

Modalités de régularisation du vice de procédure d'une autorisation environnementale, tenant à ce que l'avis de l'autorité environnementale a été rendu par le préfet de région

[CE avis 27 septembre 2018 req. n° 420119 : publié au recueil Lebon](#)

L'avis commenté, qui sera publié au Recueil, est l'occasion pour le Conseil d'État d'apporter des précisions importantes concernant les pouvoirs du juge en matière d'autorisation environnementale et les modalités de régularisation de l'avis de l'autorité environnementale.

Dans la lignée de son précédent avis « *Association Novissen* » rendu le 22 mars 2018 ((CE avis 22 mars 2018 *Association Novissen*, req. n° 415852, commenté sur le blog : <http://www.adden-leblog.com/2018/04/02/precisions-sur-le-regime-contentieux-de-lautorisation-environnementale/>)) sur les pouvoirs du juge administratif en matière d'autorisation environnementale à l'issue de la réforme de l'autorisation environnementale unique par l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017, le Conseil d'État vient ici répondre à trois questions posées par le tribunal administratif d'Orléans dans un jugement du 24 avril 2018, dans le cadre d'un contentieux portant sur l'annulation d'un arrêté autorisation l'exploitation d'éoliennes.

La première de ces questions portait sur l'hypothèse où le

juge envisage de surseoir à statuer pour permettre à l'autorité compétente de régulariser l'autorisation en litige :

Dans le cas présent, le vice en cause concerne l'avis de l'autorité environnementale rendu par le préfet de région, cumulant les fonctions d'autorité consultative et décisionnelle, dont le Conseil d'Etat a jugé dans deux décisions récentes qu'il ne respectait pas la séparation fonctionnelle entre l'instruction de la demande d'autorisation et l'émission de l'avis sur l'évaluation environnementale ((CE 6 décembre 2017 *Association France Nature Environnement*, req. n° 400559 et 28 décembre 2017 *Association France Nature Environnement*, req. n° 407601, La Gazette des Communes n° 30-31 p. 56 et s.)).

Dans son avis, le Conseil d'État retient en premier lieu que ce vice de procédure est régularisable ; il précise en second lieu que la régularisation, qui implique l'intervention d'une nouvelle décision, doit intervenir, dans la mesure où cette régularisation est rétroactive, selon les modalités prévues à la date de la décision attaquée.

Lorsque, comme en l'espèce, ces modalités ne sont pas légalement applicables ((Ici en raison de l'annulation par le Conseil d'État du décret du 28 avril 2016 en tant qu'il maintenait au IV de l'article R. 122-6 du code de l'environnement le préfet de région comme autorité environnementale, en méconnaissance des objectifs de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement (v. 2).)), il appartiendra au juge de rechercher si la régularisation peut être effectuée selon d'autres modalités.

A cette fin, si de nouvelles dispositions réglementaires ont remplacé les dispositions annulées de l'article R. 122-6 du code de l'environnement, le juge peut s'y référer ((Projet de

décret du 6 juillet 2018, soumis à la consultation du public jusqu'au 28 juillet 2018 : <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/projet-de-decret-portant-reforme-de-l-autorite-a1838.html>). A défaut, et dans l'attente du nouveau décret, le Conseil d'Etat précise que l'avis pourra être rendu dans les conditions posées aux articles R. 122-6 à R. 122-8 et R. 122-24 du code de l'environnement par la mission régionale de l'autorité environnementale du Conseil général de l'environnement et du développement durable, cette dernière présentant les garanties d'impartialité requises par la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement précitée.

La seconde question portait en conséquence sur les modalités de régularisation permettant l'information du public :

Le Conseil d'Etat rappelle à cet égard que, lorsqu'un vice de procédure entache un avis qui a été soumis au public, dans le cadre d'une enquête publique notamment, la régularisation implique non seulement que la procédure de consultation soit reprise, mais aussi que le nouvel avis soit porté à la connaissance du public et qu'il revient au juge, dans ce cas, lorsqu'il sursoit à statuer en vue de la régularisation, de rappeler ces règles et de fournir toute précision utile sur les modalités selon lesquelles le public devra être informé et, le cas échéant, mis à même de présenter des observations et des propositions, une fois le nouvel avis émis et en fonction de son contenu.

Deux cas sont à distinguer : lorsque le nouvel avis ne modifie pas substantiellement la teneur de l'avis irrégulier, ce nouvel avis fera l'objet d'une simple publication sur internet, selon les modalités posées par l'article R. 122-7 du code de l'environnement.

Dans le cas contraire, le nouvel avis devra être soumis à une

enquête publique complémentaire selon les modalités prévues par les articles L. 123-14 et R. 123-23 du code de l'environnement ; outre cet avis, seront également soumis au public tout élément de nature à régulariser d'éventuels vices révélés par ce dernier, tel que l'insuffisance de l'étude d'impact.

Dans l'hypothèse où, saisi d'un moyen en ce sens contre le nouvel avis, il constate qu'il a été soumis à une simple publication sur internet alors qu'il apportait des modifications substantielles à l'avis initial, le juge pourra rechercher si ce vice peut être régularisé, notamment par l'organisation d'une enquête publique complémentaire.

La troisième question était relative au cas où, constatant l'impossibilité de surseoir à statuer, le juge doit prononcer une annulation totale ou partielle de l'autorisation ; dans cette hypothèse, le tribunal a interrogé le Conseil d'Etat sur le degré de précision avec lequel ce dernier peut inviter l'administration à reprendre l'instruction, pour éviter qu'elle ne reparte sur des éléments viciés :

Le Conseil d'Etat énonce ici que les dispositions du 1° du I de l'article L. 181-18 du code de l'environnement ((Article L. 181-18 C. envt : « *I.-Le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre une autorisation environnementale, estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés :*

1° Qu'un vice n'affecte qu'une phase de l'instruction de la demande d'autorisation environnementale, ou une partie de cette autorisation, peut limiter à cette phase ou à cette partie la portée de l'annulation qu'il prononce et demander à l'autorité administrative compétente de reprendre l'instruction à la phase ou sur la partie qui a été entachée d'irrégularité ;

2° Qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est

susceptible d'être régularisé par une autorisation modificative peut, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, surseoir à statuer jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation. Si une telle autorisation modificative est notifiée dans ce délai au juge, celui-ci statue après avoir invité les parties à présenter leurs observations.

II.-En cas d'annulation ou de sursis à statuer affectant une partie seulement de l'autorisation environnementale, le juge détermine s'il y a lieu de suspendre l'exécution des parties de l'autorisation non viciées. »)) concernant l'annulation de l'une des trois phases de l'instruction de la demande (examen, enquête publique, décision), invitent le juge à indiquer dans sa décision quelle phase est viciée, afin de simplifier la reprise de la procédure, tout en conservant les éléments non viciés.

Toutefois, la Haute Assemblée précise qu'il ne relève pas de l'office du juge de préciser les modalités de cette reprise, notamment dans un cas similaire à celui auquel était soumis le tribunal administratif d'Orléans, lorsque des dispositions réglementaires sont entachées d'illégalité ou qu'il n'en n'existe pas.

**Constitutionnalité du
principe d'inaliénabilité et
de d'imprescriptibilité du**

domaine public

[Décision n° 2018-743 QPC du 26 octobre 2018](#)

Saisie d'une QPC par la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel a, par une décision du 26 octobre 2018, déclaré conforme à la Constitution l'article L. 3111-1 du CG3P posant le principe d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public.

Cet article dispose :

« Les biens des personnes publiques mentionnées à [l'article L. 1](#), qui relèvent du domaine public, sont inaliénables et imprescriptibles ».

1. Contexte de la QPC

La société Brimo de Laroussilhe, exerçant une activité d'antiquaire, a acquis en 2002 un fragment du jubé de la cathédrale de Chartres, dit « fragment à l'Aigle ».

A la suite d'expertises, il est apparu que ce fragment avait été extrait de la cathédrale après qu'elle soit devenue propriété de l'État et faisait donc partie de son domaine public.

L'État a donc demandé la restitution de ce bien et lui a refusé la délivrance de tout certificat d'exportation.

La société a donc contesté ce refus devant le tribunal administratif de Paris, lequel a toutefois considéré que ce bien faisant bien partie du domaine public de l'Etat et que le ministre de la Culture était donc fondé à refuser de délivrer un tel certificat (([TA Paris 29 juin 2017, req. n° 0707297/4-1.](#))).

Parallèlement, la société a été assignée devant le tribunal de grande instance de Paris aux fins de restitution de ce meuble

à l'État, lequel a obtenu gain de cause.

La société a alors interjeté appel, la cour d'appel de Paris a toutefois là encore ordonné la restitution du bien à l'État en raison de son appartenance au domaine public.

La société s'est alors pourvue en cassation et a formé, par mémoire distinct, une QPC rédigée de la manière suivante :

*« Les dispositions de l'article L. 3111-1 du code général de la propriété des personnes publiques, en ce qu'elles ne prévoient pas de **dérogation pour les meubles corporels acquis de bonne foi**, méconnaissent-elles les droits et libertés garantis par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ? »*

La requérante considérait, en effet, qu'en ne prévoyant pas de dérogations aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine public en faveur des **acquéreurs de bonne foi** de biens mobiliers appartenant au domaine public de **l'État**, la « sécurité des transactions » était menacée en méconnaissance, d'une part, du droit à la protection des situations légalement acquises et à la préservation des effets pouvant légitimement être attendus de telles situations, lequel est garanti par l'article 16 de la Déclaration de 1789 ([Conseil constitutionnel 19 décembre 2013 Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, décision n°2013-682 DC.](#))), d'autre part, du droit au maintien des conventions légalement conclues, sauf à méconnaître les articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 ([Conseil constitutionnel 6 avril 2018 Epoux L, décision n° 2018-697 QPC.](#))).

Considérant que la disposition contestée présentait un caractère nouveau et sérieux, la Cour de cassation l'a renvoyée au Conseil constitutionnel ([Cass. Civ 1., n° de pourvoi : 18-13748.](#))).

2. Décision du Conseil constitutionnel

Après avoir rappelé la portée des principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité ((« *L'inaliénabilité prévue par les dispositions contestées a pour conséquence d'interdire de se défaire d'un bien du domaine public, de manière volontaire ou non, à titre onéreux ou gratuit. L'imprescriptibilité fait obstacle, en outre, à ce qu'une personne publique puisse être dépossédée d'un bien de son domaine public du seul fait de sa détention prolongée par un tiers* »)), le Conseil constitutionnel en tire la conséquence selon laquelle il résulte de ces principes « *qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers* » et « *qu'un tel bien et ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive (...) même de bonne foi* ».

Dès lors, comme le précise le [commentaire](#) de la décision émanant du Conseil Constitutionnel, « *la propriété privée sur un bien du domaine public étant contraire à la loi* », aucune situation en vertu de laquelle un bien du domaine public rentrerait dans le patrimoine d'une personne privée, y compris si celle-ci est de bonne foi, ne saurait être considérée comme **légalement acquise**.

En conséquence, l'article L. 3111-1 du CG3P ne peut pas porter atteinte à de telles situations et ne porter atteinte aux conventions légalement conclues dans la mesure où une convention ne peut pas valablement « *privatiser* » un bien du domaine public :

« *Il résulte de ce qui précède, d'une part, qu'aucun droit de propriété sur un bien appartenant au domaine public ne peut être valablement constitué au profit de tiers et, d'autre part, qu'un tel bien ne peut faire l'objet d'une prescription acquisitive en application de l'article 2276 du code civil au profit de ses possesseurs successifs, même de bonne foi. Dès lors, les dispositions contestées ne portent pas atteinte à des situations légalement acquises, ni ne remettent en cause les effets qui pourraient légitimement être attendus de telles*

situations. Elles ne portent pas davantage atteinte aux conventions légalement conclues. Les griefs tirés de la méconnaissance des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789 doivent donc être écartés ».

Le Conseil constitutionnel déclare donc l'article L. 3111-1 du CG3P conforme à la Constitution.

Absence d'atteinte à l'équilibre économique d'une exploitation agricole : le Conseil d'État valide la déclaration d'utilité publique des travaux tendant à la transformation d'un tronçon de route national en autoroute

[CE 12 octobre 2018 Association de défense et de recours des riverains de l'axe R.C.E.A., M. et Mme A. et la commune de Digoin-Val-de-Loire, req. n° 411658](#)

Par un décret du 20 avril 2017, le premier ministre a *(i)* déclaré d'utilité publique les travaux de mise à 2x2 voies de la route Centre Europe Atlantique (RN79) entre Montmarault (Allier) et Digoin (Saône et Loire), *(ii)* conféré le statut

autoroutier à cette section de RN79 et à ses voies d'accès direct, étant précisé que ce décret emportait en outre mise en compatibilité des documents d'urbanisme des communes de Besson, Chemilly, Dompierre-sur-Bresbre, Molinet et Sazeret dans le département de l'Allier et la commune de Digoïn dans le département de Saône et Loire.

Le Conseil d'État – compétent en l'espèce pour se prononcer en premier et dernier ressort – a été saisi d'un recours en excès de pouvoir tendant à l'annulation du décret précité par l'Association de défense et de recours des riverains de l'axe R.C.E.A., un couple de particulier et la communauté de communes de Digoïn-Val-de-Loire ((Cette dernière s'étant désistée en cours d'instance.)).

1 S'agissant des moyens des requérants tirés de la légalité externe, le Conseil d'État les examine et les rejette un à un :

- D'abord, le Conseil d'État considère que le projet a bien été soumis au débat public ((Ce dernier ayant eu lieu du 4 novembre 2010 au 4 février 2011.)) et que ce dernier s'est déroulé de manière régulière ;
- Ensuite, la Haute Juridiction ne relève aucune irrégularité ayant été susceptible d'entacher la procédure d'enquête publique ((L'enquête publique s'est déroulée du 25 avril au 17 juin 2016.)). Le Conseil d'État rappelle ainsi que « *les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative* » ((CE 14 octobre 2011 Ocréal, req. n° 323257 : Rec. CE tables)) et que « *l'appréciation sommaire des dépenses jointe au dossier d'enquête publique a pour objet de permettre à tous les*

intéressés de s'assurer que les travaux ou ouvrages, compte tenu de leur coût réel, tel qu'il peut être raisonnablement estimé à l'époque de l'enquête, ont un caractère d'utilité publique » ((CE 13 juillet 2007 Association de protection de la rentabilité de l'agriculture et de son environnement par rapport aux projets routiers de la zone de Dieppe Sud, req. n° 288752.)). La Haute Juridiction juge en l'espèce que « le dossier d'enquête comporte une appréciation du coût du projet ; que la circonstance, en l'absence de toute précision sur ce point de la part des requérants, qu'il ne comporterait que des montants de dépense estimés par grande masse ne peut être regardé comme ayant été de nature à nuire, en l'espèce, à l'information du public ».

- En outre, sur le moyen tiré de ce que l'étude d'impact du projet sur l'économie agricole n'a pas été jointe au dossier soumis à enquête, le Conseil d'État considère pour écarter le moyen que les dispositions de l'article L. 112-1-3 du code rural et de la pêche maritime ((Cet article, issue de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, exige que les projets susceptibles d'avoir des conséquences négatives importantes sur l'économie agricole doivent faire l'objet d'une étude préalable. Toutefois, son décret d'application n° 2016-1190 du 31 août 2016 prévoit que cet article n'est applicable qu'aux projets dont l'étude d'impact a été transmise à l'autorité environnementale à compter du 1^{er} décembre 2016.)) invoquées par les requérants n'étaient pas applicables au projet dans la mesure où l'étude d'impact concernant les travaux déclarés d'utilité publique avait été transmis à l'autorité environnementale avant le 1^{er} décembre 2016.
- De la même manière, il écarte le moyen tiré de ce que le dossier soumis à l'enquête publique ne comportait pas

l'examen d'une solution alternative à la concession autoroutière en estimant que les articles L. 122-3 et R. 122-5 du code de l'environnement n'était pas applicables au projet.

- Enfin, les griefs formulés par les requérants à l'encontre de l'avis de la commission d'enquête sont également rejetés, la commission ayant formulé « *un avis propre et circonstancié sur le projet* ».

2 Rappelons que lorsque le juge administratif doit se prononcer sur le caractère d'utilité publique d'une opération nécessitant l'expropriation d'immeubles, il contrôle successivement les 3 éléments suivants ((CE 19 octobre 2012 *Commune de Levallois-Perret*, req. n° 343070 – CE 6 juillet 2016 *commune d'Anchères et autres*, req. n° 371034 et 371056).)) :

- D'abord, que l'opération répond à une finalité d'intérêt général,
- Ensuite, que l'expropriant n'était pas en mesure de réaliser l'opération dans des conditions équivalentes sans recourir à l'expropriation, notamment en utilisant des biens se trouvant dans son patrimoine ; et
- Enfin, que les atteintes à la propriété privée, le coût financier et, le cas échéant, les inconvénients d'ordre social ou économique que comporte l'opération ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente.

En l'espèce, sur la légalité interne, la Haute Juridiction rappelle d'abord le principe selon lequel « *une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients d'ordre social, la mise en cause de la valorisation de l'environnement et l'atteinte éventuelle à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente* » ((CE 17 mars 2010 *Association Alsace Nature Environnement et autres*, req. n° 314114, 314463, 314476, 314477 et 31458 – Une

opération est déclarée d'utilité publique « si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social ou l'atteinte à d'autres intérêts publics qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (CE 28 mai 1971 Ville Nouvelle Est, req. n° 78825 ; CE 20 octobre 1972 Société civile Sainte Marie de l'Assomption, req. n° 78829).)).

En l'espèce, le Conseil d'Etat juge que :

« [le projet] s'inscrit dans l'itinéraire dénommé » Route Centre Europe Atlantique « , visant à relier, par une grande liaison transversale, la côte atlantique française à l'Allemagne et l'Italie ; que cet itinéraire constitue la première liaison est-ouest située au nord du massif central et répond à des objectifs d'aménagement du territoire ; que dans la traversée du département de l'Allier, cet itinéraire supporte un trafic très important, en particulier de poids lourds ; que la mise à 2x2 voies de cette route entre Montmarault et Chalon-sur-Saône avait été inscrite au schéma directeur routier national approuvé le 1er avril 1992 et les travaux nécessaires à cette mise à 2x2 voies déclarés d'utilité publique par trois décrets intervenus entre 1995 et 1997, sur la base desquels les expropriations nécessaires ont été réalisées ; que, toutefois, la réalisation de ces travaux n'a été que très partielle et le secteur se caractérise par un niveau très élevé d'accidents graves ; que le projet de réalisation d'une autoroute à péage a été justifié par la volonté d'améliorer la sécurité des usagers sur ce tronçon, compte tenu des garanties apportées par le standard autoroutier, et de permettre une accélération de la réalisation des travaux par le recours à la concession et aux modalités de financement que celle-ci permet ; que les atteintes au droit de propriété qui en résultent sont limitées, dès lors notamment que les acquisitions foncières nécessaires au passage à 2x2 voies ont été, pour l'essentiel, d'ores et déjà réalisées sur le fondement des précédentes

déclarations d'utilité publique ; que les moyens relatifs aux atteintes à la santé et à l'environnement résultant d'une limitation de vitesse plus élevée sur les autoroutes que sur les voies expresses sont énoncées de manière générale sans lien avec le projet ; que l'atteinte portée à l'équilibre économique de l'exploitation agricole de M. et Mme C...ne peut, à elle seule et alors qu'elle devra, le cas échéant, faire l'objet d'une juste compensation lors de la phase ultérieure d'expropriation, retirer son utilité publique au projet ».

Autrement dit, il estime ainsi que la finalité poursuivie est bien d'intérêt général, la réalisation d'une autoroute à péage est en l'espèce justifiée par la volonté de sécuriser ce tronçon très accidentogène.

Le Conseil d'État considère ensuite que l'atteinte au droit de propriété est pour ce projet très limitée dans la mesure où l'essentiel des acquisitions foncières ont déjà eu lieu et que le coût financier est, par voie de conséquence, lui aussi limité.

Enfin, il considère que les impacts du projet sur l'environnement et l'agriculture sont eux aussi limités. En particulier, le Conseil d'État précise que l'atteinte à l'équilibre économique agricole n'est pas à elle seule de nature à pouvoir retirer le caractère d'utilité publique au projet et que cette atteinte devra faire l'objet d'une juste compensation lors de la phase d'expropriation.

En conséquence, il rejette la demande des requérants.

Modalités de mise en œuvre de l'expérimentation d'un dispositif de médiation pour les différends entre les entreprises et les administrations

[Décret n° 2018-919 du 26 octobre 2018 relatif à l'expérimentation d'un dispositif de médiation en cas de différend entre les entreprises et les administrations](#)

Cette expérimentation, prévue par la loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance ([Article 36 de la loi.](#)) porte sur un dispositif de médiation de règlement des différends entre, d'une part, les entreprises et, d'autre part, les administrations, les établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et les organismes de sécurité sociale.

Le décret ici commenté est ainsi venu déterminer les modalités de mise en œuvre de l'expérimentation et étendre le rôle du médiateur des entreprises « *qui pourra être saisi tant par les entreprises que par les administrations de litiges de toute nature pouvant les opposer* ».

Cette expérimentation est mise en place pour une durée de 3 ans dans quatre régions ((Article 1^{er} du décret.)) :

- Centre-Val de Loire ;
- Grand Est ;
- Normandie ; et
- Provence-Alpes-Côte d'Azur.

Le décret limite cette expérimentation à trois secteurs économiques ((Article 1^{er} du décret.)) : la « *construction* », l'« *industrie manufacturière* » et l'« *information/communication* ».

Si l'article 2 du décret renvoie aux dispositions du CJA ((Dispositions générales relatives à la médiation ([Section première du chapitre III du titre Ier du livre II du CJA](#)) et dispositions de l'[article L. 213-6 CJA](#))) pour les conditions d'exercice de cette médiation, l'article 3 décrit les modalités de saisine du médiateur des entreprises :

- La saisine doit lui être adressée *via* un formulaire disponible sur son site internet ;
- Elle doit comporter « *l'identité et l'adresse* » du demandeur, « *l'administration et, le cas échéant, le service compétent au sein de celle-ci, ou l'entreprise avec laquelle cette personne a un différend* », l'objet du différend bien naturellement et un engagement de confidentialité ;
- Le demandeur doit accompagner sa demande de « *tout élément utile à la résolution du différend* ».

L'article 4 du décret précise pour sa part le rôle du médiateur dans l'examen de la demande :

« Sauf lorsque la demande de médiation lui paraît manifestement infondée ou inappropriée, le médiateur des entreprises informe par tout moyen l'autre partie de cette demande et sollicite sa participation à la médiation. »

En l'absence de réponse de cette partie dans un délai de deux mois suivant son information, la demande de médiation est réputée refusée ».

D'abord, le médiateur examine la demande et peut écarter celles qui lui paraissent « *manifestement infondée[s] ou inappropriée[s]* ». Ensuite, et pour les autres demandes, il

doit alors informer la partie « mise en cause » par le demandeur pour l'inviter à participer à la médiation, cette dernière ayant deux mois pour répondre à cette invitation. Au-delà de ce délai, elle est réputée refuser la médiation.

Le médiateur devra adresser un rapport d'évaluation au Parlement dans les six mois qui précèdent la fin de l'expérimentation.

Cette expérimentation s'inscrit ainsi dans la tendance actuelle du développement de la médiation dans le but de désengorger les juridictions et de proposer des solutions « rapides » aux opérateurs économiques dans le traitement des litiges.

Attention aux critères discriminatoires qui favorisent les candidats les plus proches géographiquement

[CE 12 septembre 2018 Société La Préface, req. n° 420585](#)

On le sait, les critères de sélection des offres impliquant une préférence géographique sont à manier avec beaucoup de précaution. Un tel critère ne peut être utilisé que s'il est une condition nécessaire à la bonne exécution du marché, par exemple si celle-ci nécessite une intervention rapide du prestataire et donc une proximité géographique. Ainsi, le Conseil d'État a déjà admis la validité de l'obligation faite au candidat de posséder une antenne locale pour la bonne exécution d'un marché d'entretien d'espaces verts, étant

précisé que cette exigence pouvait être satisfaite au moyen d'un simple engagement du candidat à s'établir localement en cas d'obtention du marché ((CE 14 janvier 1998 *société Martin-Fourquin*, req. n°168688.)). De même, pour un marché de travaux d'entretien et extension d'un réseau d'eau, la proximité géographique a pu être prise en considération au titre du critère du délai d'exécution ((CAA Nancy 12 avril 2001 *société régionale de bâtiment Scanzi et fils*, n° 96NC02129.)).

En revanche, les critères de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur sont discriminatoires. Le Conseil d'Etat en donne une nouvelle illustration dans l'arrêt commenté.

Le département de la Haute-Garonne avait lancé une consultation en vue de la passation d'un accord-cadre portant sur l'acquisition de documents sur tous supports et sur des prestations de services associées, au bénéfice de la médiathèque départementale.

Le cahier des clauses particulières relatives à l'exécution de l'accord-cadre imposait au titulaire du marché de permettre, au moins une fois par mois, aux bibliothécaires de la médiathèque de venir consulter ses fonds d'ouvrages dans ses locaux. Et, le règlement de consultation prévoyait, parmi les critères de sélection des offres, un critère relatif aux frais de déplacement engendrés pour la médiathèque par l'exécution de ce marché.

Saisi par un candidat évincé, le tribunal administratif de Toulouse avait annulé cette procédure de passation et le département de la Haute Garonne s'est donc pourvu en cassation.

Le Conseil d'Etat juge que c'est par une appréciation souveraine exempte de dénaturation et sans commettre d'erreur de droit que le juge des référés :

- a relevé que les modalités de calcul des frais engagés étaient basées exclusivement sur la distance entre l'implantation géographique des librairies candidates et la médiathèque départementale et qu'il en a déduit que ce critère de sélection des offres était de nature à favoriser les candidats les plus proches et à restreindre la possibilité pour les candidats plus éloignés d'être retenus par le pouvoir adjudicateur ;
- a estimé que, s'il était loisible au département de la Haute-Garonne de prévoir une consultation mensuelle, par les agents de la médiathèque, des fonds dans les locaux du titulaire du marché et, par suite, de retenir un critère de sélection des offres prenant en compte le coût de ces déplacements, le critère fixé en l'espèce, ne permettait pas de valoriser effectivement l'offre représentant le moindre coût de déplacements.

Autrement dit, il est possible de fixer un critère de sélection des offres prenant en compte le coût des déplacements du pouvoir adjudicateur, mais les modalités de calcul de ce coût doivent permettre de valoriser effectivement l'offre représentant le moindre coût de déplacements, sans favoriser les candidats les plus proches géographiquement.

La Haute Juridiction rejette en conséquence le pourvoi du département de la Haute-Garonne.

**Rappels sur la distinction
entre l'obligation**

d'impartialité de l'acheteur public et l'interdiction de soumissionner des candidats disposant d'informations faussant la concurrence

[CE 12 septembre 2018 Syndicat intercommunal des ordures ménagères de la vallée de Chevreuse, req. n° 420454 : mentionné aux tables du Rec. CE](#)

1 Fin 2017, le syndicat intercommunal des ordures ménagères (SIOM) de la vallée de Chevreuse a lancé un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché ayant pour objet la collecte de déchets ménagers. La société Otus, titulaire du précédent marché, a déposé sa candidature. Le 26 mars 2018, le président du SIOM l'a informé du rejet de son offre et de l'attribution du marché à la société Sepur.

La société Otus a saisi le juge du référé précontractuel. Elle estimait qu'un doute était né sur l'impartialité de la procédure : le SIOM avait confié en avril 2017 une mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) à la société Naldéo dont M. A. était le chef de projet. Or, ce dernier avait rejoint, en décembre 2017, préalablement à la remise des offres fixée en janvier 2018, la société Sepur, attributaire du lot.

Par ordonnance du 25 avril 2018, le juge des référés a conclu à l'existence d'un doute sur l'impartialité de la procédure, tout en retenant que lorsqu'il était chef de projet de la mission d'AMO, M. A. :

- n'avait pas participé à la rédaction du dossier de consultation des entreprises ;

- que sa mission était cantonnée à la collecte des informations préalables à l'élaboration de ce dossier ;
- qu'il avait quitté cette société à la mi-juin 2017 et n'avait rejoint la société Sepur qu'en décembre 2017.

Le SIOM et la société Sepur se sont pourvues en cassation contre cette ordonnance.

2 Pour annuler l'ordonnance, le Conseil d'Etat rappelle, à titre liminaire, qu'au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent à tout acheteur public figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Toutefois, le fait pour un candidat d'avoir bénéficié d'informations susceptibles de lui conférer un avantage pour l'attribution du marché, y compris s'il les a obtenues grâce à la collaboration antérieure de l'un de ses salariés avec l'acheteur, ne constitue pas un manquement de l'acheteur public au principe d'impartialité.

Il convient en effet de distinguer la situation de partialité de l'acheteur public et celle du candidat bénéficiant d'informations susceptibles de l'avantager :

- D'une part, le conflit d'intérêts (([48 I 5](#)° de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics : « *Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public* »)) est le comportement imputable à l'acheteur public qui avantage un candidat

ou laisse exister un doute légitime quant à son impartialité. Le principe d'impartialité implique donc que l'acheteur public soit et apparaisse parfaitement neutre vis à vis des candidats à l'attribution d'un contrat public. Il doit veiller à ce qu'aucune des personnes qui concourent à la préparation et la conduite de la procédure n'aient pas d'intérêt particulier à privilégier un des candidats ((Par exemple : un membre du conseil municipal ayant des liens familiaux avec le dirigeant d'une société candidate ne doit pas participer à la procédure ([CE 9 mai 2012 Commune de Saint-Maur des Fossés, req. n° 355756 : publié au rec. CE](#)). De même, le fait que l'AMO qui a contribué à la rédaction du DCE et à l'analyse des offres des candidats aux côtés des services du pouvoir adjudicateur (et qui a ainsi été susceptible d'influencer l'issue de la procédure litigieuse) alors qu'il a exercé des fonctions importantes au sein de l'une des entreprises candidates qu'il n'avait quitté que depuis moins de deux ans peut légitimement faire naître un doute sur la persistance de ses intérêts au sein de l'entreprise et par voie de conséquence sur l'impartialité de la procédure suivie ([CE 14 octobre 2015 Région Nord-Pas-de-Calais, req. n° 390968 : publié aux tables du rec. CE](#) ; voir [le commentaire](#) sur le blog AdDen).)).

- D'autre part, les candidats, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats (([48 I 3](#)°l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.)).

Ainsi, pour sanctionner le supposé comportement de la société Sepur, le juge des référés devait rechercher si les informations avaient effectivement faussé la concurrence : il ne suffisait pas (comme pour une atteinte à l'impartialité) de

démontrer un simple doute. L'ordonnance litigieuse est donc entachée de deux erreurs :

- le juge ne pouvait retenir l'existence d'un doute sur l'impartialité de l'acheteur public alors qu'il n'avait relevé aucun élément de nature à établir que son mandataire, la société Naldéo, avait manqué d'impartialité dans l'établissement du DCE pendant la période où M. A. était son salarié ;
- et, même si M. A. avait pu obtenir des informations confidentielles au cours de sa mission d'AMO de manière à avantager son nouvel employeur, cette circonstance était en elle-même insusceptible d'affecter l'impartialité de l'acheteur public.

3 Réglant l'affaire au fond, la Haute Juridiction rejette la demande de la société Otus, le SIOM n'ayant porté atteinte ni à l'égalité de traitement entre les candidats ni au principe d'impartialité lors de l'attribution.

Le Conseil d'Etat juge plus précisément en premier lieu que la société Otus ne peut utilement soutenir que le SIOM de la vallée de Chevreuse aurait commis un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence dans le cadre de la procédure litigieuse de passation d'un marché de collecte de déchets, en n'imposant pas, dans le marché distinct d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, des exigences spécifiques, telles qu'une clause de non concurrence ou la signature d'engagements de confidentialité.

En second lieu, il rappelle que le pouvoir adjudicateur n'est tenu d'exclure un candidat que si celui-ci a eu accès à des informations ignorées des autres candidats susceptibles de créer une distorsion de concurrence (([Art. 5](#) du décret du 25 mars 2016.)). Or, le Conseil d'Etat relève qu'en l'espèce :

- A. n'a travaillé pour la société Naldéo qu'au début de la mission d'AMO, entre le 4 avril 2017, date

d'attribution de la mission, et le 16 juin 2017, date de son départ de la société.

- A. a quitté la société avant qu'ait commencé l'élaboration du DCE et qu'il ait rejoint la société Sepur en décembre 2017.
- A. n'a pas pu consulter les données détaillées de la société Otus qui refusait de les transmettre car elles relevaient du secret industriel et commercial.

Enfin, il ne peut être reproché au SIOM de ne pas avoir pris de mesures supplémentaires pour prévenir la survenance d'une telle situation dès lors que :

- la société Otus a fourni une lettre de candidature de type DC1, comportant une déclaration sur l'honneur qu'ils ne rentraient dans aucun des cas d'interdiction de soumissionner prévus aux articles 45 et 48 de l'ordonnance de 2015 ((Voir pour un raisonnement similaire : [CJCE 3 mars 2005 Fabricom SA, aff. C-21/03 et C-34/03.](#))) ;
- aucun indice n'existait quant à une distorsion de concurrence entre candidats.

Par conséquent, les informations détenues par M. A. n'étaient pas de nature à avantager la société Sepur par rapport aux autres candidats à l'attribution du marché litigieux.

4 En conclusion, le principe d'impartialité (et le conflit d'intérêt) ne s'applique qu'à l'acheteur public ou son AMO. Si la simple existence d'un soupçon d'impartialité peut constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de candidats ayant eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence : dans cette situation, il faut démontrer que les informations dont a bénéficié un candidat au marché du fait de sa participation à la préparation de la procédure ont effectivement faussé la concurrence ((Cf. Conclusions de G. Pellissier, rapporteur

public, sous la décision commentée.)). Le juge administratif en fait une appréciation *in concreto*.

L'absence de concurrence constitue un motif d'intérêt général justifiant la renonciation de la personne publique à conclure un contrat

[CE 17 septembre 2018 Société Le Pagus, req. n° 407099, mentionné aux tables du Rec. CE](#)

Contexte de la décision

Titulaire d'une concession de plage consentie par l'Etat depuis 1991, la commune de Fréjus a souhaité renouveler une délégation de service public portant sur l'aménagement et l'exploitation des lots composant cette plage. La société *Le Pagus*, déjà titulaire du lot n° 5, s'est de nouveau portée candidate à l'attribution de ce lot et a remis une offre. Toutefois, par une délibération du 26 novembre 2009, la commune a déclaré la procédure infructueuse en raison de l'insuffisance de concurrence et du caractère incomplet de l'offre déposée par la seule société *Le Pagus*. Elle a ensuite lancé une seconde consultation à l'issue de laquelle le contrat portant sur le lot n° 5 a finalement été attribué à une autre société.

La société *Le Pagus* avait initié un premier contentieux en contestant la légalité de la délibération du conseil municipal ayant déclaré la procédure infructueuse ; son recours avait été accueilli et la délibération annulée en première instance puis en appel.

Dans un second contentieux, qui a donné lieu à la décision commentée, elle a tenté d'obtenir réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de son éviction des deux consultations successives. Ses demandes ont été rejetées tant par le tribunal administratif de Toulon que par la cour administrative de Marseille. Elle s'est alors pourvue en cassation devant le Conseil d'Etat qui, aux termes de la décision commentée, rejette son pourvoi.

Rappel des principes d'indemnisation du candidat en cas d'éviction irrégulière

En présence d'un recours indemnitaire, la Haute Juridiction rappelle tout d'abord la jurisprudence de principe selon laquelle l'examen du droit à indemnisation s'articule autour de l'existence de chances qu'avait le candidat de remporter le contrat :

« Considérant, d'une part, que lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat, il appartient au juge de vérifier d'abord si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat ; que, dans l'affirmative, il n'a droit à aucune indemnité ; que, dans la négative, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre ; qu'il convient, d'autre part, de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat ; que, dans un tel cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont

donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique » ((v. [CE 18 juin 2003 Société Biwater et société Aqua TP, req. n° 249630](#). Il s'agit là d'une exigence de « *lien direct de causalité entre l'irrégularité de la procédure et le préjudice* », voir également [CE 10 février 2017 Société Bancel, req. n° 393720](#).)).

Elle reprend également la précision apportée quelques années auparavant selon laquelle « *le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général* » ((v. [CE 19 décembre 2012, req. n° 355139](#).)). C'est sur ce point que s'est cristallisé une grande partie du débat de cassation.

D'utiles précisions sur la déclaration d'infructuosité et la renonciation à conclure

Pour rejeter le pourvoi dirigé contre l'arrêt d'appel en tant qu'il a rejeté ses conclusions indemnitaires présentées au titre de son éviction de la première procédure, le Conseil d'Etat suit ici un raisonnement en trois temps.

En premier lieu, il écarte un premier moyen tiré de la méconnaissance de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision définitive qui avait annulé la délibération déclarant la procédure infructueuse. Le considérant n° 5 de la présente décision souligne clairement que ce qu'avait alors sanctionné le juge était uniquement le recours impropre à une déclaration d'infructuosité et non la renonciation à poursuivre la procédure.

En effet, si elle peut résulter de l'absence d'offre ou du caractère inapproprié, irrégulier ou inacceptable de toutes les offres reçues, la déclaration d'infructuosité ne saurait résulter de la seule insuffisance de concurrence et du caractère incomplet de l'offre remise par le soumissionnaire

((v. en ce sens [Rép. min. n° 14701 du 20 juillet 1998, JOAN, p. 4002](#), selon laquelle l'autorité publique « ne peut donc procéder à une déclaration d'infructuosité dans le cas où elle constate qu'une ou plusieurs offres apparaissent acceptables même si le niveau de la concurrence apparaît insuffisant »)). En revanche, et telle est la solution retenue ici, la circonstance que la délibération déclarant l'infructuosité ait été annulée à bon droit ne faisait nullement obstacle à ce que la commune puisse tout de même renoncer à poursuivre la procédure.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat a ensuite profité de cette espèce pour préciser l'exigence d'intérêt général qui conditionne la faculté offerte à la collectivité de renoncer à la conclusion du contrat.

Il a ainsi jugé en l'espèce que « l'insuffisance de la concurrence constitue un motif d'intérêt général susceptible de justifier la renonciation à conclure un contrat de délégation de service public ».

L'insuffisance de la concurrence rejoint donc d'autres motifs d'intérêt général reconnus par le juge, tels qu'une renonciation à conclure un contrat en raison d'un coût estimatif des travaux supérieur au budget prévu par l'acheteur (([CE 23 novembre 1983 Commune de Mont-de-Marsan, req. n° 30493](#))), en raison de nouvelles modalités techniques retenues par l'acheteur permettant de réduire substantiellement le coût des prestations souhaitées (([CE 30 décembre 2009 Société Estradera, req. n° 305287](#))) ou encore en raison du risque de recours contentieux lié à l'existence d'irrégularités susceptibles de vicier la procédure de passation du contrat (([CE 13 janvier 1995 CCI de la Vienne, req. n° 68117, publié au Rec. CE](#))). Sur ce point, il est intéressant de relever que le rapporteur public de l'affaire préconisait d'accorder une large marge de manœuvre à l'autorité publique, en exigeant seulement que celle-ci fasse état de « *considérations d'ordre général, c'est-à-dire relevant de la gestion publique et*

étrangères à la personne des candidats » (([Gilles Pelissier, concl. sur la présente affaire.](#))).

En troisième lieu, le juge de cassation confirme que le juge du fond a bien rempli son office en vérifiant que la commune se prévalait bien d'un motif général de nature à justifier sa décision de ne pas poursuivre la procédure. Car, si l'absence d'offre concurrente ne peut permettre de déclarer la procédure infructueuse, elle peut cependant tout à fait constituer un motif d'intérêt général justifiant la renonciation à poursuivre la procédure. Or, la commune de Fréjus n'a pas manqué de s'en prévaloir devant le juge, lequel a bien considéré qu'il s'agissait d'un motif d'intérêt général.

Le montant de la redevance domaniale peut être fixé après négociation dans le cadre d'une DSP

Le Conseil d'Etat n'admet pas davantage les conclusions de la société dirigées cette fois contre l'arrêt d'appel en tant qu'il a rejeté ses demandes indemnitaires présentées au titre de son éviction de la seconde procédure. Le débat porte ici sur la fixation par la commune de la redevance domaniale dans le cadre du contrat de DSP.

Pour justifier sa décision, il précise que, dans le cadre d'une procédure de passation d'une délégation de service public portant également occupation du domaine public, l'autorité délégante peut librement négocier avec les candidats l'ensemble des éléments de leur offre, parmi lesquels le montant de la redevance domaniale qu'ils seraient amenés à verser :

« Considérant que si une collectivité délégante lance la procédure prévue par les dispositions du code général des collectivités territoriales pour la passation d'une convention de délégation de service public afin d'attribuer un sous-traité d'exploitation d'une plage, qui porte également autorisation d'occupation du domaine public, elle peut

librement négocier avec les candidats à l'attribution de ce sous-traité l'ensemble des éléments composant leur offre, y compris le montant de la redevance domaniale, afin de rechercher la valorisation optimale de son domaine ; qu'à ce titre, une collectivité délégante peut notamment prévoir que le montant de la redevance domaniale versée par l'attributaire fasse partie des critères de sélection des offres ; qu'il appartient ensuite à la collectivité délégante, en sa qualité d'autorité gestionnaire du domaine public, de fixer elle-même, au plus tard lors de l'attribution du sous-traité, le montant de la redevance domaniale devant être versée par l'attributaire du contrat ».

Ces règles étant exposées, le juge de cassation considère que, si la commune de Fréjus devait effectivement fixer un montant de redevance d'occupation du domaine public en tant qu'autorité gestionnaire du domaine, ce montant n'avait pas à être arrêté préalablement au lancement de la procédure de passation du contrat et pouvait très bien l'être au plus tard lors de l'attribution du contrat.

Ainsi et, contrairement à ce que soutenait la société requérante, la commune n'était pas tenue de déterminer *ab initio* les composantes de la redevance domaniale due par chaque attributaire. Elle pouvait tout à fait prévoir, parmi les critères de sélection des offres, non pas un critère lié à la redevance préalablement fixée mais un critère selon lequel le montant proposé par chaque candidat serait pris en compte.

Pour l'ensemble de ces motifs, la Haute Juridiction rejette donc le pourvoi formé par la société *Le Pagus*.

Licéité de la location du domaine privé d'une commune à un prix inférieur à sa valeur

[QE n° 01803 publiée au JO Sénat du 02/11/2017, page 3389 ; Réponse publiée au JO Sénat du 30/08/2018, page 4479](#)

Une commune peut-elle mettre à disposition d'un éleveur, *via* un prêt à usage, une parcelle de son domaine privé pour laisser pâturer le bétail et assurer le débroussaillage de la parcelle contre les incendies ? Pour rappel, le prêt à usage permet au prêteur de livrer une chose au preneur pour son usage, à charge pour le preneur de la rendre (([Art. 1875 du code civil.](#))). Ce prêt est essentiellement gratuit (([Art. 1876 du code civil.](#))) et le prêteur demeure propriétaire de la chose (([Art. 1877 du code civil.](#))). En pratique, le prêt bénéficie aux deux parties.

1 Pour le ministère, un tel prêt est licite dès lors qu'il est justifié par l'intérêt général.

En effet, si les collectivités territoriales « *gèrent librement leur domaine privé selon les règles qui leur sont applicables* » (([L. 2221-1 du code général de la propriété des personnes publiques](#) (CGPPP))), les libéralités des personnes publiques sont prohibées ((CE 17 mars 1893 *Chemins de fer de l'est* D. 1894 p. 119, concl. Romieu – [CE 4 mai 2011 *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzes, Bagnols, Le Vigan*, req. n° 334280 publié au rec. CE ; voir aussi : \[CC 26 juin 1986 *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, n° 86-207 DC.\]\(#\)\)\) : une personne publique ne peut donc pas disposer, à titre gratuit, de tout ou partie de ses biens ou droits au profit d'une autre personne, sans motif légitime.](#)

Toutefois, le ministre rappelle qu'une personne publique peut

céder légalement un terrain à un prix inférieur à sa valeur (([CE sect. 3 novembre 1997 Commune de Fougerolles, req. n°169473 publié au rec. CE](#) – [CE 14 octobre 2015 Commune de Châtillon-sur-Seine, req. n° 375577 publié au rec. CE](#) ; Cf. [le commentaire](#) sur le blog AdDen.)), à la double condition que :

- la cession soit justifiée par des motifs d'intérêt général, et ;
- la cession comporte des contreparties suffisantes, c'est-à-dire des avantages effectifs permettant de justifier la différence entre le prix de vente et la valeur réelle du bien ((Attention, si la cession comprend à la charge de l'acquéreur des obligations de réaliser des services ou des travaux répondant aux besoins de la personne publique, le contrat peut relever de la commande publique (le caractère onéreux résultant de la minoration du prix de vente).)).

Le ministère de l'intérieur transpose cette logique au prêt à usage, qui peut être conclu par les collectivités locales sur leur domaine privé – sans encourir la qualification de libéralité -- lorsque le contrat est justifié par un but d'intérêt général. De plus, le contrat de prêt à usage n'entraînant pas d'appauvrissement de la collectivité territoriale, il ne serait pas nécessaire de prévoir des contreparties suffisantes.

Une autre réponse ministérielle récente (([QE n° 02393 publiée au JO Sénat du 07/12/2017, page 3841](#) ; [Réponse publiée au JO Sénat du 23/08/2018, page 4349.](#))) a d'ailleurs estimé licite le recours au prêt à usage pour des bureaux relevant du domaine privé d'une collectivité locale, tout en excluant la possibilité de conclure un prêt à usage pour des bureaux classés au domaine public, parce que l'occupation du domaine public doit toujours donner lieu au paiement d'une redevance et ne peut être gratuite, sauf dans certains cas (([Art. L. 2125-1 du CGPPP.](#))). D'ailleurs, l'un d'entre eux intéresse le cas où l'occupation ou l'utilisation contribue directement à

assurer la conservation du domaine public lui-même, ce qui pourrait être le cas.

2 La réponse ministérielle n'évoque pas le sujet de la mise en concurrence préalable de l'occupation du domaine privé.

Depuis le 1^{er} juillet 2017, l'[article L. 2122-1-1 du CGPPP](#) prévoit que la délivrance d'un titre d'occupation du domaine public en vue d'une exploitation économique doit être précédée d'une procédure de publicité préalable et de mise en concurrence. Par principe, la conclusion d'un prêt à usage sur le domaine public devrait donc faire l'objet d'une mise en concurrence. Mais ces dispositions ne trouvent pas à s'appliquer sur le domaine privé.

La jurisprudence « *Promoimpresa* » (([CJUE 14 juillet 2016 *Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a.*, aff. n°C-458/14 et C-67/15.](#))) pourrait cependant s'appliquer. En effet, la Cour de justice de l'Union Européenne considère ((Sur le fondement de la [directive « Services » 2006/123/CE du 12 décembre 2006.](#))) que l'attribution d'une autorisation d'occupation de son domaine par une personne publique doit être précédée d'une mise en concurrence entre les candidats potentiels si l'occupation est (i) le support de l'exercice d'une activité économique, et (ii) est limitée en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques (ce qui n'est peut-être pas le cas d'un champ en milieu rural). Si les champs devaient manquer, cela supposerait, en pratique, que la commune publie au moins un « *avis d'appel à manifestation d'intérêt* » pour vérifier si d'autres éleveurs seraient intéressés par l'occupation de ces parcelles.

On peut aussi relever que par ce prêt, la commune répond à ses besoins en matière de débroussaillage de la parcelle, en contrepartie d'un usage gratuit de la parcelle, ce qui pose la question de sa qualification de marché public. Néanmoins, l'objet principal du prêt paraît immobilier tandis que le

débroussaillage est un accessoire consécutif de cette mise à disposition. En tout état de cause, son montant ne devrait pas excéder 25 000 EUR HT.

Référé mesure utile en matière contractuelle : le juge peut enjoindre au cocontractant de poursuivre l'exécution du marché qu'il menace d'interrompre

[CE 25 juin 2018 Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie \(ADEME\), req. n° 418493, mentionné au table du Recueil](#)

L'ADEME a confié à la société GFI Progiciels un marché informatique en janvier 2014, pour la mise en place d'une solution progicielle de gestion financière interne. Aux termes du contrat, le titulaire devait fournir plusieurs types de licences d'utilisation du progiciel, déclinés selon différents profils d'utilisateurs (« utilisateurs complets », « utilisateurs réguliers », « utilisateurs occasionnels », etc.). La répartition du nombre de licences pour chaque type de profil s'est rapidement révélée inadaptée aux besoins des agents de l'ADEME, ce qui a nécessité que le titulaire modifie cette répartition, en augmentant sensiblement le nombre de licences « utilisateurs complets », plus coûteuses que les autres. La société a réclamé le paiement du surcoût ainsi engendré au regard des prix initialement prévus au contrat.

Face au refus de l'ADEME, elle a tenté d'opposer une exception d'inexécution, en faisant part de son intention de supprimer un certain nombre d'accès au progiciel à compter du 31 janvier 2018 à défaut de paiement.

L'ADEME a alors saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nantes, sur le fondement de l'article L. 521-3 du code de justice administrative ([L. 521-3 du code de justice administrative](#) : « *En cas d'urgence et sur simple requête qui sera recevable même en l'absence de décision administrative préalable, le juge des référés peut ordonner toutes autres mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative.* »)), afin qu'il soit enjoint à son cocontractant, sous astreinte, de maintenir le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires pour répondre à ses besoins, jusqu'au terme du contrat ou, à tout le moins, jusqu'à ce que le juge du fond ait statué. Suite au rejet de sa demande, l'ADEME s'est pourvue en cassation contre l'ordonnance de référé du 7 février 2018 ((Conformément aux dispositions des articles [L. 523-1](#) et [R. 523-1](#) du code de justice administrative.)). Par une décision du 25 juin 2018, le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance au motif d'une omission à statuer puis réglé l'affaire au titre de la procédure de référé en accueillant la demande de l'ADEME. Ce faisant, la Haute Juridiction a apporté d'utiles précisions sur les conditions d'exercice du référé dit « mesure utile » en matière contractuelle, justifiant la mention de cette décision aux tables du Recueil Lebon.

Le cadre d'intervention du juge en matière d'injonctions prononcées à l'encontre du cocontractant de l'administration

Plusieurs conditions s'appliquent à l'intervention du juge en matière contractuelle.

Tout d'abord, en vertu d'une jurisprudence de principe, l'administration n'est pas recevable à saisir le juge d'une demande qu'elle a le pouvoir de prendre elle-même ((CE 30 mai

1913, *Préfet de l'Eure*, req. n° 49241, publié au Recueil.)). Ce principe trouve à s'appliquer en matière contractuelle (([CE 13 juillet 1956 OPHLM du département de la Seine, req. n° 37656, publié au recueil Lebon](#) : « *Considérant que s'il n'appartient pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du marché, il en va autrement quand l'administration ne peut user de moyens de contrainte à l'encontre de son co-contractant qu'en vertu d'une décision juridictionnelle ; qu'en pareille hypothèse le juge du contrat est en droit de prononcer, à l'encontre du co-contractant de l'administration, une condamnation sous astreinte à une obligation de faire ; qu'en cas d'urgence le juge des référés peut de même, sans faire préjudice au principal, ordonner sous astreinte audit co-contractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public* »)), sauf lorsque la demande de l'administration tend au paiement de créances qui lui sont dues en vertu d'un contrat (l'administration n'est alors pas tenue d'émettre un titre exécutoire mais peut solliciter du juge qu'il condamne le cocontractant au paiement d'une somme d'argent) ((CE 26 décembre 1924 *Ville de Paris c. Chemin de fer métropolitain*, req. n° 77229, publié au Recueil ; [CE 5 novembre 1982 Société Propétrol, req. n° 19413, publié au Recueil](#).)). En-dehors de cette exception, l'administration ne peut pas demander au juge d'intervenir si elle est en mesure d'agir elle-même, ce que le Conseil d'Etat rappelle.

Par ailleurs, plus spécifiquement pour le référé mesure utile, la Haute Juridiction rappelle l'ensemble des conditions requises depuis 2002 pour que la mesure sollicitée par l'administration puisse être prononcée :

« *en cas d'urgence, le juge des référés peut, sur le fondement*

des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner au cocontractant, éventuellement sous astreinte, de prendre à titre provisoire toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement, à condition que cette mesure soit utile, justifiée par l'urgence, ne fasse obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative et ne se heurte à aucune contestation sérieuse » (([CE 29 juillet 2002 Centre hospitalier d'Armentières, req. n° 243500, publié au Recueil](#) ; [CE 1^{er} mars 2012 Société Assistance conseil informatique professionnelle, req. n° 354628, mentionné aux Tables](#) ; [CE 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles, req. n° 367760, mentionné aux Tables.](#))).

En l'espèce, la mesure sollicitée par l'ADEME satisfaisait chacune de ces conditions.

1 La mesure doit être utile : cette condition, qui doit s'apprécier, selon les conclusions du rapporteur public, « au regard des autres voies de droit dont dispose éventuellement le demandeur pour obtenir de son cocontractant l'exécution de ses obligations » (([Gilles Pelissier, concl. s. la présente décision.](#))), rejoint d'ailleurs l'idée selon laquelle l'ADEME ne doit disposer d'aucun autre moyen de contrainte à l'égard de son cocontractant et que la saisine du juge constituait bien la seule voie de droit qui lui était ouverte.

2 La mesure doit revêtir un caractère provisoire : en l'espèce, ce caractère provisoire résultait de ce que le prononcé de la mesure était sollicité *a minima* jusqu'à ce que le juge du fond ait tranché le litige, et non pas seulement jusqu'au terme du contrat.

3 La mesure ne doit pas faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

4 La mesure doit être nécessaire à la continuité ou au bon fonctionnement du service public : le juge a relevé que de nombreux agents de l'établissement public avaient besoin d'accéder au progiciel pour l'exercice de leurs missions quotidiennes, et que par conséquent la suppression de leurs droits d'accès était de nature à porter une atteinte immédiate au bon fonctionnement de l'ADEME.

5 La mesure doit être justifiée par l'urgence : en l'espèce, et cette approche permet une meilleure efficacité. Le Conseil d'Etat admet que l'urgence puisse être caractérisée en présence non pas d'une inexécution mais d'une menace d'inexécution de la part du cocontractant : la circonstance que l'inexécution ne soit pas effective faisant seulement obstacle, selon lui, au prononcé d'une astreinte.

6 La mesure ne doit se heurter à aucune contestation sérieuse.

Sur ce point, qui aborde le fond de la question de droit, l'approche du Conseil d'Etat apporte d'utiles rappels.

D'abord, le Conseil d'Etat rappelle que les obligations contractuelles du cocontractant résultent du marché mais aussi de l'exercice par l'administration des pouvoirs qu'elle détient en application des règles générales applicables aux contrats administratifs (([CE 5 juillet 2013, Société Véolia Transport Valenciennes Transvilles](#), préc.)). Ainsi, « *les mesures que le juge des référés, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, peut ordonner au cocontractant de l'administration pour assurer la continuité du service public ou son bon fonctionnement ne sont pas seulement celles qui découlent des obligations prévues dans le contrat initialement signé par les parties, mais également celles qui résultent de l'exercice, par l'administration, de son pouvoir de modification unilatérale du contrat* ».

L'ADEME était fondée à solliciter la poursuite de l'utilisation des licences telles que modifiées pour répondre à ses besoins, puisqu'elle détient un pouvoir de modification unilatérale justifié par l'intérêt général : par conséquent, le fait que la mesure sollicitée corresponde non pas aux stipulations du marché initial mais à une modification unilatérale du marché ne constitue pas une contestation sérieuse de nature à faire obstacle au prononcé du maintien temporaire de l'ensemble des licences nécessaires.

Certes, ce pouvoir de modification unilatérale s'exerce sous réserve de l'indemnisation du préjudice que le cocontractant subit en conséquence. Mais le cocontractant ne peut refuser d'exécuter la modification que l'administration lui impose parce que celle-ci refuserait de l'indemniser : à la différence du droit privé, le cocontractant de l'administration ne peut se prévaloir de l'exception d'inexécution pour cesser d'exécuter ses obligations contractuelles lorsqu'il estime que la personne publique manque aux siennes (([CE 7 janvier 1976 Ville d'Amiens, req. n° 92888, publié au Recueil](#) ; pour une application plus récente, v. [CE 8 octobre 2014 Société Grenke Location, req. n° 370644, publié au Recueil](#))). Ainsi, la circonstance que l'ADEME n'ait pas payé à son cocontractant le surcoût afférent à la modification du contrat n'était pas de nature à permettre à celui-ci de se délier de son obligation d'exécuter le contrat.

Le Conseil d'Etat a donc enjoint la société GFI Progiciels de maintenir le droit d'usage de l'ensemble des licences nécessaires jusqu'à ce que le juge du fond statue sur sa demande d'indemnisation, rejetant toutefois les conclusions tendant à assortir cette injonction d'une astreinte puisque la société en est restée aux simples menaces d'interrompre l'exécution des prestations.

Il s'agit d'un exemple intéressant d'utilisation du référé mesure utile pour rappeler à l'ordre un cocontractant qui ne respecterait pas le régime général d'exécution d'un contrat

public. On peut simplement regretter le délai de traitement de la demande, qui n'aurait pas été tout à fait efficace si la société avait mis en exécution sa menace le 31 janvier.

La demande en appréciation de régularité : une expérimentation dont les contours exacts restent à définir par décret

[L'article 54 de la loi n° 2018-727 du 10 août 2018](#) a instauré, à titre expérimental, une procédure juridictionnelle s'inspirant du **rescrit fiscal** ((Suivant les préconisations du Conseil d'Etat dans son étude « Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets » du 14 novembre 2013. Le Conseil d'Etat y définit le rescrit comme une « *prise de position formelle de l'administration, qui lui est opposable, sur l'application d'une norme à une situation de fait décrite loyalement dans la demande présentée par une personne et qui ne requiert aucune décision administrative ultérieure* »)), **qui permettra au** bénéficiaire ou à l'auteur de certaines décisions non réglementaires de saisir le tribunal administratif d'une demande d'appréciation de leur légalité externe, qui sera ensuite opposable.

Le fonctionnement exact du dispositif dépend de plusieurs précisions qui doivent être apportées par un décret pris en Conseil d'Etat, dont la publication marquera le début de l'expérimentation du dispositif, pour 3 ans, dans le ressort

de 4 tribunaux administratifs que ledit décret identifiera.

Ce mécanisme s'inscrit dans un mouvement de fond plus général de renforcement de la sécurité juridique, au détriment du principe de légalité et parfois du droit au recours.

Le Conseil d'Etat juge depuis 2011 qu'un vice de procédure n'est de nature à entacher d'illégalité la décision attaquée que s'il a été susceptible d'exercer une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie (([CE Ass. 23 décembre 2011 *Danthony*, req. n° 335033 publié au rec. CE.](#))). Par ailleurs, en matière d'urbanisme, l'[article L. 600-1 du code de l'urbanisme](#) a instauré depuis longtemps déjà un délai au-delà duquel les vices de forme ou de procédure susceptibles d'affecter certains documents d'urbanisme, notamment la création de zone d'aménagement concertée (ZAC), ne peuvent plus être invoqués.

Récemment, le Conseil d'Etat a considéré que le juge administratif ne peut contrôler, par la voie de l'exception, les conditions de forme et de procédure des actes réglementaires après l'expiration du délai de recours contentieux ouvert à leur encontre (([CE 18 mai 2018 *Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT*, req. n° 414583 publié au rec. CE.](#) - Cf. [le commentaire](#) de cette décision sur le blog AdDen.)).

Enfin, depuis la décision du Conseil d'Etat *Czabaj* (([CE Ass. 13 juillet 2016 *Czabaj*, req. n° 387763 publié au rec. CE](#) - voir [le commentaire](#) de cette décision sur le blog AdDen.)), le destinataire ((Voir des tiers informés par une publicité de la décision, selon une juridiction de première instance : [IA Versailles 15 février 2017 *M.X.*, req. n°1402665.](#))) d'une décision administrative individuelle, même notifiée sans mention des voies et délais de recours, ne peut la contester que dans un délai « *raisonnable* » d'1 an à compter de la date à laquelle il a eu notification de la décision ou de la date à laquelle il est établi qu'il en a eu connaissance.

Indiscutablement, la tendance est à la maîtrise et à la limitation des contentieux, dont la longueur et les motifs de critique peuvent paralyser la réalisation des projets concernés, et donc la vie économique également.

1 Champ d'application de la demande

Le texte vise certaines décisions « *non réglementaires* » dont l'illégalité peut être invoquée, alors même qu'elles seraient devenues définitives, à l'appui de conclusions dirigées contre un acte ultérieur, à l'exception des décrets. Dans ces conditions, ces décisions nous paraissent correspondre à la catégorie des décisions « *ni réglementaires ni individuelles* » (([Article L. 200-1 du code des relations entre le public et l'administration.](#))), dont il faut exclure les décisions adoptées par décret.

Le mécanisme vise ainsi les opérations complexes, c'est-à-dire celles caractérisées lorsqu'une décision administrative finale ne peut être prise qu'après l'intervention de plusieurs décisions successives spécialement prévues pour permettre la réalisation de l'opération dont la décision finale sera l'aboutissement ((Cf. [Conclusions du rapporteur public Jean Lessi sous la décision CE 24 février 2017 Fédération des employés et cadres CGT-Force ouvrière et autre, req. n° 391716, 391718, 391719, 391724.](#))). Dans le cadre de ces opérations complexes, les parties intéressées par la contestation d'un acte administratif ultérieur, peuvent soulever, par exception d'illégalité, un vice entachant la décision initiale ((Voir par exemple : [CE 26 octobre 2012 M.B., req. n° 346947, mentionné au rec. CE.](#))).

En outre, seules certaines de ces décisions pourront faire l'objet d'une appréciation de légalité externe. Elles seront listées par le décret en Conseil d'Etat parmi celles prises sur le fondement du code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, du code de l'urbanisme ou des articles L. 1331-25 à L. 1331-29 du code de la santé publique relatifs aux

arrêtés d'insalubrité, ce qui devrait ainsi recouvrir notamment les décisions suivantes :

- les déclarations d'utilité publique, nécessaires à toute expropriation ;
- les autorisations de création d'une ZAC dans le cadre de leur passation ((Voir par exemple : [CE, 26 mars 1999, req. n° 185841 publié au rec. CE.](#))), selon [l'étude d'impact du projet de loi](#) ;
- les déclarations d'insalubrité à titre irrémédiable d'un immeuble dans le cadre de leur acquisitions ((Articles [1331-25](#) à [L. 1331-29 du code de la santé publique](#) ; voir par exemple la décision [CE 20 mars 2015 Société Urbanis aménagement, req. n° 371895 mentionné au rec. CE](#) – Cf. [le commentaire](#) de cette décision sur le blog AdDen.)), selon [l'étude d'impact du projet de loi](#).

Le décret fixera la liste exacte des décisions concernées.

2 Modalités de la demande

La demande peut être présentée par le bénéficiaire ou l'auteur de la décision (le préfet notamment) dans un délai de 3 mois à compter de la notification ou de la publication de la décision examinée.

Le tiers ayant un intérêt peut également intervenir volontairement dans la procédure à compter de la publicité de la demande.

Ce mécanisme permet de s'assurer que la demande en appréciation de la légalité externe produise tous ses effets : les bénéficiaires des décisions qui auront le plus intérêt à engager la procédure d'appréciation de la régularité, auront aussi le moins intérêt à ce que le tribunal relève une irrégularité. La publicité de la demande d'appréciation devrait permettre de mobiliser les tiers, peut-être plus soucieux de pointer les irrégularités de l'acte.

Les formes de la présentation, de l'instruction et de la décision de la demande ainsi que les moyens assurant sa publicité seront également déterminées par décret.

3 Effets de la demande

La demande suspend l'examen des recours dirigés contre la décision en cause et dans lesquels sont soulevés des moyens de légalité externe, à l'exclusion des procédures en référé ((Référés prévus au livre V du code de justice administrative.)).

Comme le Conseil d'Etat le relève dans son [avis sur le projet de loi](#), cette suspension risque d'allonger des délais d'instruction juridictionnels, mais le décret devra fixer un délai dans lequel le tribunal devra se prononcer sur la légalité externe de l'acte soumis à son appréciation.

Le tribunal devra se prononcer sur tous les moyens de légalité externe qui lui seront soumis ainsi que sur tout motif d'illégalité externe qu'il estimera devoir relever d'office, y compris s'il n'est pas d'ordre public. La décision du tribunal pourra faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

4 Effets de l'appréciation du tribunal administratif sur la légalité externe de l'acte

Deux hypothèses sont envisageables.

Soit le tribunal constate la légalité externe de la décision en cause, et alors celle-ci ne pourra plus être remise en cause **même si une irrégularité non examinée est relevée par la suite.**

Soit le tribunal constate un vice de légalité externe : alors, il ne procédera pas à l'annulation de la décision puisqu'il n'est pas saisi de conclusion à fin d'annulation, mais à l'énoncé d'une appréciation d'illégalité, un constat en quelque sorte. Par dérogation à l'[article L. 242-1 du code des](#)

[relations entre le public et l'administration](#), la loi dispose que l'autorité administrative a la faculté de retirer ou abroger la décision en cause au cours de la procédure et jusqu'à 2 mois après la notification de la décision du juge. Cela permet de purger la nouvelle décision de ses illégalités externes. Si l'administration ne procède pas au retrait ou à l'abrogation, le ou les moyens de légalité externe pourront être soulevés lors d'un recours contentieux.

Il est certain que ce mécanisme va complexifier le fonctionnement de la justice administrative, puisque ce sont désormais 3 juges, celui du rescrit, du référé et enfin le juge de l'excès de pouvoir qui pourront se prononcer, et éventuellement se contredire, sur un même acte.

Les bénéficiaires et auteurs de la décision devront user adroitement de cette demande en appréciation de la légalité externe, pour éviter un alourdissement inutile des procédures engagées ou une exposition malvenue aux risques de recours générés par la publicité de la demande. Les conseils devront analyser précisément l'intérêt stratégique d'une telle demande.