

Régime des biens dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion de la concession

[CE Sect. 29 juin 2018 *Ministre de l'intérieur*, req. n° 402251 : Rec. CE](#)

Le Conseil d'Etat complète la jurisprudence *Commune de Douai* sur les biens de retour en précisant le régime applicable aux biens affectés au service public dont le concessionnaire était propriétaire avant la conclusion du contrat de *concession*.

1 Le contexte de l'affaire

Une station de ski a été créée, aménagée puis exploitée, à partir des années 1930, par différentes personnes privées sur des terrains leur appartenant ou dont elles avaient la jouissance. Par la suite, la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne a qualifié le service des remontées mécaniques de service public et en a confié l'organisation et l'exécution aux communes et à leurs groupements ((Voir désormais les articles [L. 342-1 et suivants](#) du code du tourisme.)).

En application de ces dispositions, la communauté de communes compétente et une société ont conclu en 1998 une convention de délégation de service public pour l'aménagement du domaine skiable et l'exploitation des remontées mécanique. A l'expiration de cette convention, la communauté de communes a décidé la reprise en régie de l'exploitation et la remise à cette personne publique des biens affectés à l'exploitation du service public a été ordonnée à la société.

Enfin, à la suite d'un accord amiable, un protocole a été approuvé, prévoyant notamment le rachat des biens en cause par la communauté de communes. Les délibérations prises à cet effet ont été contestées par le préfet et l'affaire est finalement remontée au Conseil d'Etat.

2 Rappel du régime applicable aux biens de retour

Reprenant la solution dégagée, pour l'essentiel, dans son arrêt *Commune de Douai* de 2012 ((CE Ass. 21 décembre 2012 *Commune de Douai*, req. n° [342788](#) : RFDA 2013, p. 25, concl. Dacosta. – CE 21 octobre 2013 *Ministre du budget*, req. n° [358873](#).)), le Conseil d'Etat commence par rappeler le régime applicable aux biens dits « de retour », c'est-à-dire les biens affectés au service public et revenant à la personne publique concédante à l'expiration du contrat de concession :

- Dans le cadre d'une concession de service public mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique.
- Le contrat peut toutefois attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public.
- A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci

gratuitement, et il en va de même pour les biens nécessaires au service public dont le contrat a attribué la propriété au concessionnaire pour la durée de la convention ou lesquels il lui a conféré des droits réels.

- Le concessionnaire peut toutefois demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement.

3 Le sort des biens appartenant déjà au concessionnaire

Le Conseil d'Etat règle ensuite la question du régime applicable aux biens qui n'ont pas été réalisés par le concessionnaire en application du contrat, puisqu'ils étaient déjà sa propriété antérieurement à sa conclusion, mais qui ont été affectés par ce contrat à l'exécution du service public :

« 6. Considérant que les règles énoncées ci-dessus, auxquelles la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu déroger, trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci ; qu'une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique [...] ; qu'elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention [...] ; que les parties peuvent prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du

contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ;

7. Considérant que, dans l'hypothèse où la commune intention des parties a été de prendre en compte l'apport à la concession des biens qui appartenaient au concessionnaire avant la signature du contrat par une indemnité, le versement d'une telle indemnité n'est possible que si l'équilibre économique du contrat ne peut être regardé comme permettant une telle prise en compte par les résultats de l'exploitation ; qu'en outre, le montant de l'indemnité doit, en tout état de cause, être fixé dans le respect des conditions énoncées ci-dessus afin qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique ».

Ainsi, en acceptant d'affecter ses biens au service public, le concessionnaire est également réputé accepter d'en transférer la propriété à la personne publique. Et si cet apport peut être pris en compte dans la définition de l'équilibre économique du contrat, voire donner lieu à une indemnité, ce n'est que sous certaines conditions.

Enfin, il est à noter que cette solution revêt une portée générale et n'est pas propre aux remontées mécaniques puisque l'arrêt précise au contraire que la loi du 9 janvier 1985 n'a pas entendu y déroger.

En conséquence, dans l'affaire qui lui était soumise, le Conseil d'Etat casse l'arrêt de la cour administrative d'appel, qui avait considéré que la propriété des biens en cause, alors même qu'ils étaient nécessaires au fonctionnement du service public concédé, n'avait pas été transférée à la communauté de communes dès la conclusion de la convention du

seul fait de leur affectation à la concession de service public et que ces biens n'étaient pas régis par les règles applicables aux biens de retour.

Pas d'exonération possible fondée sur la qualité du maître d'ouvrage s'agissant de la participation pour raccordement à l'égout

[CE 6 juin 2018 *SCI Lasserre Promotions et SCI Dolphaf*, req. n° 399932](#)

Par un arrêté du 30 avril 2008, le maire de la commune de Saint-Louis-de-Montferrand a accordé à la SCI Lasserre Promotions un permis de construire dans le cadre d'un programme de construction de logements sociaux en vertu duquel cette dernière était soumise au versement de la participation pour le raccordement à l'égout (raccordement au réseau d'assainissement existant).

Le permis de construire a ensuite été transféré à la SCI Dolphaf ((Cette dernière étant une filiale de la SCI Lasserre Promotions.)) avant que la communauté urbaine de Bordeaux (CUB) – devenue Bordeaux Métropole – n'émette un titre exécutoire le 9 août 2011 afin de mettre à la charge de cette dernière une somme de 133 896,57 EUR au titre de la participation pour raccordement à l'égout.

C'est ce titre exécutoire que les SCI Dolphaf et Lasserre

Promotions ont soumis à la censure du juge administratif.

1 Par un jugement en date du 26 mars 2014, le tribunal administratif de Bordeaux a annulé partiellement le titre exécutoire en déchargeant la SCI Dolphaf de l'obligation de payer la somme de 6 531,54 EUR et rejeté le surplus de ses demandes.

Par un arrêt du 24 mars 2016, la cour administrative d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement en rejetant l'appel formé par les SCI Dolphaf et la SCI Lasserre Promotion.

Les deux sociétés se sont pourvues en cassation contre cet arrêt, car elles estimaient notamment que l'exonération de 25 % prévue par la CUB s'agissant des organismes d'HLM ou des sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communes serait constitutive d'une rupture d'égalité.

Cet abattement de 25 % sur la valeur du taux de participation à l'égout avait été instauré pour les « *opérations d'habitat à caractère social et strictement locatifs réalisés par les organismes d'HLM ou sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communes* ».

2 Après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 1331-7 du code de la santé publique ((« 2. Aux termes de l'article L. 1331-7 du code de la santé publique, dans sa rédaction applicable au litige : « Les propriétaires des immeubles édifiés postérieurement à la mise en service du réseau public de collecte auquel ces immeubles doivent être raccordés peuvent être astreints par la commune, pour tenir compte de l'économie par eux réalisée en évitant une installation d'évacuation ou d'épuration individuelle réglementaire, à verser une participation s'élevant au maximum à 80 % du coût de fourniture et de pose d'une telle installation. / Une délibération du conseil municipal détermine les conditions de perception de cette participation »)), le Conseil d'Etat juge :

« 3. Ces dispositions font de la participation pour raccordement à l'égout une redevance justifiée par l'économie réalisée par le propriétaire grâce au raccordement de son immeuble au réseau d'assainissement existant. Elles ne font pas obstacle à ce que la participation exigée soit établie selon une méthode forfaitaire, dès lors qu'il n'est pas demandé au propriétaire de verser plus de 80 % du coût de la fourniture et de la pose de l'installation du dispositif individuel d'assainissement qui aurait été nécessaire en l'absence de raccordement. En revanche, elles ne sauraient être regardées comme autorisant l'instauration d'exonérations en fonction de la qualité du maître de l'ouvrage, celle-ci étant sans incidence sur la capacité du système d'évacuation et sur l'économie réalisée en ne l'installant pas ».

Autrement dit, la seule qualité du maître d'ouvrage réalisant une opération portant sur la construction de logements sociaux ne peut légalement justifier l'exonération, d'autant que cette exonération est dépourvue de tout lien avec « *la capacité du système d'évacuation* » et avec « *l'économie réalisée en ne l'installant pas* ».

La Haute Juridiction en infère dès lors que la CUB ne pouvait pas prévoir un abattement de 25 % au seul bénéfice des organismes d'HLM et des sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communes :

« Il en résulte que la communauté urbaine de Bordeaux ne pouvait légalement, par sa délibération n° 2006/0575 du 21 juillet 2006, prévoir qu' » un abattement de 25 % est appliqué sur la valeur des taux en zones AU, A et N, en ce qui concerne les opérations d'habitat à caractère social et strictement locatifs réalisés par les organismes d'HLM ou sociétés d'économie mixte communautaires, départementales ou communales » et qu'elle était donc en situation de compétence liée pour refuser d'étendre le bénéfice de cet abattement à des SCI comme les sociétés requérantes. Les moyens que ces dernières soulevaient en appel, qui étaient tirés de ce que la

délibération précitée était contraire au principe d'égalité et à l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif à la libre circulation des capitaux étaient, dès lors, inopérants. Ce motif de pur droit doit être substitué aux motifs retenus par l'arrêt attaqué. Par ailleurs, l'argumentation tirée de ce que la délibération en cause serait contraire aux articles 107 et 108 du même traité est nouvelle en cassation et, n'étant pas d'ordre public, est inopérante ».

Par une substitution de motifs, le Conseil d'Etat confirme l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux et rejette, en conséquence, les demandes de la SCI Dolphaf et de la SCI Lasserre.

**Réduction par voie
prétorienne des moyens
invocables à l'occasion de
l'exception d'illégalité et
du recours pour excès de
pouvoir dirigés contre le
refus d'abroger un acte
réglementaire : inopérance**

des moyens tirés des vices de forme et de procédure affectant la légalité de l'acte réglementaire

[Conseil d'Etat 18 mai 2018 Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, req. n° 414583 : Publié au Rec. CE.](#)

Par une très importante décision du 18 mai 2018 impactant le droit au recours des administrés, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a réduit le champ des moyens invocables dans le cadre des voies de droit permettant de remettre en cause de façon perpétuelle la légalité d'un acte réglementaire.

Après avoir brièvement présenté le mécanisme de l'exception d'illégalité d'un acte réglementaire et celui du recours dirigé contre un refus d'abroger (1), il conviendra de présenter la portée de la décision du 18 mai 2018 (2).

1 Sur l'exception d'illégalité et la demande d'abrogation d'un acte réglementaire illégal

Sans reprendre la distinction classique entre moyens de légalité externe et moyens de légalité interne ((CE Sect. 20 février 1953 *Société Intercopie*, req. n° 9772 : Publié au Rec. CE.)), la décision du 18 mai 2018 présente le contrôle du juge administratif :

« Le contrôle exercé par le juge administratif sur un acte qui présente un caractère réglementaire porte sur la compétence de son auteur, les conditions de forme et de procédure dans lesquelles il a été édicté, l'existence d'un détournement de pouvoir et la légalité des règles générales et impersonnelles qu'il énonce, lesquelles ont vocation à s'appliquer de façon permanente à toutes les situations entrant dans son champ

d'application tant qu'il n'a pas été décidé de les modifier ou de les abroger ».

Il s'agit des moyens susceptibles d'être soulevés à l'encontre d'un acte réglementaire lorsqu'il est attaqué par voie d'action, c'est-à-dire dans le délai du recours contentieux, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir.

Par une jurisprudence ancienne et bien établie, il était cependant possible de soulever l'ensemble de ces moyens à l'encontre d'une décision réglementaire sans condition de durée grâce à deux mécanismes contentieux.

1.1 Le premier, l'exception d'illégalité, permet, à l'occasion du recours pour excès de pouvoir exercé contre une décision individuelle, de contester par exception, la légalité de l'acte réglementaire en application duquel cette décision individuelle a été prise. Si la constatation de l'illégalité de l'acte ne conduit pas à sa disparition de l'ordre juridique, elle conduit néanmoins le juge à en écarter l'application et, par conséquent, à annuler la décision individuelle attaquée pour défaut de base légale.

1.2 Le second mécanisme permet de solliciter l'abrogation d'un acte réglementaire, c'est-à-dire sa disparition pour l'avenir, sans condition de durée, si cet acte est illégal. Une fois l'abrogation sollicitée auprès de son auteur, le requérant peut attaquer le refus d'abrogation qui lui a été opposé dans le délai du recours contentieux ((CE Sect. 10 janvier 1930 *Despujol*, req. n° [97263](#) : Publié au Rec. CE.)). Les moyens invocables à l'encontre de l'acte réglementaire contesté étaient initialement limités dès lors qu'il n'était possible que de se prévaloir d'une illégalité résultant d'un changement de fait ou de droit postérieur à l'édition de cet acte ((CE Sect. 30 janvier 1981, req. n° [16148](#) : Publié au Rec. CE.)).

Cependant, afin notamment d'assurer une meilleure effectivité,

dans l'ordre interne, aux dispositions du droit communautaire, le Conseil d'Etat, par la décision d'Assemblée *Compagnie Alitalia* ((CE Ass. 3 février 1989 *Compagnie Alitalia*, req. n° [74052](#) : Publié au Rec. CE. Précisant cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a néanmoins précisé qu'un refus d'abroger n'était pas illégal lorsque l'acte réglementaire contesté était illégal *ab initio* mais que cette illégalité avait cessé au moment où l'administration s'était prononcée sur la demande d'abrogation : CE 10 octobre 2013 *Fédération française de gymnastique*, req. n° [359219](#) : Publié au Rec. CE.)), avait étendu les moyen invocable contre un refus d'abroger en jugeant que « *l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenue d'y déférer, soit que ce règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures à cette date* ».

C'est d'ailleurs ce principe qui a été reprise à l'article [L. 243-2](#) du code des relations entre le public et l'administration (CRPA) lors de son entrée en vigueur, lequel dispose en son premier alinéa que « *l'administration est tenue d'abroger expressément un acte réglementaire illégal ou dépourvu d'objet, que cette situation existe depuis son édicition ou qu'elle résulte de circonstances de droit ou de fait postérieures, sauf à ce que l'illégalité ait cessé* ».

2 Sur la portée de la décision

Par la décision commentée, le Conseil d'Etat a restreint la nature des moyens invocables dans le cadre de ces deux mécanismes protecteurs de la légalité en faisant primer le principe de sécurité juridique sur le principe de légalité.

En effet, après avoir rappelé le mécanisme de l'exception d'illégalité et les termes de l'article L. 243-2 du CRPA précité, il a considéré que « *si, dans le cadre de ces deux contestations, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un*

détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édition de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux ».

Ainsi, les vices de forme et de procédure ne sont plus opérants à l'encontre d'un acte réglementaire contesté en dehors du délai de recours contentieux, c'est-à-dire que le juge, saisi de tels moyens, ne sera pas même tenu d'y répondre mais pourra les écarter implicitement.

Seuls peuvent être invoqués l'illégalité des règles fixées par l'acte réglementaire, l'incompétence de son auteur et le détournement de pouvoir.

En l'espèce, le Conseil d'Etat rejette comme étant inopérant les moyens soulevés en l'espèce et tirés, d'une part, de l'irrégularité de la consultation d'une commission et, d'autre part, de ce que le décret adopté par le Premier ministre différait à la fois de la version qui avait été soumise par le Gouvernement au Conseil d'Etat et de la version adoptée par le Conseil d'Etat au terme de son examen du projet – en contradiction avec le principe selon lequel, si le Gouvernement n'est pas tenu de suivre l'avis du Conseil d'Etat, il ne peut, s'agissant des décrets, édicter que le texte adopté par le Conseil d'Etat ou le projet qu'il lui a soumis.

Cette décision s'inscrit dans la suite de plusieurs autres arrêts de principe ayant réduit les moyens invocables en contentieux administratif. En particulier, on pourra la lire parallèlement à la décision *Danthony* du 23 décembre 2011 ((CE Ass. 23 décembre 2011 *Danthony*, req. n° [335033](#) : Publié au Rec. CE.)) aux termes de laquelle, dans le cadre, cette fois-ci, du recours en excès de pouvoir exercé directement contre

l'acte contesté, il n'est possible de se prévaloir d'un vice de forme et de procédure que si celui-ci a privé l'intéressé d'une garantie ou a exercé une influence sur le sens de la décision attaquée.

De même, par la décision *SMIRGEOMES* ((CE Sect. 3 octobre 2008 *SMIRGEOMES*, req. n° [305420](#) : Publié au Rec. CE.)), le Conseil d'Etat a limité les moyens invocables dans le cadre du référé précontractuel en empêchant qu'un concurrent évincé de la passation d'un contrat de la commande publique puisse se prévaloir d'un vice affectant la procédure qui n'a pas été susceptible de le léser.

On doit toutefois noter que, à la différence des décisions *Danthy* et *SMIRGEOMES*, la décision du 18 mai 2018 ne fixe aucune condition à l'inopérance des moyens de forme et de procédure soulevés à l'occasion d'une exception d'illégalité ou d'un recours contre un refus d'abroger.

Par conséquent, quelle que soit l'influence que ce vice a pu avoir sur la décision contestée et quelles que soient les garanties dont les administrés ont pu être privés du fait de cette irrégularité, il ne sera plus possible de s'en prévaloir une fois expiré le délai du recours pour excès de pouvoir à son encontre – c'est-à-dire au terme d'un délai de deux mois après la publication de l'acte réglementaire.

D'ailleurs, même dans le cas où la demande d'abrogation a été présentée à l'auteur de l'acte dans le délai du recours contentieux ouvert à son encontre, il n'est plus possible d'invoquer un vice de forme ou de procédure affectant cet acte dans le cadre du recours contentieux exercé contre le refus d'abroger ((C'était précisément la situation du cas d'espèce, la *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* ayant demandé le 25 mai 2017 au ministre de l'action et des comptes publics l'abrogation d'un décret publié le 30 mars 2017, soit dans le délai du recours contentieux.)).

Ainsi, la méconnaissance d'une garantie aussi importante que, par exemple, la consultation obligatoire du Conseil d'Etat sur certains projets de décret ne pourra plus être sanctionnée qu'à l'occasion d'un recours en excès de pouvoir direct.

Nicolas Nahmias de nouveau distingué par Who's Who Legal

[Nicolas Nahmias](#), associé, est encore cette année distingué par le guide Who's Who Legal, référence internationale indépendante du droit, dans la rubrique Droit administratif / contentieux.

L'image d'un bien appartenant à une personne publique ne

constitue pas une dépendance de son domaine public et ne peut donner lieu à redevance pour occupation en cas d'utilisation commerciale par des tiers

[CE Ass. 13 avril 2018 Société Les Brasseries Kronenbourg, req. n° 397047 : publié au recueil Lebon](#)

L'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a récemment eu l'occasion de préciser le régime juridique de l'image des biens relevant du domaine public et celui de l'exploitation commerciale de celle-ci.

1 Le contexte du pourvoi

La société Les Brasseries Kronenbourg avait fait réaliser, au début de l'année 2010, des photographies du château de Chambord en vue de l'utilisation de l'image de ce monument dans le cadre d'une campagne de publicité pour l'une de ses marques de bières.

Par courrier du 19 avril 2010, le directeur général de l'établissement public du domaine national de Chambord a indiqué à la société que l'utilisation de l'image du château de Chambord à des fins de publicité commerciale constituait une utilisation privative du domaine public justifiant le versement d'une contrepartie financière ((En application du [décret n° 2005-703 du 24 juin 2005 relatif à l'établissement public du domaine national de Chambord](#) qui permet à l'établissement, pour l'exercice de ses missions, de délivrer des autorisations d'occupation du domaine public dont la

gestion lui est confiée.)).

En conséquence, il a transmis à la société deux états de sommes qu'il estimait dues par elle à ce titre. Deux titres de recettes exécutoires ont ensuite été émis à l'encontre de la société pour assurer le recouvrement de cette redevance domaniale.

La société Les Brasseries Kronenbourg a alors demandé au tribunal administratif d'Orléans d'annuler ces titres exécutoires d'un montant respectif de 143 520 euros et et 107 640 euros.

Par un jugement du 6 mars 2012, le tribunal administratif d'Orléans a fait droit à cette demande.

Par un arrêt du 16 décembre 2015 (n° [12NT01190](#)), la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par l'établissement public du domaine national de Chambord tendant, à titre principal, à l'annulation de ce jugement et au rejet des demandes de la société et, à titre subsidiaire, à ce que celle-ci soit condamnée à lui verser une indemnité équivalente à la redevance domaniale réclamée par les deux titres de recettes exécutoires, afin de réparer le préjudice dont il se prévalait.

Entre-temps, la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine* a introduit au sein du code du patrimoine un article [L. 621-42](#) aux termes duquel l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise « à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national ».

Par une décision n° 397047 du 13 avril 2018, l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat a rejeté le pourvoi formé par l'établissement public du domaine national de Chambord contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes.

Ce faisant, l'Assemblée du contentieux a consacré le principe aux termes duquel l'image d'un bien appartenant à une personne publique ne constitue pas une dépendance de son domaine public, la prise de vues ou l'utilisation commerciale de cette image ne pouvant dès lors être sujettes à redevance pour occupation (2.1) tout en précisant le régime de responsabilité applicable en cas d'utilisation préjudiciable de l'image des biens domaniaux (2.2).

2 La décision de l'Assemblée du contentieux du Conseil d'Etat

2.1 Sur le moyen tiré de ce que cette utilisation relevait d'une utilisation privative du domaine public soumise, en contrepartie, à redevance, le Conseil d'Etat a, en premier lieu, considéré que :

« Les personnes publiques ne disposant pas d'un droit exclusif sur l'image des biens leur appartenant, celle-ci n'est pas au nombre des biens et droits mentionnés à l'article L. 1 ((Article L. 1 CGPPP : « Le présent code s'applique aux biens et aux droits, à caractère mobilier ou immobilier, appartenant à l'Etat, aux collectivités territoriales et à leurs groupements, ainsi qu'aux établissements publics. »)) du code général de la propriété des personnes publiques. (...) Il en résulte que l'image d'un bien du domaine public ne saurait constituer une dépendance de ce domaine ni par elle-même, ni en qualité d'accessoire indissociable de ce bien au sens des dispositions de l'article L. 2111-2 du code général de la propriété des personnes publiques ((Article L. 2111-2 CGPPP : « Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable. »)) ».

Reprenant un considérant de principe, elle rappelle en second lieu :

« d'une part, que l'occupation ou l'utilisation du domaine public n'est soumise à la délivrance d'une autorisation que lorsqu'elle constitue un usage privatif de ce domaine public, excédant le droit d'usage appartenant à tous, d'autre part, que lorsqu'une telle autorisation est donnée par la personne publique gestionnaire du domaine public concerné, la redevance d'occupation ou d'utilisation du domaine public constitue la contrepartie du droit d'occupation ou d'utilisation privative ainsi accordé. Dès lors, si la personne publique est fondée à demander à celui qui occupe ou utilise irrégulièrement le domaine public le versement d'une indemnité calculée par référence à la redevance qu'il aurait versée s'il avait été titulaire d'un titre régulier à cet effet, l'occupation ou l'utilisation du domaine public dans les limites ne dépassant pas le droit d'usage appartenant à tous, laquelle n'est soumise à la délivrance d'aucune autorisation, ne peut, par suite, être assujettie au paiement d'une redevance ».

Le Conseil d'Etat avait en ce sens jugé que si l'administration peut refuser à des tiers l'occupation ou l'utilisation de son domaine public dès lors que cela constitue un usage privatif excédant le droit d'usage appartenant à tous, à propos notamment de la prise de photographies dans un but commercial des éléments de son domaine public mobilier (([CE 29 octobre 2012 Commune de Tours, req. n° 341173](#) : publié au Rec. CE, à propos des les œuvres d'un musée public.)), tel n'était pas le cas pour la présence momentanée des clients d'établissements bancaires et commerciaux sur le domaine public le temps d'effectuer une transaction (([CE 31 mars 2014 Commune d'Avignon, req. n° 362140](#) : mentionné dans les tables du Rec. CE.)).

En l'espèce, il juge néanmoins sur ce point que ne relève d'un usage privatif du domaine public :

- ► ni l'opération consistant en la prise de vues d'un bien appartenant au domaine public – sauf si elle implique, pour les besoins de la réalisation matérielle

- de cette opération, une occupation ou une utilisation du bien qui excède le droit d'usage appartenant à tous ;
- ► ni l'utilisation à des fins commerciales de l'image d'un tel bien.

Dès lors, les juges du Palais-Royal ont considéré que la cour administrative d'appel de Nantes avait pu, sans erreur de droit, estimer que l'usage de la photographie du château ne relevait pas d'une utilisation privative du domaine public de l'Etat ([\(CE Ass. avis 19 juillet 2012 Domaine national de Chambord, req. n° 386715.\)](#)) au sens des articles L. 2122-1 ((Article L. 2122-1 CGPPP : « *Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.*

Le titre mentionné à l'alinéa précédent peut être accordé pour occuper ou utiliser une dépendance du domaine privé d'une personne publique par anticipation à l'incorporation de cette dépendance dans le domaine public, lorsque l'occupation ou l'utilisation projetée le justifie.

Dans ce cas, le titre fixe le délai dans lequel l'incorporation doit se produire, lequel ne peut être supérieur à six mois, et précise le sort de l'autorisation ainsi accordée si l'incorporation ne s'est pas produite au terme de ce délai. ».), L. 2125-1 ((Article L. 2125-1 CGPPP : « *Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. 1 donne lieu au paiement d'une redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière ou nécessaires à la liquidation et au constat des irrégularités de paiement de toute taxe perçue au titre de l'usage du domaine public routier.*

Par dérogation aux dispositions de l'alinéa précédent,

l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement :

1° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation est la condition naturelle et forcée de l'exécution de travaux ou de la présence d'un ouvrage, intéressant un service public qui bénéficie gratuitement à tous ;

2° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer la conservation du domaine public lui-même ;

3° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation contribue directement à assurer l'exercice des missions des services de l'Etat chargés de la paix, de la sécurité et de l'ordre publics ou du contrôle aux frontières dans les aéroports, les ports et les gares ;

4° Soit lorsque l'occupation ou l'utilisation permet l'exécution de travaux relatifs à une infrastructure de transport public ferroviaire ou guidé.

En outre, l'autorisation d'occupation ou d'utilisation du domaine public peut être délivrée gratuitement aux associations à but non lucratif qui concourent à la satisfaction d'un intérêt général.

Lorsque l'occupation du domaine public est autorisée par un contrat de la commande publique ou qu'un titre d'occupation est nécessaire à l'exécution d'un tel contrat, les modalités de détermination du montant de la redevance mentionnée au premier alinéa sont fonction de l'économie générale du contrat. Lorsque ce contrat s'exécute au seul profit de la personne publique, l'autorisation peut être délivrée gratuitement. ».) et L. 2125-3 ((Article L. 2125-3 CGPPP : « *La redevance due pour l'occupation ou l'utilisation du domaine public tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.* ».)) du code général de la propriété des personnes publiques lesquels ne pouvaient,

par suite, fonder en droit les titres de recette.

2.2 Sur l'action indemnitaire tendant à la réparation du préjudice d'image, le Conseil d'Etat considère, par une formulation qui n'est pas sans rappeler l'interdiction faite à l'autorité de police d'adopter des régimes d'autorisation préalables portant atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie ([\(CE Ass., 22 juin 1951 Daudignac et Fédération nationale des photographes-filmeurs, req. n° 00590 et 02551, publié au Rec. CE.\)](#)), que :

« L'autorité administrative ne saurait, en l'absence de disposition législative le prévoyant, soumettre à un régime d'autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de prises de vues d'un immeuble appartenant au domaine public, un tel régime étant constitutif d'une restriction à la liberté d'entreprendre et à l'exercice du droit de propriété ».

En premier lieu, le Conseil d'Etat relève, d'une part, que le législateur, dans le but de protéger l'image des domaines nationaux et de permettre leur valorisation économique, a prévu à l'article L. 621-42 ((Article L. 621-42 Code du patrimoine : *« L'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent les domaines nationaux, sur tout support, est soumise à l'autorisation préalable du gestionnaire de la partie concernée du domaine national. Cette autorisation peut prendre la forme d'un acte unilatéral ou d'un contrat, assorti ou non de conditions financières.*

La redevance tient compte des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation.

L'autorisation mentionnée au premier alinéa n'est pas requise lorsque l'image est utilisée dans le cadre de l'exercice de missions de service public ou à des fins culturelles, artistiques, pédagogiques, d'enseignement, de recherche, d'information et d'illustration de l'actualité.

Un décret en Conseil d'Etat définit les modalités

d'application du présent article. ».)) du code du patrimoine – récemment jugé conforme à la Constitution ([Décision n° 2017-687 QPC du 2 février 2018, Associations Wikimedia France et La Quadrature du Net](#), rendue sur une QPC transmise à l'appui d'une requête tendant à l'annulation pour excès de pouvoir de l'article R. 621-99 du code du patrimoine (CE 25 octobre 2017 *Associations Wikimedia France et La Quadrature du Net*, req. n° 411005).)) – la possibilité pour les gestionnaires des domaines nationaux de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image des immeubles qui constituent ces domaines, et, d'autre part, que l'utilisation à des fins commerciales des prises de vues d'un immeuble entrant dans leur champ, sans qu'ait été au préalable obtenue l'autorisation qu'elles prévoient, constitue une faute de nature à engager la responsabilité de l'utilisateur à l'égard du propriétaire ou du gestionnaire de l'immeuble, le préjudice subi par celui-ci consistant notamment en l'absence de perception de la redevance dont l'autorisation aurait pu être assortie. Le ministre de la culture de l'époque avait été jusqu'à qualifier cette pratique de « *prédation* » ([France Bleu, 23 avril 2018 – Chambord perd définitivement son bras de fer judiciaire contre les brasseries Kronenbourg](#).)).

Dès lors, la victime du dommage peut en demander la réparation devant la juridiction administrative, alors même qu'elle aurait le pouvoir d'émettre un état exécutoire en vue d'obtenir le paiement de la somme qu'elle réclame.

Le Conseil d'Etat relève néanmoins que ce mécanisme n'a été institué que par la loi du 7 juillet 2016 *relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine*, le domaine de Chambord n'ayant lui-même été défini comme domaine national que par un décret du 2 mai 2017 ([Décret n° 2017-720 du 2 mai 2017 fixant la liste et le périmètre de domaines nationaux](#).)).

La Haute juridiction administrative en déduit en l'espèce que

le gestionnaire du domaine national de Chambord ne tenait d'aucun texte ni d'aucun principe le droit de soumettre à autorisation préalable l'utilisation à des fins commerciales de l'image du château et que, par suite, une telle utilisation sans autorisation préalable ne constituait pas une faute.

En second lieu, elle retient que le seul préjudice dont il pouvait éventuellement être demandé réparation résultait d'une utilisation de cette image qui aurait causé un trouble anormal à l'établissement public du domaine national de Chambord, dans les conditions définies par la jurisprudence de la Cour de cassation ((Cass. [Ass. pl. 7 mai 2004 SCP Hôtel de Girancourt c/ SCIR Normandie et a., n° 02-10.450.](#))), à l'occasion par exemple d'une reproduction sans autorisation de l'établissement public gestionnaire ((CA Paris 23 octobre 1990 *Société Fotogram-Stone c/ Cité des sciences et de l'industrie.*)).

Le Conseil d'Etat en conclut qu'il n'appartenait pas à la juridiction administrative de connaître, en l'absence de disposition législative contraire ((V. par exemple, pour le régime de responsabilité pour occupation sans titre du domaine public, CE Section 25 mars 1960 *SNCF c/ Dame Barbey*, n° 44533 – [CE 15 avril 2011 SNCF, req. n° 308014](#) : mentionné dans les tables du Rec. CE.)), d'une telle action indemnitaire, laquelle relève par suite de la compétence de la juridiction judiciaire ((CE Section 30 octobre 1964 *Commune d'Ussel*, req. n° 58134 – [TC 12 avril 1976, Société des Etablissements Mehut c/ Commune de Neuves-Maisons, n° 2014.](#))).

L'indemnisation du titulaire d'une concession annulée : application dans le temps de l'article 56-1 de l'ordonnance Concessions et prise en considération des frais financiers

[CE 9 mars 2018 Société GSN-DSP, req. n° 406669 : mentionné aux tables du Rec. CE](#)

La ville de Nice a conclu le 18 janvier 2006 avec un groupement momentané d'entreprises un contrat de concession portant sur la conception, la construction, la maintenance et l'exploitation d'un complexe de football dit « Grand stade Nice » (GSN) pour une durée de 30 ans, le contrat ayant été ensuite transmis à la société de projet constituée pour l'exécution de ce contrat, dénommée GSN-DSP.

Sur déféré du préfet, le tribunal administratif de Nice a, par un jugement en date du 22 décembre 2006, annulé la délibération autorisant la signature du contrat ainsi que le contrat au motif que les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, alors applicables, avaient été méconnues, à défaut pour le contrat d'avoir stipulé les tarifs à la charge des usagers et précisé l'incidence sur ces tarifs des paramètres ou indices qui déterminent leur évolution. Cette décision n'a pas été contestée par les parties et est ainsi devenue définitive.

A la suite de cette annulation du contrat, la société a sollicité de la ville le versement d'une indemnité qu'elle a évaluée à plus de 40 millions d'EUR, responsabilités quasi-contractuelle (indemnisation des dépenses utiles sur le fondement de l'enrichissement sans cause) et quasi-délictuelle (indemnisation du bénéfice manqué en raison de la faute commise par la collectivité) confondues (([CE 10 avril 2008 Société Decaux, n°244950](#) – [CE 6 octobre 2017 Société CEGELEC Sud-ouest req. n° 395268](#) –arrêt d'application : [CAA Marseille 2 mars 2015, société Vinci Park CGST, req. n° 12MA02902](#))).

Par un jugement en date du 18 juillet 2014, le tribunal administratif de Nice a condamné la commune à verser à la société requérante une somme de 1 504 590 EUR HT. La société GSN-DSP a relevé appel de ce jugement et par un arrêt en date du 7 novembre 2016, la cour administrative d'appel de Marseille a porté cette somme à 2 454 210 EUR HT (([CAA Marseille 7 novembre 2016 Société GSN-DSP, req. n° 14MA04055](#))).

La société a formé un pourvoi contre cet arrêt en tant qu'il n'a fait droit que partiellement à ses demandes indemnitaires, notamment parce que la cour a exclu par principe l'indemnisation des frais financiers au titre des dépenses utiles exposées par le titulaire du contrat annulé.

1 Cette position est effectivement contraire tout à la fois à la jurisprudence du Conseil d'Etat rendue en la matière (([CE 16 novembre 2005 commune de Nogent-sur-Marne, req. n° 262360](#) : « *Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que, dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des*

dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service »)), et désormais à la rédaction de l'article 56-I ([Article 56-I de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession](#) : « En cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat

1. – Cette prise en compte des frais liés au financement est subordonnée à la mention, dans les annexes du contrat de concession, des principales caractéristiques des financements à mettre en place pour les besoins de l'exécution de la concession. »)) de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (« l'ordonnance »), puisque la jurisprudence comme le texte prévoient que les frais liés au financement des investissements engagés par le concessionnaire peuvent constituer des dépenses utiles, sous certaines conditions toutefois.

La société GSN-DSP a critiqué ce positionnement sous deux angles.

1.1 Tout d'abord, la société a soutenu que la cour avait commis une erreur de droit en n'appliquant pas l'article 56-I

de l'ordonnance pour résoudre le litige.

Pour mémoire, l'article 78 de l'ordonnance précise que « La présente ordonnance entre en vigueur à une date fixée par voie réglementaire et au plus tard le 1er avril 2016, à l'exception du I de l'article 56 qui entre en vigueur le lendemain du jour de la publication de la présente ordonnance. [...] Les I et III de l'article 56 de la présente ordonnance s'appliquent **aux décisions juridictionnelles rendues à compter de l'entrée en vigueur desdites dispositions.** »

La société GSN-DSP soutenait que les décisions juridictionnelles auxquelles l'article 78 fait référence sont celles statuant sur les demandes d'indemnisation des dépenses utiles, et non pas celles prononçant l'annulation, la résolution ou la résiliation du contrat. Cette approche lui permettait d'arguer que les dispositions de l'article 56-I étaient applicables au litige indemnitaire qu'elle avait introduit, l'arrêt de la cour ayant été rendu en novembre 2016, soit après l'entrée en vigueur de l'article 56-I de l'ordonnance.

Mais le Conseil d'Etat ne partage pas cette interprétation et considère que les dispositions de l'article 56-I s'appliquent aux décisions juridictionnelles qui prononcent l'annulation, la résolution, ou la résiliation du contrat de concession et qui sont intervenues à compter du 31 janvier 2016. En d'autres termes, les décisions juridictionnelles auxquelles l'article 78 fait référence sont celles qui décident du sort du contrat et qui sont le fait générateur des demandes indemnitaires, et non pas celles statuant sur ces dernières.

En l'espèce, le contrat de concession a été annulé par un jugement du 22 décembre 2006. Le litige portait donc sur l'indemnisation du préjudice né d'une annulation prononcée par une décision juridictionnelle antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance : les dispositions de l'article 56-I ne sont pas applicables au litige et la cour n'a pas commis d'erreur

de droit en n'en faisant pas application.

1.2 Ensuite, la société GSN-DSP soutenait qu'en tout état de cause, la cour a commis une erreur de droit en excluant par principe les frais financiers du cadre des dépenses utiles indemnifiables, alors que la jurisprudence du Conseil d'Etat en admet l'indemnisation dans certaines conditions (([CE 16 novembre 2005 commune de Nogent-sur-Marne, req. n° 262360](#) : « *Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que, dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service* »)).

Cet argument emporte effectivement la conviction du Conseil d'Etat. La haute juridiction rappelle ainsi que le titulaire d'un contrat annulé peut toujours, sur un terrain quasi-contractuel, prétendre au remboursement des dépenses exposées pour l'exécution d'un contrat et qui ont été utiles à la collectivité. Et le Conseil d'Etat réaffirme le considérant de principe de l'arrêt « *Nogent-sur-Marne* » précité, aux termes duquel dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, sont comptées au titre des dépenses utiles exposées par le titulaire les « *dépenses d'investissement qu'il a*

effectuées relatives aux biens nécessaires ou indispensables à l'exploitation du service, à leur valeur non amortie évaluée à la date à laquelle ces biens font retour à la personne publique, ainsi que du déficit d'exploitation qu'il a éventuellement supporté sur la période et du coût de financement de ce déficit, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service public et que le coût de financement de ce déficit est équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant ».

Par conséquent, la cour a commis une erreur de droit en jugeant que les frais financiers étaient exclus par principe des dépenses utiles, sans rechercher si ces dépenses correspondaient au coût de financement d'un déficit d'exploitation nécessaire au service public, et que le délégant aurait supporté dans les mêmes conditions.

L'affaire est renvoyée devant la cour administrative d'appel de Marseille sur ce seul point, laquelle devra donc analyser si le déficit d'exploitation financé était nécessaire à la bonne exécution du service public et si le coût de son financement aurait été supporté dans les mêmes conditions par l'autorité délégante.

2 C'est le seul sujet du renvoi : le Conseil d'Etat valide la décision de la cour sur tous les autres postes indemnitaires.

D'abord, il relève que c'est à raison et au titre d'une motivation suffisante que la cour a retenu que les autres dépenses invoquées comme utiles par la requérante (frais de conception et frais de piquetage) n'ont pas présenté un tel caractère pour la collectivité, parce que celle-ci a engagé par la suite un projet conçu différemment, pour lequel ces prestations ne pouvaient pas être réutilisées.

Ce faisant, le Conseil d'Etat valide pour la première fois expressément l'approche retenue par la cour administrative d'appel de Bordeaux dans l'affaire du projet de métropolitain bordelais pour apprécier le caractère utile des dépenses engagées par le titulaire d'un contrat annulé : peu importe qu'elles aient été engagées utilement à l'époque, si la collectivité abandonne ensuite son projet et ne peut pas réutiliser les prestations pour lesquelles ces dépenses ont été engagées, celles-ci perdent leur caractère d'utilité et ne seront pas indemnisées ((CAA Bordeaux 30 mars 2004 Société pour la concession du métro et du réseau de bus de l'agglomération bordelais (MB2), req. n° 00BX00197.)). On notera que cette approche ne semble pas utilisée pour l'indemnisation des frais financiers (le déficit d'exploitation financé par le titulaire du contrat de concession n'est pourtant pas utile à la collectivité si les ouvrages n'ont pas été réalisés et que celle-ci change de projet – et finance un autre déficit, selon des conditions probablement différentes).

Ensuite, le Conseil d'Etat valide également la position de la cour sur la responsabilité quasi-délictuelle de la collectivité.

Certes, outre les dépenses utiles, le titulaire d'un contrat annulé peut prétendre à une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de la faute de l'administration, sous réserve du partage de responsabilité découlant le cas échéant de ses propres fautes. Ce préjudice correspond aux gains dont le co-contractant a été privé par l'annulation du contrat, c'est-à-dire le bénéfice qu'il aurait tiré de l'exécution du contrat. Mais pour cela, encore faut-il démontrer que l'exécution du contrat aurait effectivement permis de dégager des bénéfices : si l'exécution du contrat était projetée déficitaire, le titulaire du contrat n'a perdu aucun bénéfice du fait de l'annulation du contrat ((CE 18 novembre 1988 *Ville Amiens et Sté exploitation parc de stationnement gare*

routière Amiens, req. n° **61871** : publié au Rec. CE 1988, p. 417 ; RFDA 1990, p. 23, concl. Lévis.)).

Le Conseil d'Etat retient que la cour n'a commis aucune dénaturation des faits en jugeant que l'exécution normale du contrat se serait traduite par un déficit prévisionnel de l'ordre de 18 millions d'EUR, pour des dépenses du concessionnaire de l'ordre de 9 millions d'EUR : l'annulation du contrat n'a donc privé la requérante d'aucun bénéfice, mais lui a évité au contraire de supporter des pertes d'exploitation.

Réception tacite des travaux : la prise en compte d'un faisceau d'indices

[CE 26 mars 2018 Société française du tunnel routier du Fréjus, req. n° 406208](#)

La société française du tunnel routier de Fréjus (SFTRF) exploite ce tunnel transfrontalier pour sa partie française. Seize ans après la mise en service du tunnel, elle a fait procéder au remplacement de la nacelle de contrôle aussi appelée « skip de visite ». En 1998 les travaux ont été réceptionnés avec réserves. A la suite de dysfonctionnements constatés sur la nacelle, la SFTRF a cherché à engager la responsabilité contractuelle des constructeurs.

Le tribunal administratif de Grenoble, puis la cour administrative d'appel de Lyon ont rejeté la demande de la

SFTRF tendant à la condamnation solidaire des constructeurs à l'indemniser des désordres affectant la nacelle de contrôle. C'est dans ce contexte que la SFTRF a formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

Rappelons, que la réception sans réserve d'un ouvrage met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs, qui ne peuvent plus voir leur responsabilité contractuelle engagée (([CAA Lyon 18 février 2016 Commune de Poncin, req. n° 13LY00115](#))). *A contrario*, lorsque la réception de l'ouvrage est prononcée avec réserves, les rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs se poursuivent en principe au titre des travaux ou des parties de l'ouvrage ayant fait l'objet des réserves (([CE 16 janvier 2012 Commune du Château d'Oléron, req. n° 352122](#))).

La réception tacite est effectivement admise par le juge administratif : elle permet de passer outre les éventuelles inerties de l'administration sur le sujet. Il s'agit habituellement de contextes dans lesquels les travaux de levée des réserves ont bien été exécutés et le solde du marché réglé sans retenue (([CAA Bordeaux 18 décembre 2003 Association syndicale autorisée de Classun, req. n° 99BX02831](#) – [CE 30 janvier 1995 Société EPOJET, req. n° 94426](#))) : en effet, le juge doit vérifier que la réception est acquise au regard de l'intention et du comportement des parties, ce qui ne sera pas le cas par exemple si les travaux de finition ou de reprise de malfaçons qui demeuraient à exécuter restent importants (([CE 11 février 1991 Département des Ardennes, req. n° 82896](#))) ou encore si, malgré une prise de possession de l'ouvrage, la personne publique pouvait avoir des réserves et, en tous les cas, a adopté une attitude ne manifestant pas son intention de réceptionner l'ouvrage (([CAA Douai 29 décembre 2010 Commune de Dainville, req. n° 09DA01219](#))).

Tout est affaire d'analyse casuistique en la matière.

Pour le Conseil d'Etat la réception de la nacelle de contrôle

par la SFTRF doit être regardée comme étant tacitement intervenue, au regard de trois éléments permettant d'établir cette intention :

- d'abord, postérieurement à la réception des travaux prononcée avec réserves, la SFTRF a conclu avec l'une des sociétés titulaires, un avenant pour la réalisation de prestations complémentaires ;
- ensuite, la SFTRF a utilisé à plusieurs reprises l'ouvrage ;
- enfin, la SFTRF a réglé le solde du marché de travaux sans procéder à une retenue correspondant aux réserves.

Dans ces circonstances, les réserves initialement émises par la SFTRF et qu'elle n'a jamais officiellement levées n'ont pas fait obstacle à ce que la réception tacite de l'ouvrage soit admise plus tard : les réserves sont considérées comme ayant été levées à défaut d'avoir fait l'objet de retenues au moment du règlement du solde du marché.

Enfin, le Conseil d'Etat ferme également la voie de la responsabilité décennale, à défaut de responsabilité contractuelle : il relève que les dysfonctionnements dont était affectée la nacelle étaient connus par la SFTRF, puisqu'ils ont fait l'objet de réserves avant d'être identifiés et corrigés : par conséquent, la Haute Juridiction estime que ces défauts étaient apparents à l'occasion de la réception tacite de l'ouvrage, et que la SFTRF ne peut pas s'en prévaloir pour engager la responsabilité des constructeurs sur le fondement des principes dont s'inspirent les articles 1792 et suivants du code civil.

Les opérations de réception continuent d'exiger une grande vigilance des maîtres d'ouvrage (([Sur le devoir de vigilance dans la réception des travaux voir en ce sens : « Réception des travaux : rappel de l'obligation de vigilance des maîtres d'ouvrage »](#))) : prononcer une réception avec réserves ne suffit pas, il convient d'en suivre attentivement les

conditions de la levée et ne pas adopter une attitude susceptible d'être comprise comme renonçant à ses réserves, notamment par le biais du paiement du solde du marché sans retenue.

Une clause « Molière » provoque l'illicéité et la suspension d'un marché de services

[CAA Paris 13 mars 2018 Préfet de région Ile-de-France, req. n° 17PA03641](#)

La jurisprudence administrative continue de donner des illustrations des clauses « *Molière* », depuis la décision du [Conseil d'Etat du 4 décembre 2017 Préfet c/ Région des Pays de la Loire](#) qui a énoncé les conditions encadrant leur recours. La cour administrative de Paris a eu l'occasion d'analyser la licéité d'une telle clause, insérée dans le règlement d'une consultation organisée en vue de la sélection de l'actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), dédiée à l'exploitation d'une usine d'épuration de l'agglomération parisienne.

La création de la SEMOP et l'attribution du marché d'exploitation de l'usine d'épuration a été décidée par le conseil d'administration du Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP). La société Véolia Eau – Compagnie générale des eaux est devenue

actionnaire opérateur de la société en vue de l'exploitation de l'usine d'épuration, au terme de la procédure de sélection telle que définie par les articles [L. 1541-1](#) et [L. 1541-2](#) du code général des collectivités territoriales (CGCT). Le marché de services a été signé entre le Syndicat et la SEMOP le 7 novembre 2017.

Ce marché a été déféré par le préfet de Paris devant le tribunal administratif de Paris en vue d'obtenir son annulation mais également sa suspension. La société Suez Services France, candidate évincée, a tenté d'intervenir à la procédure, mais celle-ci n'a pas été admise. Le tribunal a décidé de suspendre le marché à compter du 1er décembre 2017 « *si à cette date la signature n'avait pas été régularisée par la société d'économie mixte à opération unique* », mais il a estimé qu'aucun des autres vices invoqués par le préfet n'apparaissait de nature, en l'état de l'instruction, à faire naître un doute quant à la validité du contrat en litige.

C'est la décision à l'encontre de laquelle appel a été interjeté à la fois par le préfet et par la société Suez Services France.

1 Avant toute chose, la cour administrative d'appel de Paris déjuge le tribunal en estimant que l'intervention de la société Suez Services France devait être admise, sans qu'importe à cet égard que celle-ci dispose de voies de recours propres contre le marché en sa qualité de candidat évincé : cette qualité lui confère bien un intérêt à l'annulation et à la suspension du marché, de telle sorte qu'elle peut accompagner l'action du préfet.

Cette admission de l'intérêt à intervenir ouvre la voie d'une association des candidats évincés en qualité d'intervenants aux recours des tiers privilégiés que sont les élus locaux et le préfet, et d'alimenter ainsi une contestation du contrat sans être contraint par la limitation d'invoquer des moyens se rattachant uniquement à l'intérêt lésé invoqué.

Ce mécanisme ne devrait pas dévoyer les objectifs initiaux de l'arrêt « *Tarn-et-Garonne* », dans la mesure où l'initiative d'un tel recours appartient toujours aux seuls tiers privilégiés, de telle sorte que les candidats évincés ne viendront qu'abonder dans le sens d'un recours déjà introduit.

2 Dans un second temps, la cour administrative d'appel admet le moyen selon lequel l'article 8.5 du règlement de consultation, intitulé : « *Langue et rédaction de propositions et d'exécution des prestations* » et qui dispose que : « *La langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement* », créé un doute sérieux sur la validité du marché de services conclu entre la SEMOP et la SIAPP.

La cour administrative d'appel suspend l'exécution du contrat pour ce seul motif, après avoir souligné que le SIAPP dispose de moyens alternatifs pour assurer l'exécution du service en prolongeant la convention actuelle, et que donc la suspension du marché ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général.

La décision de la cour ne détaille pas les considérations qui l'ont conduite à estimer que la rédaction de cette clause est susceptible de constituer une atteinte disproportionnée aux libertés fondamentales énoncées par le traité. On peut raisonnablement penser que son caractère généraliste (l'exécution de l'entier marché en français) et l'absence d'objectif d'intérêt général défendu par cette clause ont conduit la juridiction à estimer qu'un doute sérieux existait sur la régularité de cette clause, et partant, sur la validité du contrat.

En effet, la décision du Conseil d'Etat du 4 décembre 2017 a permis de définir la grille d'analyse de la régularité de telles clauses imposant l'usage du français ou le recours à un interprète. Pour être licite, une telle clause doit poursuivre un objectif d'intérêt général, dans une mesure propre à

garantir la réalisation de cet objectif, et sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (([CE 4 décembre 2017 Préfet c. Région Pays de la Loire, req. n° 413336](#) : mentionné dans les tables du Rec. CE : « 6. *Considérant qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci présentent un lien suffisant avec l'objet du marché ; qu'une mesure nationale qui restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être admise **qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif** ; [...] »)).*

Les clauses « Molière » illicites auront ainsi pour effet d'imposer l'usage du français ou à défaut, la présence permanente d'un interprète, de manière indiscriminée à tous les exécutants d'un marché de travaux, sur un chantier. La circonstance que la personne publique poursuive expressément comme objectif de ne pas admettre les entreprises ayant recours au travail détaché, en créant des obstacles explicites et assumés à la candidature de prestataires étrangers ou dont les employés sont non-francophones, militera en faveur de la censure de telles clauses (([TA Lyon 13 décembre 2017 Préfet de la région Auvergne-Rhône-Alpes, req. n° 1704697](#))).

Au contraire, les clauses imposant le recours au français ou la présence ponctuelle d'un interprète en vue de la transmission d'informations spécifiques, relatives à la sécurité sur le chantier et aux droits des salariés par exemple, poursuivent un objectif d'intérêt général de manière suffisamment justifiée et proportionnée pour être licites (([CE 4 décembre 2017 Préfet c. Région Pays de la](#)

[Loire, req. n° 413336 : mentionné dans les tables du Rec. CE :](#)
« 10. *Considérant, cependant, qu'il ressort de l'interprétation donnée souverainement à ces stipulations contractuelles par le juge des référés et des pièces qui lui ont été soumises qu'une telle clause, dont la mise en œuvre par le maître d'ouvrage ne doit pas occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché, vise à garantir la réalisation d'un objectif d'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction en rendant effectif l'accès de personnels peu qualifiés à leurs droits sociaux essentiels ; que l'appréciation du niveau suffisant de maîtrise de la langue française se fait au cas par cas parmi les personnels employés sur le chantier et qu'un échange oral, avant l'exécution des travaux, avec un interprète qualifié, c'est-à-dire toute personne en mesure d'expliquer aux travailleurs concernés leurs droits sociaux essentiels, permet à l'entreprise de répondre à ses obligations ; que dans ces conditions, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits en jugeant qu'à supposer même que la clause litigieuse puisse être susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, elle poursuit un objectif d'intérêt général dont elle garantit la réalisation sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ; »)).*

Jusqu'à présent, ces clauses n'avaient été identifiées que dans le cadre de marchés de travaux : le BTP est, de fait, le deuxième secteur déclarant le plus de travailleurs détachés, ce qui peut être facteur de tension pour les travailleurs français, tandis que la nature de l'activité d'un chantier de travaux, qui exige de rigoureuses mesures de sécurité, rend plus probable le recours au clause « Molière » ((
[Ministère du travail & Commission nationale interministérielle de lutte contre le Travail illégal Bilan et mesures du Plan national de Lutte contre le Travail illégal, 12 février 2018 :](#)
« Le BTP occupe la seconde place, avec 122 420 salariés

détachés (24 % du total). »)). Ici, il s'agit d'un marché ayant pour objet l'exploitation d'une usine d'épuration. Néanmoins, on retrouve ici un secteur d'intervention technique.

La décision de la cour n'évoque pas non plus dans quelle mesure l'irrégularité de cette clause est de nature à questionner la validité de l'entier marché, même si sa décision l'implique nécessairement.

Enfin, on peut souligner que l'arrêt ne retient que la disposition du règlement de la consultation et non pas celles, incluses dans le CCAP du marché, relatives à l'emploi de la langue française.

La décision à rendre sur le fond permettra probablement d'éclairer ces questions.

Modalités de calcul de l'indemnité due au cocontractant à la suite de la résiliation unilatérale d'un marché pour motif d'intérêt général

[CE 26 mars 2018 Société Balineau, req. n° 401060](#)

La société Balineau, en qualité de membre d'un groupement conjoint, a conclu un marché de travaux le 20 février 2012 avec le port autonome de la Nouvelle-Calédonie (PANC). Ce

marché a toutefois été résilié pour motif d'intérêt général par un ordre de service du 8 novembre 2012.

Dans le cadre de la conclusion d'un nouveau marché avec le PNAC, la société Balineau s'est vue confier des prestations sensiblement identiques à celles attribuées lors du précédent marché. Ce marché a néanmoins à nouveau fait l'objet d'une résiliation prononcée cette fois par la cour administrative d'appel de Paris par un arrêt du 25 mars 2016.

Par une instance engagée devant le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, la société Balineau contestait la validité de la résiliation et sollicitait la reprise des relations contractuelles ((Pour mémoire, ce recours de plein contentieux a été consacré par l'arrêt CE Section 21 mars 2011 *Commune de Béziers*, req. n° 304806)). A titre subsidiaire, elle demandait l'indemnisation de ses préjudices découlant de la résiliation du premier marché conclu. Ces demandes ont été rejetées par le tribunal, puis par la cour administrative d'appel.

La société a par conséquent formé un pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel en tant seulement qu'il statuait sur le préjudice subi du fait de la résiliation à l'exception, d'une part de la part liée aux frais de personnel, matériel et consommables supportés après la préparation du marché et avant la résiliation, d'autre part de celle liée à la conservation du matériel postérieurement à cette résiliation.

C'est dans ce contexte que le Conseil d'Etat est venu préciser l'office du juge administratif saisi d'une demande d'indemnisation à la suite d'une résiliation pour motif d'intérêt général. Ainsi, il appartient à ce dernier « *pour apprécier l'existence d'un préjudice et en évaluer le montant, de tenir compte du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation (...) d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié* ».

Le Conseil ajoute également que lorsqu'il apparaît, à la date à laquelle le juge statue, que « *le titulaire du marché résilié est susceptible d'être chargé, dans un délai raisonnable, de tout ou partie de ces prestations à l'occasion d'un nouveau marché, il appartient au juge de surseoir à statuer sur l'existence et l'évaluation du préjudice né de la résiliation* ».

Les pouvoirs du juge du plein contentieux lui permettent donc, d'une part de tenir compte de la conclusion éventuelle d'un nouveau marché par le maître d'ouvrage dans le cadre duquel le requérant se serait vu confier des prestations, d'autre part, dans l'hypothèse où une procédure de passation à laquelle le requérant aurait candidaté serait en cours, de surseoir à statuer jusqu'à l'attribution du marché.

C'est donc à bon droit que la cour administrative d'appel a considéré qu'elle pouvait tenir compte du bénéfice susceptible d'être réalisé par la société Balineau dans le cadre du second marché pour évaluer son préjudice.

La difficulté provenait toutefois du fait que ce marché avait à nouveau été résilié avant la réalisation de ses prestations par la requérante. Or, sur ce point, le raisonnement de la cour est censuré dans la mesure où celle-ci a considéré que le préjudice dont la société se prévalait n'était qu'éventuel dès lors qu'il n'était pas établi que le PANC aurait définitivement décidé de renoncer à passer un troisième marché auquel elle aurait été en mesure de candidater.

En effet, aucune procédure n'ayant été engagée par le maître d'ouvrage à la date à laquelle la cour se prononçait, celle-ci devait s'en tenir aux circonstances existantes, à savoir l'absence d'attribution de prestations à la société Balineau du fait des deux résiliations successives.

Le Conseil d'Etat considère par ailleurs que la cour a commis une seconde erreur de droit en refusant d'indemniser une

partie des préjudices liés à la préparation du chantier au motif que ceux-ci étaient inclus dans le prix des travaux figurant au sein du bordereaux de prix unitaires, alors qu'elle avait expressément relevé que le maître d'ouvrage n'avait pas réglé les prix correspondants.

L'arrêt de la cour est censuré pour ce motif également.

Cette décision, qui limite le droit à indemnisation du cocontractant dont les pertes liées à la résiliation sont susceptibles d'être compensées par l'attribution ultérieure de prestations dans le cadre d'un nouveau marché, témoigne de la volonté du juge administratif de maintenir une stricte application du principe de réparation intégrale. Il faut toutefois noter que la règle énoncée dans cet arrêt n'a pas vocation à s'appliquer en présence d'une clause indemnitaire contractuelle, bien que le juge puisse s'en inspirer en faisant usage du pouvoir de modulation de l'indemnité dont il dispose ((CAA Nancy 7 juillet 2016 *société Grenke Location*, req. n° 15NC02137)).

La régularisation d'une offre n'est qu'une faculté, pas une obligation

[CE 21 mars 2018 Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 415929](#)

Le département des Bouches-du-Rhône a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché portant

sur l'exécution de travaux d'entretien, de rénovation, de réparation et d'amélioration des bâtiments de son patrimoine immobilier. L'offre de la société coopérative de peinture et d'aménagement (SCPA), déposée pour le lot n° 4 « sols souples », a été rejetée comme irrégulière.

À la demande de cette dernière, par une ordonnance du 8 novembre 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Marseille a annulé la procédure de passation du lot n° 4 au stade de l'analyse des offres, au motif que le département était tenu d'inviter la requérante à régulariser son offre.

C'est contre cette ordonnance que le département se pourvoit en cassation.

1 Le Conseil d'Etat énonce d'abord les nouvelles dispositions de l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatifs aux marchés publics, qui définissent notamment les offres irrégulières de la manière suivante :

« I. – L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées.

Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

(...)

II – Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

(...)

IV – La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des

offres ».

Autrement dit, est irrégulière une offre qui ne répond pas aux exigences formulées dans le DCE ((C'est notamment le cas lorsque l'offre est incomplète mais cela recouvre davantage d'hypothèses (signatures manquantes, erreurs et caractères incomplets des bordereaux de prix, etc.))).

Le décret n° 2016-360 prévoit désormais un cadre précis permettant aux pouvoirs adjudicateurs d'inviter les candidats à régulariser leur offre. Concernant la procédure d'appel d'offres, il s'agit d'une véritable innovation dans la mesure où, sous l'empire des dispositions du code des marchés publics, le Conseil d'Etat n'admettait pas une telle régularisation, limitant la modification de l'offre à la rectification des erreurs purement matérielles, à l'exclusion de toute modification de sa teneur ((CE 21 septembre 2011 Département des Hauts-de-Seine, req. n° 349149 : BJCP 2011/79, p. 442, concl. Boulouis – CE 16 janvier 2012 Département de l'Essonne, req. n° 353629.)), en interdisant formellement au pouvoir adjudicateur de modifier ou rectifier lui-même une offre irrégulière ((CE 25 mars 2013 Département de l'Hérault, req. n° 364824.)).

Désormais, le pouvoir adjudicateur dispose de la faculté de solliciter des candidats qui auraient déposé une offre irrégulière de procéder à sa régularisation. Il s'agit bien d'une simple faculté, et non pas d'une obligation, ce que confirme le Conseil d'Etat en l'espèce :

« si, dans les procédures d'appel d'offres, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière à la régulariser, dès lors qu'elle n'est pas anormalement basse et que la régularisation n'a pas pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles, il ne s'agit toutefois que d'une faculté, non d'une obligation ».

La Haute Juridiction annule en conséquence l'ordonnance du 8

novembre 2017, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Marseille ayant commis une erreur de droit en jugeant que le département ne pouvait pas éliminer l'offre de la société SCPA « sans [l']inviter (...) au préalable à la régulariser ».

2 Jugeant au fond, le Conseil d'Etat examine les éléments qui étaient exigés par le règlement de la consultation (RC) et vérifie que l'offre de la société SCPA revêtait bien les caractéristiques d'une offre irrégulière, telles que définies ci-dessus.

En l'espèce, et alors même que le RC était clair sur ce point ((« 6. *Considérant qu'aux termes de l'article 6.2 du règlement de la consultation : « (...) En application de l'article 62 II du décret relatif aux marchés publics, les critères de jugement des offres sont les suivants : (...) 2 – Le nombre des personnels qualifiés spécifiquement affectés au marché, jugé au regard des éléments remis dans le mémoire technique. Il est rappelé que le candidat devra apporter tout élément justificatif permettant de s'assurer qu'il disposera des personnels nécessaires à l'exécution du marché (promesse d'embauche, sous-traitance, interim ...). L'absence de ces justifications pourra entraîner la non-conformité de l'offre. Ce critère sera noté de 0 à 5 puis rétabli en base 100 puis pondéré (10 %). L'attention du candidat est attirée sur le fait qu'il devra préciser dans son mémoire les profils des exécutants qu'il envisage d'affecter à l'exécution du marché. A cet effet, il devra préciser pour chaque profil ses qualifications et ses références (...) » »)), la requérante s'est abstenue de joindre à l'appui de son offre les éléments permettant de justifier qu'elle disposait bien des différents personnels qualifiés affectés à l'exécution du marché. L'offre de la société SCPA était donc non-conforme au regard du RC et, le département n'étant pas dans l'obligation de l'inviter à régulariser son offre, la société SCPA ne pouvait utilement soutenir qu'« une régularisation n'aurait pas modifié des*

caractéristiques substantielles de son offre ».

Les pouvoirs adjudicateurs ne sont donc pas tenus d'inviter un soumissionnaire à régulariser une offre qui ne respecte pas les exigences exprimées par les documents de la consultation.

La seule exception que nous voyons à ce principe concerne l'hypothèse dans laquelle une autre offre irrégulière remise dans le cadre de la même procédure se serait vue offrir une telle possibilité de régularisation : en effet, la régularisation doit être ouverte à tous les soumissionnaires ayant remis une offre irrégulière (sauf si elle entraîne une modification des caractéristiques substantielles de l'une de ces offres).