

Veille du 17 au 20 février 2018

[Lire l'actualité du 17 au 20 février 2018](#)

La défaillance des équipements de secours d'une usine de traitement de l'eau l'empêche de garantir la continuité du service public de distribution de l'eau potable, ce qui la rend impropre à destination : la responsabilité décennale du fournisseur est engagée même s'ils sont des équipements dissociables

[CAA Bordeaux 8 février 2018 SERTAD, req. n° 15BX01701](#)

Dans le cadre d'un marché public de travaux conclu en 2001 pour la construction d'une usine de production d'eau potable,

le syndicat pour l'étude et la réalisation des travaux d'amélioration de la desserte en eau potable du sud Deux-Sèvres (SERTAD) a confié à la société 2H Energy un lot de travaux, fourniture et installation d'un groupe électrogène de secours rattaché à l'usine réalisée. La maintenance du groupe électrogène a été par ailleurs confiée à cette société par un marché distinct.

Une visite périodique effectuée par la société le 30 mars 2010 a révélé un dysfonctionnement du régulateur de vitesse du moteur de ce groupe électrogène, ce qui l'a conduit à préconiser son remplacement. Le moteur du groupe électrogène s'est brisé trois semaines après cette visite, conduisant le SERTAD à engager devant le tribunal administratif de Poitiers la responsabilité de la société 2H Energy. Le tribunal l'a condamnée au paiement de la somme correspondant au remplacement du groupe électrogène, sur le fondement de la responsabilité décennale, soit 119 519 euros, ce qu'a confirmé la cour administrative d'appel de Bordeaux.

1 Pour mémoire, la garantie décennale d'un constructeur est fondée sur [les articles 1792 et suivants du code civil](#) et s'applique aux marchés de travaux publics depuis longtemps ((CE 3 janvier 1881 Ville de la Fère : publié au Rec. CE – CE ass. 2 février 1973 Sieur Trannoy, req. n° 82706 : publié au Rec. CE)). Les constructeurs d'un ouvrage sont responsables de plein droit des désordres qui n'étaient pas décelables au moment de la réception et qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination. Par exemple, le défaut de conformité à des normes de sécurité d'un centre hospitalier ((CE 29 novembre 1989 Groupement permanent des architectes, req. n° 70215 : mentionné dans les tables du Rec. CE.)) ou la surchauffe périodique de certaines salles de classe d'une école en période estivale ((CE 9 décembre 2011 Commune de Mouans-Sartoux, req. n° 346189 : mentionné dans les tables du Rec. CE. – AdDen avocats « *Un désordre peut rendre un ouvrage impropre à sa destination alors même qu'il n'est ni*

général ni permanent », adden-leblog.com.)) rendent impropres à leurs destinations les ouvrages concernés.

En principe, la présomption de responsabilité décennale ne s'étend qu'aux éléments indissociables d'un ouvrage ((Article 1792-2 code civil : « La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage »)). Sont indissociables les éléments d'équipement qui ne peuvent être posés ou retirés « *sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage* » ((CE 26 janvier 2018 Société Futura Play, req. n° 414337 : pour une illustration récente de qualification d'équipement indissociable de l'ouvrage.)). Les éléments dissociables de l'ouvrage sont, quant à eux, couverts par la garantie d'un an de parfait achèvement et par la garantie de deux ans de bon fonctionnement ((PINTAT Pierre, COSTE-FLORET, Guillaume « Garanties des constructeurs dans les marchés publics de travaux : principes de droit commun et adaptations » Contrats publics n° 169 octobre 2016)). **Toutefois, la couverture par la garantie décennale d'éléments dissociables de l'ouvrage est admise lorsque leur dysfonctionnement rend dans son ensemble un ouvrage impropre à sa destination** ((CE 8 décembre 1999 Société Borg Warner, req. n° 138651 : mentionné dans les tables du Rec. CE)).

Les constructeurs ne peuvent s'exonérer de cette responsabilité décennale qu'en prouvant la force majeure ou la faute du maître d'ouvrage ((CE ass. 2 février 1973 Sieur Trannoy, req. n° 82706 : publié au Rec. CE)), telle qu'un

défaut d'entretien grave et prolongé par exemple ((CE 6 mars 2002 SIADO, req. n° 224523)).

2 En l'espèce, le groupe électrogène défaillant avait vocation à assurer l'alimentation électrique de secours de l'usine de traitement d'eau en cas de coupure de l'alimentation assurée par le réseau.

Malgré le caractère dissociable de l'usine de traitement du groupe électrogène et l'absence de dommage causé à l'usine de traitement elle-même, qui a d'ailleurs continué à fonctionner, le juge administratif a estimé que la défaillance du groupe électrogène de secours rendait l'usine dans son ensemble impropre à sa destination. Pour ce faire, la cour a pris en compte la nature de l'activité de l'usine et « les besoins impérieux d'approvisionnement en eau potable de la population qu'elle dessert » : autrement dit, l'exigence de continuité absolue du service public de distribution de l'eau potable impose que cette usine dispose d'équipements de secours garantissant qu'elle puisse poursuivre son activité même en cas de coupure de courant. A défaut, l'usine est impropre à sa destination, qui est d'assurer de manière continue le service public de distribution de l'eau potable.

En outre, le juge estime que la société 2H Energy ne peut pas se prévaloir d'une faute du maître d'ouvrage qui n'a pas remplacé le régulateur de vitesse, alors qu'elle n'a pas assorti le constat du dysfonctionnement du régulateur d'une description des conséquences susceptibles de survenir s'il n'était pas remplacé, à savoir le bris total du moteur.

Veille du 14 au 16 février 2018

[Lire l'actualité du 14 au 16 février 2018](#)

Veille du 10 au 13 février 2018

[Lire l'actualité du 10 au 13 février 2018](#)

Réception des travaux : rappel de l'obligation de vigilance des maîtres d'ouvrage

[CAA Nancy 30 janvier 2018 Commune de Saint-Dié-des-Vosges, req. n° 16NC02728](#)

La commune de Saint-Dié-des-Vosges a conclu en 2011 avec un groupement de sociétés, dont la société AEA Architectes était le mandataire, un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la restructuration d'un espace culturel comprenant une salle de spectacle. Les travaux de l'ouvrage ont été réceptionnés successivement sans réserve, entre novembre 2012 et mars 2013.

A la suite de désordres apparus avant la réception de l'ouvrage, la commune a saisi le tribunal administratif de Nancy afin de condamner la société AEA Architectes à lui verser la somme de 24 221,40 EUR en réparation de son préjudice matériel lié au coût de remise en état de la salle de spectacle, ainsi qu'une somme de 123 960,50 EUR en indemnisation d'un manque à gagner lié à la perte de capacité de cette salle. Le tribunal ayant rejeté ses demandes, la commune a interjeté appel de ce jugement rendu le 11 octobre 2016.

La cour administrative d'appel de Nancy va confirmer le jugement en faisant une application classique des principes dégagés à propos de la responsabilité du maître d'œuvre en cas de manquement à son devoir de conseil.

Par principe, la réception des travaux met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les entrepreneurs, mais également aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre. Partant, après la réception des travaux, la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre ne peut plus être engagée par le maître d'ouvrage, sauf à deux titres : les fautes que le maître d'œuvre aurait commis à l'occasion de l'établissement du décompte général du marché de travaux ((CE Section 6 avril 2007 Centre hospitalier général de Boulogne sur mer, req. n° 264490 : publié au Rec. CE : *« lorsqu'il a connaissance de désordres survenus en cours de chantier qui, sans affecter l'état de l'ouvrage achevé, ont causé des dommages au maître de l'ouvrage, il appartient au maître d'oeuvre chargé d'établir le décompte général du marché, soit d'inclure dans ce décompte, au passif de l'entreprise responsable de ces désordres, les sommes correspondant aux conséquences de ces derniers, soit, s'il n'est pas alors en mesure de chiffrer lesdites conséquences avec certitude, d'attirer l'attention du maître de l'ouvrage sur la nécessité pour lui, en vue de sauvegarder ses droits, d'assortir la signature du décompte général de réserves*

relatives à ces conséquences »)) ou les manquements à son devoir de conseil dans le cadre de sa mission d'assistance aux opérations de réception. En effet, « la responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil peut être engagée, dès lors qu'il s'est abstenu d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont il pouvait avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves » ((CE 28 janvier 2011 Société cabinet d'études Marc Merlin, req. n° 330693 ; CAA Bordeaux 9 avril 2015 EHPAD d'Arnac-Pompadour, req. n° 12BX02225.)). Les manquements du maître d'œuvre à son obligation de conseil peuvent résulter du fait de s'être abstenu de signaler lors de la réception des malfaçons apparentes faisant obstacle à une réception sans réserve ((CE 8 juin 2005 Commune de Caen, req. n° 261478 : mentionné aux tables du Rec. CE.)), ou encore des vices non apparents mais dont il pouvait avoir connaissance ((CE 28 janvier 2011 Sté Cabinet d'études Marc Merlin, req. n° 330693 : mentionné aux tables du Rec. CE.)). Cette obligation de conseil porte sur la conformité des travaux au projet tel qu'il est défini par les stipulations contractuelles. Elle ne porte pas sur la conception, la définition et la surveillance des travaux dont le maître d'œuvre avait la charge au cours de l'exécution des travaux : la réception délivre celui-ci de sa responsabilité à cet égard ((CAA Marseille 15 février 2016 Commune de Canet en Roussillon, req. n° 15MA02235 – CAA Marseille 6 juillet 2015 CA du bassin de Thau, req. n° 12MA02109.)) – excepté pour les vices non apparents couverts par la responsabilité décennale.

La circonstance que le maître d'ouvrage ait connaissance des désordres affectant l'ouvrage avant sa réception ne suffit pas à exonérer le maître d'œuvre de son obligation de conseil lors des opérations de réception de celui-ci. Cependant, conformément à une jurisprudence classique ((CE 10 juillet 2013 Commune de Chamousset-en-Lyonnais, req. n° 359100 ; voir également CAA Nantes 6 juin 2014 centre communal d'action

sociale (CCAS) de Tours, req. n° 12NT02075 ou encore CAA Marseille 3 octobre 2016 SMABTP, req. n° 14MA05228)), la responsabilité du maître d'œuvre peut être écartée si ses manquements à son devoir de conseil ne sont pas à l'origine des dommages dont se plaint le maître d'ouvrage, ce qui est notamment le cas lorsque le maître d'ouvrage a fait preuve d'une imprudence particulièrement grave en prononçant la réception de l'ouvrage malgré sa connaissance des désordres qui l'affectaient : c'est alors l'imprudence du maître d'ouvrage plutôt que le manquement par le maître d'œuvre à son devoir de conseil qui serait à l'origine du dommage.

Après avoir illustré les circonstances dans lesquelles le maître d'œuvre peut voir sa responsabilité engagée pour manquement à ses obligations d'information et de conseil ((CAA Nancy 25 décembre 2017 Communauté de communes des Hauts du Doubs, req. n° 16NC02822)), la cour administrative d'appel de Nancy précise ici les cas dans lesquels ce dernier peut voir sa responsabilité exclue. Il s'agit là d'un rappel à la vigilance des maîtres d'ouvrages à l'occasion des opérations de réception.

Précisions sur les offres anormalement basses et les obligations déclaratives des candidats en matière d'emploi des travailleurs handicapés

[CE 22 janvier 2018 Commune de Vitry-le-François, req. n°](#)

[414860](#)

Par une décision en date du 22 janvier 2018, le Conseil d'Etat apporte deux précisions utiles aux acheteurs concernant, d'une part, la vérification par l'acheteur des interdictions de soumissionner au regard du champ d'application de l'obligation déclarative des entreprises en matière d'emploi des travailleurs handicapés et, d'autre part, les modalités d'appréciation du caractère anormalement bas des offres.

En l'espèce, la commune de Vitry-le-François a engagé une procédure adaptée en vue de la conclusion d'un marché de fourniture de matériel d'éclairage public à LED. Le 23 août 2017, à l'issue de la consultation, la commune a informé la société Comptoir de négoce d'équipements du rejet de son offre et attribué le marché à la société CVELUM. La société Comptoir de négoce d'équipements a alors saisi le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne pour contester la procédure dont elle s'est vue exclue.

Le 20 septembre 2017, le juge des référés annulé la procédure de passation de ce marché parce que la société retenue n'avait pas fourni le certificat délivré par l'AGEFIPH attestant de la régularité de sa situation au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles L. 5212-2 à L. 5212-5 du code du travail.

La commune de Vitry-le-François a exercé un pourvoi en cassation contre cette décision.

1 Vérifications des interdictions de soumissionner et théorie des formalités impossibles

Pour mémoire, il appartient aux acheteurs de vérifier que l'attributaire pressenti n'est pas sous le coup de l'une des interdictions de soumissionner ((Articles 45 à 48 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.)).

A ce titre, tout candidat à l'attribution du marché doit produire à l'appui de sa candidature une déclaration sur l'honneur établissant qu'il n'entre dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner et, notamment, qu'il est en règle au regard des dispositions du code du travail concernant l'emploi des travailleurs handicapés. La vérification de ces premières déclarations sur l'honneur par la production des certificats correspondant se fait dans un second temps, auprès du seul attributaire pressenti ((Article 55 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.)), afin d'éviter que tous les candidats doivent produire ces documents.

L'acheteur doit accepter comme preuve suffisante de la véracité des déclarations sur l'honneur faites par le candidat les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents dont la liste est fixée par l'arrêté du 25 mai 2016 ((Arrêté du 25 mai 2016 fixant la liste des impôts, taxes, contributions ou cotisations sociales donnant lieu à la délivrance de certificats pour l'attribution de marchés publics et de contrats de concession.)). Pour établir la régularité de la situation de l'attributaire pressenti au regard de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés, cet arrêté vise effectivement le certificat délivré par l'Association de gestion du fonds de développement pour l'insertion professionnelle des handicapés (AGEFIPH).

Toutefois, les dispositions du code du travail relatives à l'emploi des travailleurs handicapés ne sont pas applicables aux entreprises de moins de 20 salariés ((Article L. 5212-1 du code du travail : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout employeur, occupant au moins vingt salariés, y compris les établissements publics industriels et commerciaux.* »)) : partant, faisant preuve d'un pragmatisme intelligent, le Conseil d'Etat constate que le certificat considéré, qui ne sanctionne que le respect de ces obligations par les entreprises qui s'y trouvent soumises, ne peut pas

être exigé d'une entreprise qui emploie moins de 20 salariés.

On peut noter que M. Gilles Pélissier, rapporteur public sur cette affaire, a envisagé que les entreprises employant moins de 20 salariés soient tenues de produire une attestation de non-assujettissement à l'obligation déclarative. Il a cependant rapidement écarté cette solution pour des raisons essentiellement pratiques : en effet, les petites entreprises ne sont pas nécessairement au courant de cette obligation déclarative, ce qui pourrait avoir pour effet les empêcher de soumissionner sans raison pertinente. Cette position est à la fois réaliste et efficace.

Pour ce motif, l'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif Châlons-en-Champagne est donc annulée.

2 Jugeant l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative le Conseil d'Etat se prononce sur la notion d'offre anormalement basse, la société requérante ayant formulé ce grief à l'encontre de l'offre de l'attributaire

A ce titre, il rappelle d'abord qu'en application de l'article 60 du décret du 25 mars 2016, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé et que, selon ces mêmes dispositions, si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre ((CE 29 mai 2013 Société Artéis, req. n° 366606 : mentionné aux tables du Rec. CE.)).

En l'espèce, le Conseil d'état estime la circonstance que le montant de l'offre de la société retenue par la commune corresponde au prix d'achat des matériels et ne lui permette

pas de faire un bénéfice n'est pas suffisante pour que le prix proposé soit regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché.

Au demeurant, l'offre de la société requérante était à peine plus chère que celle de l'attributaire pressenti (moins de 2%).

Par suite, le Conseil d'Etat en a conclu que la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la commune de Vitry-le-François aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre anormalement basse.

Dans la mesure où les autres moyens du candidat évincé n'étaient pas plus fondés, la demande d'annulation présentée par la société Comptoir de négoce d'équipements est rejetée.

La cession intervenue alors que le cédant n'était plus titulaire de la créance est inopposable au débiteur, même régulièrement signifiée

[CE 26 janvier 2018 société *Industrias Durmi*, req. n° 402270 : mentionné aux tables du Rec. CE](#)

La société Athéma était titulaire du lot n°5 « *Menuiseries extérieures* » d'un marché public de travaux conclu le 28 avril 2009 par le centre de gestion de la fonction publique territoriale de la Haute-Garonne. A ce titre, elle a passé

plusieurs commandes à la société Industrias Durmi pour un montant total de 82 634 EUR. Pour assurer le règlement de cette somme, le 24 février 2010 ; la société Athéma a cédé à la société fournisseur une partie de sa créance détenue au titre du marché, à hauteur des sommes qu'elle lui devait, soit 82 634 EUR. La société Industrias Durmi a notifié cette cession de créance au comptable public du centre de gestion le 10 mai 2010.

Mais précédemment, la société Athéma avait déjà cédé la totalité de la créance qu'elle détenait au titre du marché par cession « *Dailly* » à l'organisme de financement OSEO. Cette cession a été notifiée au comptable public assignataire par lettre recommandée avec accusé de réception le 21 octobre 2009.

Après que le comptable public ait refusé de procéder au paiement des sommes sollicitées à la société Industrias Durmi, en juillet 2010, OSEO a adressé au payeur départemental une « mainlevée partielle » de la cession qui lui avait été consentie, à hauteur de la somme de 82 634 EUR, tandis que la société Industrias Durmi a pour sa part fait procéder à une nouvelle signification de la cession de créance au comptable public le 22 septembre 2010. Le comptable public a cependant continué de procéder aux derniers paiements au profit de la société OSEO.

Cette affaire est l'occasion pour le Conseil d'Etat de rappeler plusieurs principes applicables en matière de cession d'une créance administrative.

Pour mémoire, le juge administratif est compétent pour connaître des cessions de créances administratives entre les parties privées d'un marché public : c'est la nature de la créance qui détermine le juge compétent pour en connaître ((TC 18 octobre 1999 Société Cussenot matériaux, req. n° 3130 : publié au Rec. CE)).

Le Conseil d'Etat rappelle, au visa de [l'article 1690 du code civil](#), que la cession de créance consentie à la société Industrias Durmi n'a pu produire d'effets juridiques puisque la société Athéma avait déjà cédé la totalité de ses créances au titre du marché et qu'un cédant ne peut transmettre plus de droits qu'il n'en détient ((CE 22 juillet 2009 Office public d'aménagement et de construction de la Sarthe, req. n° 300313)). La première cession de créance était donc bien inopposable au comptable assignataire.

Par ailleurs, le comptable public a estimé que la demande de mainlevée partielle sollicitée par OSEO était mal fondée, parce qu'OSEO a présenté la société Industrias Durmi comme un sous-traitant bénéficiant du droit au paiement direct, alors que les fournisseurs qui ne sont tenus qu'à une obligation de donner et non de faire ne sont pas des sous-traitants au sens de la loi du 31 décembre 1975, à défaut d'être titulaire d'un contrat d'entreprise. La cour d'appel a confirmé ce raisonnement.

Mais le Conseil d'Etat désavoue cette approche : il n'appartient ni au comptable ni au juge de contrôler les motifs de la cession ou d'une mainlevée de cession de créances. Ainsi, la mainlevée partielle de la société OSEO ne peut pas être écartée au seul motif qu'elle est fondée de manière inexacte sur la qualité de sous-traitante de la société Industrias Durmi.

L'affaire est renvoyée devant la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui devra réexaminer la validité de la main-levée effectuée par OSEO en juillet 2010 et de la nouvelle notification de cession de créances faite en septembre 2010.

Le mobilier urbain parisien illustre l'examen par le juge de la régularité de la passation de gré à gré de conventions provisoires conclues pour assurer la continuité d'un service public

[CE 5 février 2018 Ville de Paris et Société des Mobiliers Urbains pour la Publicité et l'Information, req. n° 416579, 416585, 416640, 416711, 416581, 416641](#)

Le mobilier urbain, et notamment celui de la ville de Paris, ne cesse de fournir des cas pratiques illustrant les conditions d'application du droit des contrats administratifs : après nous avoir appris que la contrepartie onéreuse d'un marché public peut être constituée non par un prix mais par un abandon de recettes publicitaires et une exonération de redevance pour occupation du domaine public ((CE 4 novembre 2005 *société Jean-Claude Decaux*, req. [247298](#) : publié au Rec. CE (mobilier urbain).)), après nous avoir rappelé les règles d'indemnisation applicables en cas de nullité d'un contrat administratif ((CE 10 avril 2008 *société Jean-Claude Decaux*, req. n° [244950](#) : publié au Rec. CE (mobilier urbain).)), après nous avoir offert un exemple de validité de modifications apportées à un marché public ((CE 11 juillet 2008 *Ville de Paris*, req. n° [312354](#) : publié au Rec. CE (DSP Vélib').)) ou encore un exemple de distinction entre un contrat emportant seulement occupation du domaine public et un contrat relevant

de la commande publique en revenant, d'ailleurs, en partie sur le premier arrêt pour ne conserver que l'exonération de redevance comme élément d'onérosité ((CE 15 mai 2013 *Ville de Paris*, req. n° [364593](#) :publié au Rec. CE (colonnes Morris).)), le mobilier urbain du Vélib' parisien est l'occasion pour la Haute Juridiction d'illustrer les conditions de recours aux conventions de gestion provisoire d'un service public.

1 Rappels préalables : le régime des conventions provisoires récemment précisé

Les conventions de gestion provisoire ont pour objet de parer à une situation d'urgence, mais pour les concessions de service public, leur fondement est jurisprudentiel et découle de l'exigence constitutionnelle de continuité du service public, tandis que pour les marchés publics, leur fondement est l'exception textuelle de l'urgence impérieuse autorisant la conclusion des marchés de gré à gré.

1.1 Les principes applicables aux conventions provisoires de délégation de la gestion d'un service public

Pour mémoire, les textes anciens et nouveaux applicables aux concessions de service public ((Ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession et articles L. 1411-1 et suivants du CGCT.)) ne prévoient pas expressément au bénéfice des personnes publiques une exonération du respect de leurs obligations de publicité et de mise en concurrence les autorisant à conclure de gré à gré une convention provisoire de gestion d'un service public pour permettre de parer à une situation d'urgence représentant un risque pour la continuité du service public.

C'est ainsi le juge administratif qui, dans le prolongement de solutions plus anciennes évoquant ou examinant de telles conventions ((CE 21 juin 2000 *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise*, req. n° [209319](#).

– CAA Marseille 21 juin 2007 *Commune de Sanary-sur-Mer*, req. n° [05MA00197](#). – CAA Marseille 9 avril 2009 *Commune d'Orange*, req. n° [07MA02807](#).)), a reconnu, en 2016, que l'impératif constitutionnel de continuité du service public ((CE ass. 7 juillet 1950 *Dehaene*, req. n° 01645 : publié au Rec. CE – CC 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, « *Continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*»)) implique de reconnaître aux personnes publiques la possibilité de conclure des conventions de délégation de service public provisoires dans des situations d'urgence indépendantes de leur volonté :

« en cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la collectivité entend poursuivre la délégation du service, ou, au cas contraire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance » ((CE 4 avril 2016 *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, req n° [396191](#) : mentionné aux tables du Rec. CE.))

Dans l'affaire de la CACEM ayant donné lieu à cet arrêt de principe, la collectivité avait soutenu qu'elle pouvait conclure de gré à gré une convention de gestion provisoire puisqu'elle rencontrait une situation d'urgence ne résultant pas de sa volonté, née de l'impossibilité d'organiser la prolongation du contrat précédent parce que le préfet avait émis des réserves sur la régularité de l'avenant. Le Conseil d'Etat a relevé qu'au contraire, la conclusion de cet avenant de prolongation du contrat précédent était possible puisque le

titulaire avait expressément accepté d'abandonner les clauses de l'avenant sur lesquelles le préfet avait émis des réserves, de telle sorte que rien ne s'opposait à ce que la personne publique assure la continuité du service public en prolongeant le contrat existant. Partant, l'abandon de l'avenant de prolongation et la conclusion d'une convention de gestion provisoire avec un autre cocontractant résultait de la seule volonté de la personne publique, ce qui a conduit le Conseil d'Etat à considérer que la situation d'urgence propre à justifier la conclusion de gré à gré d'une convention de gestion provisoire, c'est-à-dire indépendante de la volonté de la personne publique, n'était pas satisfaite.

Depuis, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de donner d'autres exemples de la validité de telles concessions de service public provisoires : constitue ainsi une véritable situation d'urgence indépendante de la volonté de la personne publique la défaillance de son cocontractant et l'échec de la médiation organisée par l'autorité administrative de tutelle, empêchant de fait toute poursuite du service public de l'exploitation d'un terminal portuaire, tandis que la convention provisoire a été conclue pour un délai fixe de 18 mois ayant pour objet de permettre la désignation d'un nouveau délégataire après publicité et mise en concurrence ((CE 14 février 2017 *Société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA)*, req. n° [405157](#) : publié au Rec. CE.)).

1.2 Les principes applicables aux conventions provisoires constituant des marchés publics

Pour être parfaitement complet sur ce rappel préalable, il faut préciser qu'au contraire, les textes relatifs aux marchés publics prévoient une hypothèse de passation de marché de gré à gré dans une situation d'urgence impérieuse, dont le juge fait application aux conventions provisoires ayant la nature de marchés publics (c'est-à-dire ne transférant pas de risque d'exploitation).

Ainsi, la régularité de conventions de gestion provisoire ayant la nature de marchés publics exige une situation d'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait, laquelle ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Le marché provisoire ne peut alors porter que sur les prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence (([Article 30](#) du décret n° 2016-360 relatif aux marchés publics.))

Dans ce cadre, le prononcé par le juge administratif de la résiliation d'un précédent contrat de gestion du service de restauration municipale en mars 2016 ne constitue pas une situation d'urgence dès lors que la personne publique n'a depuis cette date pris aucune mesure pour relancer une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence et qu'elle conclut un marché provisoire seulement en novembre 2016 ((CE 24 mai 2017 *société Régál des Iles*, req. n° [407213](#) : mentionné aux tables du Rec. CE.)).

2 L'application de ces principes à la convention de gestion provisoire du mobilier urbain

Dans cette nouvelle affaire, la Haute Juridiction a eu à connaître d'un projet de convention de gestion provisoire relative à l'exploitation des mobiliers urbains d'information à caractère général ou local supportant de la publicité, que la ville de Paris envisageait de conclure sans publicité ni mise en concurrence avec la société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information (Somupi) en décembre 2017 pour une durée de 20 mois.

Ce projet de convention de gestion provisoire faisait suite à l'annulation en avril 2017 par le juge du référé précontractuel, annulation confirmée par le Conseil d'Etat en septembre 2017, de la procédure de publicité et de mise en concurrence précédemment organisée, annulation prononcée sur la saisine des candidats évincés au motif que le contrat

autorisait l'attributaire à mettre en œuvre des modalités de publicité numérique interdites par le propre règlement local de publicité de la ville de Paris, rendant ainsi l'offre de l'attributaire pressenti irrégulière ((CE 18 septembre 2017 *Ville de Paris / Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information*, req. n° [410336,410337,410364,410365](http://www.adden-leblog.com/?p=9783), voir notre commentaire : <http://www.adden-leblog.com/?p=9783>.)).

Mais là encore, deux concurrents de la Somupi sont intervenus avant la signature de la convention de gestion provisoire pour faire valoir leurs droits et ont saisi le juge des référés précontractuels pour contester cette fois la régularité de cette procédure de gré à gré pour l'attribution d'une convention de gestion provisoire.

Reprenant – à quelques adaptations près – le considérant de principe dégagé par l'arrêt « *CACEM* » ((CE 4 avril 2016 *Communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, préc.)), le juge rappelle d'abord le cadre de la conclusion des conventions de gestion provisoire d'un service public :

« en cas d'urgence résultant de l'impossibilité dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de service sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites ; que la durée de ce contrat ne saurait excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession de service ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance »

La Haute Juridiction souligne ainsi que seuls des motifs liés à la continuité du service public peuvent justifier le recours

à une convention de gestion provisoire : c'est donc sans commettre d'erreur de droit que le juge de première instance a écarté l'argumentaire de la ville de Paris qui soutenait qu'en dehors de la continuité du service public de l'information municipale, un motif d'intérêt général financier lié à la perception de redevances d'occupation du domaine public pendant cette période transitoire justifierait également la conclusion de cette convention.

Aucun autre motif que ceux liés à la continuité du service public ne peuvent donc être valablement invoqués pour conclure une telle concession provisoire.

Et si le Conseil d'Etat reconnaît sans difficulté l'existence d'un service public de l'information municipale dont la continuité doit être assurée, il constate très concrètement la grande diversité des moyens de communication, par voie électronique ou sous la forme d'affichage ou de magazines, dont dispose la ville de Paris pour assurer sa continuité. Les mobiliers urbains en question ne sont qu'une partie des moyens de communication dont la ville dispose, de telle sorte que la continuité de ce service public n'est finalement pas inquiétée.

Enfin, dans une logique similaire à celle déjà appliquée dans l'arrêt « *Régat des Iles* » ((CE 24 mai 2017 *société Régat des Iles*, préc.)), la Haute Juridiction considère que le tribunal n'a ni dénaturé les faits ni commis d'erreur de droit en retenant que, depuis l'annulation de la première procédure de passation de ce marché en avril 2017, la ville de Paris n'avait lancé de nouvelle procédure de publicité qu'en novembre 2017, ce qui manifestait que la situation d'urgence dont elle se prévalait n'était pas parfaitement indépendante de sa volonté. L'attitude de la personne publique et notamment son défaut de réactivité vont ainsi venir affaiblir son argumentaire invoquant une situation d'urgence.

Si le principe des conventions de gestion provisoire conclues

de gré à gré est effectivement admis par le juge, celles-ci supposent toutefois une situation d'urgence manifeste à laquelle la personne publique n'a en rien contribué, et faisant peser un risque réel sur la continuité d'un service public que le juge s'attache à apprécier très concrètement.

Régularisation d'un avenant de prolongation d'une DSP : une autorisation administrative postérieure imposant des investissements initialement hypothétiques le rend régulier

[CAA Marseille 29 janvier 2018 Syndicat mixte du développement durable de l'Est-Var pour le traitement et la valorisation des déchets ménagers \(SMIDDEV\), req. n° 16MA03330](#)

Par une délégation de service public (DSP) conclue le 31 décembre 2002, le syndicat mixte du développement durable de l'Est-Var pour le traitement et la valorisation des déchets ménagers (SMIDDEV) a confié à la société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) l'exploitation d'un centre d'enfouissement de déchets.

Cette convention, conclue pour une durée initiale de 6 ans, a été prolongée par avenants successifs. Le dernier d'entre eux, en date du 29 décembre 2009, a prolongé ladite convention pour

une durée de deux ans à compter du 1er janvier 2010.

Le SMIDDEV a saisi le tribunal administratif de Toulon pour obtenir la résolution de cet avenant. Le tribunal administratif de Toulon ayant rejeté sa demande le 10 juin 2016, le SMIDDEV a interjeté appel de ce jugement.

Cet arrêt est l'occasion pour la cour administrative de Marseille de rappeler le principe posé par la décision commune de Béziers I ((CE ass. 28 décembre 2009 Commune de Béziers, req. n° 304802 : publié au Rec. CE)), selon lequel : « *les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui* », et d'en faire l'application à un avenant prolongeant une délégation de service public.

Pour mémoire, à l'époque, c'est l'article L.1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT) qui prévoyait les hypothèses de prolongation d'une DSP. Cette prolongation était notamment possible pour un motif d'intérêt général, pour une durée limitée à 1 an, ou en cas de réalisation d'investissements matériels non prévus au contrat initial exigeant une durée d'amortissement supplémentaire. Dans les deux cas, cette prolongation ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

En l'espèce, le syndicat requérant se prévalait de plusieurs irrégularités affectant selon lui la validité de l'avenant de prolongation :

► D'abord, la délibération autorisant la signature de l'avenant de prolongation a été annulée par le tribunal

administratif par un jugement définitif rendu le 6 mai 2011, au motif d'ailleurs que les hypothèses de prolongation autorisées par l'article L. 1411-2 du CGCT n'étaient pas satisfaites : partant, la prolongation doit être considérée comme n'ayant pas fait l'objet d'un vote préalable de l'assemblée délibérante ;

► Ensuite, le SMIDDEV soutenait que cette prolongation ne respectait pas les conditions posées par l'article L. 1411-2 du CGCT, puisqu'elle est supérieure à un an et que les investissements prétendument mis à la charge du délégataire n'étaient en fait qu'hypothétiques à la date de la conclusion de l'avenant de prolongation ;

► Enfin, le SMIDDEV soutenait que la part « amortissement des investissements » des tarifs du service public ne trouvait injustifiée au regard des charges réellement assumées par le délégataire.

La cour considère que les deux premières irrégularités sont effectivement constituées, mais elle les écarte toutes les deux au nom du principe de loyauté contractuelle.

D'une part, la délibération approuvant l'avenant de prolongation a effectivement été annulée, de telle sorte que l'assemblée délibérante doit effectivement être considérée comme n'ayant pas donné son accord à sa passation.

Mais le SMIDDEV a ensuite assuré l'exécution de l'avenant jusqu'à son terme et a délibéré chaque année sur le rapport annuel qui lui a été transmis par le délégataire : il doit donc être regardé comme ayant donné son accord à l'exécution de l'avenant en litige postérieurement à sa conclusion. Contrairement à la Cour de cassation ((La Cour de cassation a considéré que le défaut de transmission au préfet de la délibération autorisant la signature d'un contrat de droit privé par une commune, entraîne l'annulation dudit contrat (Cass. 1ère civ, 31 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.697))), le

juge administratif continue d'estimer que le seul défaut de transmission d'une délibération au contrôle de légalité n'affecte pas le consentement de la commune si celui-ci peut être identifié dans l'exécution postérieure du contrat l'ayant conduite à délibérer à nouveau.

Et si le SMIDDEV ajoutait à son argumentaire qu'en outre, les élus n'avaient pas été suffisamment informés des conditions financières de la conclusion de cet avenant, ce moyen est écarté de la même façon, la cour soulignant que « *le principe de loyauté contractuelle fait obstacle à ce que le syndicat puisse se prévaloir de cette dernière irrégularité, dont il est seul à l'origine et qui est demeurée, dans les circonstances de l'espèce, sans incidence pour les parties* ».

D'autre part, aucune des hypothèses de prolongation d'une DSP n'étant satisfaite en l'espèce, le SMIDDEV aurait effectivement dû organiser une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence pour sélectionner son délégataire. Mais là encore, la cour écarte ce moyen au nom du principe de loyauté contractuelle, le SMIDDEV étant seul à l'origine de cette irrégularité qui est restée sans incidences pour les parties.

Au contraire cependant, la cour relève que le principe de loyauté contractuelle n'interdit pas au SMIDDEV de soutenir que le maintien par l'avenant de la part « *amortissement des investissements* » du tarif n'était pas justifié par les charges du service public concerné, ces vices affectant le contenu de l'avenant tel qu'il a été conjointement défini par les parties ((Ce moyen a déjà conduit à l'annulation d'un avenant Tel n'est pas toujours le cas, notamment si la contestation émane d'un usager du service public. Le Conseil d'Etat a par exemple considéré comme irrégulier et a annulé un avenant qui mettait à la charge du délégataire des dépenses étrangères au service public dont il s'était vu confier la gestion, lesquelles aggravaient donc le niveau des tarifs (CE 31 juillet 2009 Ville de Grenoble, req. n° 296964).)).

Toutefois, si à la date de signature de l'avenant les investissements considérés n'étaient pas certains, une autorisation préfectorale délivrées 3 mois après la signature de l'avenant a rendu ces investissements, indispensables à la bonne exécution du service public. Partant, à compter de la date de cette autorisation préfectorale, le motif de prolongation de la DSP s'est trouvé purgé, de même que la part « amortissement des investissements » s'est trouvée justifiée, de telle sorte que l'avenant ne peut plus être résolu pour la période postérieure à cette autorisation, tandis que le motif d'intérêt général de continuité du service public empêche de résoudre l'avenant pour les seuls trois mois séparant sa signature de la délivrance de l'autorisation.

L'avenant est donc maintenu par l'effet d'une régularisation a posteriori de sa signature.

Veille du 7 au 9 février 2018

[Lire l'actualité du 7 au 9 février 2018](#)