitation du réseau de distribution et de fourniture d'électricité relatives (i) à l'indemnité susceptible d'être versée au concessionnaire en cas de rupture anticipée et (ii) à la délimitation du périmètre des ouvrages concédés en ce qu'il n'incluait pas les dispositifs estimés nécessaires à l'exploitation des compteurs « Linky ». Le Conseil d'Etat censure pour erreur de droit le raisonnement de la Cour qui s'était notamment fondée sur le caractère éventuel et incertain de la mise en œuvre des clauses contestées pour écarter l'intérêt à agir des requérants. Il précise en outre que la circonstance que le contrat de concession ait été résilié n'est pas de nature à priver d'objet le pourvoi qui tend à l'annulation d'un avenant adopté antérieurement et qui a été en vigueur.
  - [CE, 27 mars 2020, M. H et autres, n°426291, publié au recueil Lebon](#)
  - Mots clés : concession – recours en contestation de la validité du contrat – intérêt à agir – requérant se prévalant de sa qualité de contribuable local – contrat résilié – absence de non-lieu
- **Mise en cause de la société mère d'une société dédiée à l'exécution d'une délégation de service public** : Saisie de l'appel formé contre une ordonnance par laquelle le juge des référés du tribunal administratif

a étendu l'expertise prescrite à la demande d'une commune aux fins de déterminer l'origine de désordres affectant une salle omnisport à la société titulaire de la délégation de service public conclue pour l'exploitation de cette salle, une Cour considère qu'il « *n'appartient pas au juge des référés, dans le cadre de son office, d'apprécier les droits et obligations respectifs de la société [mère appelante] et de la société dédiée (...) dont " l'objet social (est) exclusivement réservé à l'exécution (de ce) contrat "* » mais que la « *qualité de titulaire de la délégation de service public [de la société mère] suffit à [la] faire regarder comme n'étant pas manifestement étrangère au litige susceptible d'être engagé pour la réparation des désordres affectant l'ouvrage, objet de cette délégation* ». Par suite, la Cour rejette la demande de la société mère tendant à l'annulation de l'ordonnance en tant qu'elle a étendu l'expertise à son égard.

- [CAA Marseille, 15 avril 2020, Commune d'Antibes Juan-les-Pins, n°20MA00756](#)
- Mots clés : référé-expertise – responsabilité – maison-mère – société dédiée

## Propriétés publiques

---

- **Associations syndicales libres (ASL) et domanialité publique** : Le Conseil d'Etat rappelle qu'aux termes de l'article 6 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires*, les créances de toute nature d'une association syndicale de propriétaires à l'encontre d'un de ses membres sont garanties par une hypothèque légale sur les immeubles de ce membre compris dans le périmètre de l'association, de sorte que « *le régime des associations syndicales est, depuis [l'entrée en vigueur de ces dispositions], incompatible avec celui de la domanialité publique* ». Il précise qu'il « *s'ensuit qu'un immeuble inclus dans le périmètre d'une association syndicale et qui, à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er juillet 2004, n'appartenait pas au domaine public d'une personne publique, ne peut devenir une dépendance de ce domaine (...)* », mais que l'entrée en vigueur de cette ordonnance « *ne saurait toutefois avoir eu pour effet d'emporter le déclassement des biens qui (...) appartenaient déjà au domaine public et se trouvaient compris dans le périmètre d'une association syndicale* ». Dans ce dernier cas, sauf à ce qu'ils fassent l'objet d'un déclassement, ces biens continuent d'appartenir au domaine public et l'incompatibilité précitée « *a pour seule conséquence l'impossibilité pour l'association syndicale de mettre en œuvre, pour le recouvrement des créances qu'elle détient sur la personne publique propriétaire, la garantie de l'hypothèque légale sur les biens inclus dans le périmètre et appartenant au domaine public* ».
  - [CE, 10 mars 2020, Association syndicale des propriétaires de la cité Boignes et autres, n°432555, publié au recueil Lebon](#)
  - Mots clés : domaine public – ASL – domanialité publique
- **Résiliation d'une convention d'occupation du domaine public pour un motif d'intérêt général** : Pour le Conseil d'Etat, la volonté d'une commune d'utiliser une dépendance du domaine public communal en vue de créer un espace de stationnement en centre-ville pour les besoins d'une maison de retraite « *caractérise un motif d'intérêt général de nature à justifier la résiliation d'une convention par laquelle elle avait accordé une autorisation, précaire et révocable en vertu de l'article L. 2122-3 du code général de la propriété des personnes publiques, en vue de l'occupation privative de la dépendance à des fins d'activité commerciale* ». Il refuse en revanche d'opérer un contrôle de la pertinence du choix de la commune et censure donc pour erreur de droit l'arrêt de la Cour qui avait procédé « *à une appréciation des besoins de stationnement dans la commune et de la pertinence des choix des autorités municipales* » pour déterminer si le motif invoqué justifiait la résiliation de la convention.
  - [CE, 27 mars 2020, Commune de Palavas-les-Flots, n° 432076, mentionné dans les tables du recueil Lebon](#)
  - Mots clés : domaine public – convention d'occupation du domaine public – résiliation pour motif d'intérêt général – contrôle du juge – motif d'intérêt général de nature à justifier la résiliation – absence d'appréciation de la pertinence du choix de l'autorité domaniale
- **Indemnisation du préjudice résultant de la résiliation fautive de conventions d'occupation du domaine public** : Au cas d'une société qui cherchait à engager la responsabilité d'une commune en raison de la résiliation estimée fautive de deux conventions conclues pour l'occupation des toitures de bâtiments communaux en vue de l'installation et de l'exploitation de panneaux photovoltaïques, une Cour juge que, dès lors que la résiliation des conventions était motivée par la circonstance qu'« *aucune mise en service de la station [n'avait eu] lieu* », il ne pouvait pas s'agir d'une résiliation pour motif d'intérêt général. La résiliation ne pouvait pas davantage être regardée comme une résiliation pour inexécution puisque les conventions n'imposaient aucun délai à la société requérante pour la réalisation des équipements. La résiliation était donc fautive, de sorte

que la requérante pouvait être indemnisée du « préjudice résultant pour elle de l'engagement à perte de dépenses postérieurement à la conclusion des conventions litigieuses et strictement nécessaires à l'occupation du domaine public qu'elles autorisent, indépendamment des charges supportées exclusivement liées à l'activité commerciale de vente d'électricité qu'elle projetait d'exercer ».

- [CAA Lyon, 4 avril 2020, Société Good Sun c/ Commune de Monistrol-sur-Loire, n° 18LY01186](#)
- Mots clés : domaine public – convention d'occupation du domaine public – résiliation fautive – conditions d'indemnisation

## Intercommunalité

---

- **Encadrement des pouvoirs de police du maire dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire** : Pour le Conseil d'État, le maire peut, dans l'exercice de son pouvoir de police municipale et y compris en période d'état d'urgence sanitaire, prendre les mesures nécessaires au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité et à la salubrité publiques dans sa commune. À ce titre, il peut prendre « des dispositions destinées à contribuer à la bonne application, sur le territoire de la commune, des mesures décidées par les autorités compétentes de l'Etat, notamment en interdisant, au vu des circonstances locales, l'accès à des lieux où sont susceptibles de se produire des rassemblements ». En revanche, la police spéciale instituée dans le code de la santé publique, qui donne compétence à l'État pour édicter des mesures visant à mettre fin à une catastrophe sanitaire lorsque l'état d'urgence sanitaire a été déclaré, « fait obstacle, pendant la période où elle trouve à s'appliquer, à ce que le maire prenne au titre de son pouvoir de police générale des mesures destinées à lutter contre la catastrophe sanitaire », à moins que (i) « des raisons impérieuses liées à des circonstances locales en rendent l'édition indispensable » et à condition (ii) « de ne pas compromettre, ce faisant, la cohérence et l'efficacité de celles prises dans ce but par les autorités compétentes de l'État ». En l'espèce, l'arrêté du maire de la commune de Sceaux qui prescrivait aux personnes de plus de dix ans de porter un masque pour se déplacer dans l'espace public ne remplissait pas la double condition nécessaire à son intervention pour lutter contre l'épidémie de covid-19.
- [CE, ordo., 17 avril 2020, Commune de Sceaux, n°440057, mentionné aux Tables](#)
- Mots clés : police – pouvoirs de police générale du maire – police spéciale de l'état d'urgence sanitaire confiée à l'État – articulation

## Procédure contentieuse administrative

---

- **Publication des actes administratifs et délai de recours contentieux** : Le Conseil d'État juge qu'en cas de double mesure de publicité d'un acte administratif, le délai contentieux court désormais à compter de la date de la première des deux mesures. Il retient en l'espèce que la publication d'un arrêté sur le recueil des actes administratifs de la préfecture, « alors même que l'arrêté en litige n'a pas été affiché à la mairie [...], a fait courir à l'égard du syndicat requérant le délai de recours contentieux de deux mois prévu à l'article R. 421-1 du code de justice administrative ». Le juge précise en outre que la mise en ligne des actes préfectoraux sur le recueil des actes administratifs est suffisante pour les rendre opposables, à condition que cette mise en ligne intervienne dans des conditions garantissant la fiabilité et la date de la mise en ligne de l'acte.
- [CE, 27 mars 2020, Syndicat agricole des petits planteurs de Cadet Sainte-Rose, n° 435277](#)
- Mots clés : délai de recours contentieux – point de départ – date de la première mesure de publicité

## À noter

---

- **Principales mesures d'adaptation des règles de passation et d'exécution des contrats de la commande publique et autres contrats publics pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19** : L'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020, modifiée par l'article 20 de l'ordonnance n°2020-460 du 22 avril 2020, adapte les règles applicables à la passation, aux délais de paiement, à l'exécution et à la résiliation des contrats publics, notamment aux contrats de la commande publique, pendant la durée de la crise sanitaire, soit une période courant du 12 mars 2020 jusqu'à la fin de l'état d'urgence sanitaire augmentée d'une durée de 2 mois.

Les principales mesures prises par cette ordonnance sont les suivantes :

- Les délais des procédures de passation en cours doivent en principe être prolongés par les autorités contractantes, lesquelles peuvent en outre aménager les modalités initiales de mise en concurrence ;
  - Les contrats publics arrivant à échéance pendant la période de crise sanitaire peuvent être prolongés au-delà de la durée fixée par le contrat ou de la durée maximale fixée par le code de la commande publique le temps nécessaire à la remise en concurrence du contrat, et les autorités contractantes peuvent à certaines conditions passer des marchés de substitution avec des tiers, nonobstant toute clause d'exclusivité ;
  - L'application de sanctions et l'engagement de la responsabilité du titulaire d'un contrat public sont interdits lorsqu'en raison de la crise sanitaire, ce dernier n'est pas en mesure d'en respecter certaines clauses ; des reports des délais contractuels d'exécution peuvent également être accordés ;
  - S'agissant des marchés publics, (i) les conditions de versement des avances sont assouplies, (ii) en cas de résiliation d'un marché ou d'annulation d'un bon de commande, le titulaire peut, sauf stipulation plus favorable, être indemnisé des dépenses qu'il a engagées pour son exécution et (iii), en cas de suspension d'un marché à prix forfaitaire, l'acheteur doit procéder au règlement du marché, puis conclure un avenant avec le titulaire à l'issue de la suspension pour en déterminer les conséquences ;
  - S'agissant des contrats de concession, sont organisées (i) les conséquences de l'éventuelle suspension de l'exécution du contrat par décision du concédant ou au résultat d'une mesure de police administrative (suspension du versement des sommes dues au concédant, possible octroi d'avances au concessionnaire, conclusion d'un avenant à l'issue de la suspension), ainsi que (ii) les modalités d'indemnisation du concessionnaire en cas de modification significative des conditions d'exécution du contrat par le concédant, sans préjudice de stipulations dont l'application serait plus favorable au concessionnaire ;
  - S'agissant des contrats emportant occupation du domaine public, il est prévu (i) qu'en cas de dégradations des conditions d'exploitation de l'activité de l'occupant dans des proportions manifestement excessives au regard de sa situation financière, le paiement des redevances d'occupation du domaine public est suspendu dans la limite de la période de crise sanitaire, et (ii) qu'à l'issue de cette suspension, un avenant fixe le cas échéant les modifications du contrat apparues nécessaires.
- ➔ [Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire](#)
- ➔ [Ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 portant diverses mesures prises pour faire face à l'épidémie de covid-19](#)

La lettre d'information *Contrats et projets publics* (la « Lettre d'information ») est une publication électronique périodique éditée par Frêche & Associés AARPI et diffusée gratuitement à un nombre limité de personnes en relation avec le Cabinet. La lettre d'information, qui a pour vocation l'information générale et non exhaustive de ses destinataires, 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. Frêche & Associés AARPI 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.