

# **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 indemnissables, 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).

---

**Loyauté des relations contractuelles : le défaut d'habilitation du président d'une association pour signer une convention constitue un vice d'une particulière gravité permettant d'écarter l'application du contrat**



En janvier 1986, la commune de Jonzac a conclu avec une association une convention de gestion d'un aérodrome local, reconduite tacitement d'année en année. En 2012, des travaux de mise aux normes ont dû être réalisés, dont la commune a entendu partager le financement avec l'association. Le président de l'association de l'époque a formalisé cet engagement en signant une convention de financement le 4 février 2013, établissant le montant de la participation financière à la charge de l'association à 114 488 euros.

Le 6 février 2013 un titre exécutoire de ce montant a été émis par la commune à l'encontre de l'association. L'association a contesté ce titre exécutoire devant le tribunal administratif de Poitiers, qui a déchargé l'association de l'obligation de payer ce titre exécutoire par un jugement du 12 novembre 2015, à l'encontre duquel la commune de Jonzac a fait appel.

Cet arrêt est l'occasion pour la cour administrative d'appel de Bordeaux de faire application à la convention de financement sur le fondement de laquelle a été émis le titre exécutoire du principe posé par la jurisprudence commune de Béziers I ((CE 28 décembre 2009 Béziers I, req. n° 304802)) selon lequel : *«lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel. »*.

En effet, l'association s'est prévalu de ce principe pour faire échec à l'application de la convention de financement signée par son président, en invoquant un vice d'une particulière gravité relatif aux conditions dans lesquelles

son président a donné son consentement à la signature de cette convention, alors même qu'aux termes des statuts de l'association, seul le conseil d'administration était compétent pour engager l'association sur une dépense aussi importante. On relèvera que l'association a parallèlement porté plainte contre son président de l'époque pour abus de confiance et que celui-ci a été démis de ses fonctions pour être remplacé.

Dans ces circonstances, la cour administrative d'appel de Bordeaux a considéré que **le défaut d'habilitation du président de l'association pour signer cette convention «constitue un vice d'une particulière gravité entachant d'illégalité la passation du contrat et excluant par conséquent le règlement du litige sur le terrain contractuel**, sans que la commune soit fondée à invoquer une violation du principe de loyauté des relations contractuelles.». Le président de cette association ne pouvait valablement signer cette convention sans y avoir été habilité par le conseil d'administration de l'association.

Le principe de loyauté des relations contractuelles ne va pas jusqu'à permettre au signataire incompétent d'engager la personne qu'il prétend à tort représenter ((CAA Bordeaux 26 octobre 2010 Groupama centre atlantique assurance, req. n° 09BX00397)). Attention cependant, toute signature par un représentant non habilité n'entache pas nécessairement le contrat de nullité : tout dépendra de l'attitude ultérieure de la personne représentée, par exemple si elle a exécuté le contrat et si l'organe qui aurait dû autoriser cette signature la régularise implicitement en délibérant sur le contrat après sa conclusion ((Pour une illustration contraire voir en ce sens : « *Loyauté des relations contractuelles : le défaut d'habilitation du signataire du marché n'entraîne pas automatiquement la nullité du contrat* ».)).

Mais tel n'était pas le cas en l'espèce, le président de l'association ayant manifestement outrepassé ses pouvoirs, ce que l'association a immédiatement contesté, poursuivant

également son ancien président en justice.

Il est intéressant de noter que la commune a tenté de reprocher au nouveau président de l'association un défaut d'habilitation pour représenter l'association en justice, au motif qu'il aurait dû être autorisé à ce faire par le conseil d'administration. Après avoir rappelé les règles relatives à la représentation en justice des personnes morales, la cour écarte ce moyen comme manquant en fait, la compétence du président de l'association pour la représenter en justice étant établie par les statuts de l'association et confirmée par le conseil d'administration.

La cour rejette la demande de la commune, en considérant que l'association est fondée à soutenir que la créance visée par le titre exécutoire n'est ni certaine, ni liquide ni exigible puisqu'elle ne repose sur aucun engagement contractuel valable.

---

**La nature réglementaire des clauses tarifaires ne leur retire pas leur caractère d'élément essentiel d'une DSP, dont la modification substantielle est prohibée**

[CE 9 mars 2018 Compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, req. n° 409972 : publié au Rec. CE](#)

Le 6 octobre 2009, le syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel a concédé à la société Véolia Transport, aux droits de laquelle est venue la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, la construction et l'exploitation des ouvrages et services d'accueil du Mont-Saint-Michel.

Par délibération du 3 avril 2013, le syndicat mixte a autorisé la signature d'un avenant n° 5 modifiant le point d'embarquement et le service des navettes hippomobiles, mais surtout modifiant les tarifs applicables aux usagers des installations d'accueil et de transport du site, lesquels ont accusé des augmentations comprises entre 31 et 48 % par rapport aux tarifs initiaux.

La société Sodetour et la commune de Mont-Saint-Michel ont contesté par la voie de l'excès de pouvoir cette délibération et la décision de signer l'avenant n° 5, faute d'avoir la qualité de candidat évincé de l'attribution du contrat, la seule permettant, avant l'arrêt « Tarn-et-Garonne » du 4 avril 2014 (( CE 4 avril 2014 Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 : BJCP 2014/94, p. 204.)), d'introduire un recours direct à l'encontre du contrat (( CE Ass. 16 juillet 2007 Société Tropic travaux signalisation, req. n° 291545 : Rec. CE p. 360, concl. Casas)). Ces deux requérants ont également sollicité l'annulation des clauses réglementaires constituées par ces nouveaux tarifs modifiés ((Classiquement, les clauses tarifaires constituent des clauses réglementaires : CE 9 février 2018 Communauté d'agglomération Val d'Europe, req. n° 404982 : publié au Rec. CE : « 3. Considérant, d'une part, que revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public ; que, s'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé

».)).

Ces deux actes détachables du contrat et ces clauses réglementaires ont été annulés par le tribunal administratif de Caen le 17 novembre 2015, jugement confirmé par un arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 22 février 2017. L'annulation des clauses réglementaires fixant ces nouveaux tarifs a été assortie d'une prise d'effet différé au 1er janvier 2016. La compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel s'est pourvue en cassation contre cet arrêt.

**1** Le premier apport de cet arrêt est que le Conseil d'Etat précise explicitement **qu'alors même que les clauses tarifaires d'un contrat de délégation de service public revêtent un caractère réglementaire, elles sont au nombre des éléments essentiels qui concourent à l'équilibre économique du contrat dont la modification doit satisfaire les exigences posées par les principes de la commande publique.**

L'un des arguments soutenu par le Syndicat était en effet que les tarifs constituant des éléments réglementaires, leur évolution ne devait pas être encadrée à l'instar de celle des contrats relevant de la commande publique. Le Conseil d'Etat confirme l'approche du tribunal comme de la cour : la régularité de la modification des tarifs de ce service public supposait bien d'apprécier la régularité des modifications apportées à un contrat relevant de la commande publique, sans que leur caractère réglementaire ne puisse y faire obstacle.

S'exprime ici toute la double nature de ces clauses réglementaires, qui à la fois intéressent l'organisation générale du service et s'appliquent à tous et à la fois sont déterminées contractuellement et pèsent considérablement sur les conditions de la mise en concurrence des opérateurs.

**2** Ce premier point acté, le Conseil d'Etat s'attache à analyser si les modifications ainsi apportées aux tarifs étaient compatibles avec les principes de la commande publique.

Pour être tout à fait précis, rappelons que les contrats relevant de la commande publique ne peuvent évoluer qu'à la condition que la mise en concurrence initiale ne soit pas affectée par ces évolutions. A défaut, la modification du contrat est considérée comme constituant un nouveau contrat, dont la passation aurait dû être précédée d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence.

Pour assurer la mise en œuvre de ce principe, le Conseil d'Etat a depuis longtemps défini les critères permettant d'apprécier de la régularité de modifications apportées à une délégation de service public, en énonçant que « un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire » ((CE sect. fin. 8 juin 2000 ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, avis n° 364803 – CE sect. TP 19 avril 2005 ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer, avis n° 371234 : « *b) Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire. (cf Avis Section des finances du Conseil d'Etat n° 364 803 du 8 juin 2000).* »)).

Depuis la réforme de la commande publique, ce sont désormais les textes applicables aux concessions (et donc aux délégations de service public) qui énoncent, de manière considérablement plus détaillée, les conditions dans lesquelles la régularité des modifications apportées à un contrat de concession doit être appréciée.

L'article 55 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession renvoie au décret le soin de fixer « *les conditions dans lesquelles un contrat de concession peut être modifié en cours d'exécution sans nouvelle procédure de mise en concurrence* » ((Article 55 ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats

de concession)).

C'est l'article 36 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession ((Article 36 décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession)) qui liste de manière exhaustive les hypothèses dans lesquelles les modifications apportées à un contrat de concession n'impliqueront pas une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence. C'est le cas si les modifications étaient prévues par des clauses d'option ou de réexamen du contrat, si les modifications visent à intégrer des prestations qui sont devenues nécessaires et qu'il est impossible de confier à quelqu'un d'autre que le titulaire du contrat, si ces prestations sont devenues nécessaires en raison de circonstances qu'une autorité concédante diligente ne pouvait pas prévoir. C'est encore le cas des cessions de contrat intervenant dans le cadre d'opérations de restructuration de groupe ou en application de clauses d'options. Enfin, le texte autorise mécaniquement les modifications qui n'excèdent pas 10 % du montant de la concession initiale et qui restent inférieures aux seuils de mise en concurrence, mais aussi **toute modification qui n'est pas substantielle**, quel que soit son montant.

La notion de modification non substantielle est définie par le texte a contrario, puisque l'article 36 du décret définit ensuite ce qu'est une modification substantielle :

- une modification est considérée comme substantielle **lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession** ;
- une modification est substantielle lorsqu'elle introduit **des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres** que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
- une modification est substantielle lorsqu'elle **modifie**

**l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire** d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;

– une modification est substantielle **lorsqu'elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession** ;

– une modification est substantielle lorsqu'elle a pour effet de **remplacer le concessionnaire** auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des cas où cela est autorisé.

L'article 78 (( Article 78 §3 ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession)) de l'ordonnance n° 2016-65 rend son article 55 ((Article 55 ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession)) immédiatement applicable aux contrats en cours au moment de leur entrée en vigueur, le 1er avril 2016 ((CLAMOUR Guylain, « Fasc. 1049 – actualité : le nouveau droit des concessions », JurisClasseur Europe Traité, 1er mars 2016, mis à jour le 2 janvier 2018 : « Si le nouveau droit des concessions entre en vigueur au plus tard le 1er avril 2016 et "s'applique aux contrats de concession pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de concession est envoyé à la publication à compter de sa date d'entrée en vigueur" (Ord. n° 2016-65, art. 78), il n'en demeure pas moins que certaines de ses dispositions sont d'application immédiate aux conventions en cours d'exécution. Il en va expressément ainsi s'agissant des règles relatives aux modifications contractuelles. »)).

Toutefois, cette application immédiate ne vaut que pour les modifications intervenues après l'entrée en vigueur de ces textes, soit après le 1er avril 2016 : en l'espèce, la modification du contrat date du 3 avril 2013, de telle sorte que les articles 55 de l'ordonnance et 36 du décret ne peuvent pas lui être appliqués.

Plutôt que de reprendre le considérant de principe depuis



longtemps dégagé à propos de la régularité des modifications apportées à une délégation de service public ((CE sect. fin. 8 juin 2000 ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, avis n° 364803 – CE sect. TP 19 avril 2005 ministre de l'équipement, des transports, de l'aménagement du territoire, du tourisme et de la mer, avis n° 371234 : « *b) Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire.(cf Avis Section des finances du Conseil d'Etat n° 364 803 du 8 juin 2000).* »)), le Conseil d'Etat a choisi de moderniser son écriture pour y préciser notamment ce que constitue une modification substantielle, offrant ainsi une synthèse bienvenue entre les critères jurisprudentiels et ceux aujourd'hui énoncés par les textes :

**« les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire ; qu'ils ne peuvent notamment ni modifier l'objet de la délégation ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs ».**

On retrouve ici l'un des critères d'identification d'une modification substantielle posé par le texte de l'article 36 du décret : **c'est celle qui, si elle avait été introduite dans le cadre de la mise en concurrence initiale, aurait pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire.** Cette synthèse permet d'aligner les grilles de lecture de la régularité des modifications des contrats, qu'elles aient été adoptées avant ou après l'entrée en vigueur de la réforme de la commande

publique.

3 Pour terminer, la Haute Juridiction applique ce considérant de principe au cas d'espèce qui lui est soumis.

Le Conseil d'Etat relève que les tarifs ont accusé des augmentations notables, comprises entre 31 et 48 %, se traduisant par une augmentation de plus d'un tiers des recettes, ce qui allait (très) au-delà de la compensation des augmentations de charges liées aux modifications des obligations du délégataire convenues par ailleurs : il considère ainsi la modification comme substantielle.

Le Conseil d'Etat termine en rappelant que le cadre contentieux applicable aux clauses réglementaires est celui de l'excès de pouvoir : ainsi, le juge de l'annulation, s'il peut la prononcer avec effet différé pour tenir compte de considérations d'intérêt général ((CE 11 mai 2004 association AC !, req. n° 255886 : publié au Rec. CE.)), n'a cependant pas à tenir compte des incidences excessives d'une telle annulation sur l'intérêt général, contrairement à l'office du juge du recours en contestation de la validité du contrat ((CE 4 avril 2014 Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 : BJCP 2014/94, p. 204.)).

---

**Appréciation de l'intérêt à agir et de la recevabilité des moyens invoqués dans le**

# cadre d'un recours en contestation de validité d'une convention d'occupation du domaine public

[CAA Paris 11 octobre 2017 Mme D., req. n° 16PA02885](#)

Par son arrêt *Département de Tarn-et-Garonne*, le Conseil d'Etat a ouvert à tout tiers à un contrat administratif un recours contestant la validité de ce contrat, le tiers devant toutefois et en principe d'abord démontrer être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la passation ou les clauses du contrat puis invoquer des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé en cause ou suffisamment graves (( CE Ass. 4 avril 2014 *Département de Tarn-et-Garonne*, req. n° [358994](#) : Rec. CE p. 70, concl. Dacosta.)).

L'arrêt rendu le 11 octobre 2017 par la cour administrative d'appel de Paris fournit une intéressante illustration de cette double exigence.

## 1 Le contexte

**1.1** Par acte du 30 juin 2009, la société « Immobilière Daru-Saint-Honoré » (IDSH) a vendu à l'établissement public de la Cité de la Musique, qui en était locataire depuis 2004, un immeuble rue du Faubourg-Saint-Honoré à Paris comprenant une salle de spectacle dénommée « salle Pleyel ».

Parallèlement, Mme D., qui détient 0,03% de la société IDSH, a engagé le 11 juin 2009, devant le Tribunal de commerce de Paris, une action, toujours pendante, en abus de majorité tendant à l'annulation des délibérations du 18 mai 2009 par lesquelles l'assemblée générale de la société IDSH avait décidé cette cession.

Elle n'a en revanche pas directement contesté le contrat de vente de l'immeuble.

**1.2** L'établissement public de la Cité de la Musique a ensuite lancé une procédure de mise en concurrence en vue de la passation d'une convention d'occupation du domaine public ayant pour objet de concéder le droit d'occuper, à titre précaire et révocable, une emprise de son domaine public en vue d'exploiter et de valoriser la salle Pleyel.

A la suite de cette procédure, une convention d'occupation du domaine public a été conclue avec la société Fimalac le 28 janvier 2015.

**1.3** Mme D. a alors saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande tendant à l'annulation de la convention d'occupation conclue le 28 janvier 2015.

Par un jugement du 11 juillet 2016, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande comme étant irrecevable en estimant que la requérante n'établissait pas être affectée de façon suffisamment directe et certaine dans ses intérêts notamment patrimoniaux, par la passation de la convention d'occupation de la salle Pleyel.

Mme D. a en conséquence fait appel mais la cour administrative d'appel de Paris confirme ce jugement.

## **2 Les règles applicables**

**2.1** La cour rappelle tout d'abord le principe admis par la jurisprudence Département de Tarn-et-Garonne en ce qui concerne la possibilité pour un tiers, autre que préfet ou membre de l'assemblée délibérante de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales passant un contrat administratif, de contester ce contrat à condition d'être susceptible d'être lésé dans ses intérêts :

*« Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des*

actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, **tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses** est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ».

Elle rappelle ensuite le principe, issu de la même décision, selon lequel le tiers (autre que préfet ou membre de l'assemblée délibérante) ne peut invoquer que des irrégularités en rapport avec l'intérêt lésé :

« que si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, **les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office** ».

Elle complète enfin ce rappel par celui d'une autre décision du Conseil d'Etat (( CE Sect. 5 février 2016 *Syndicat mixte des transports en commun Hérault Transport c/ Société « Voyages Guirette* », req. n° [383149](#) : Rec. CE ; BJCP 2016/106, p. 218, concl. Henrard, obs. R.S.)) ayant précisé quels sont les vices que peut invoquer le tiers lorsque celui-ci se prévaut de la qualité de concurrent évincé de l'attribution du contrat :

« le tiers agissant en qualité de concurrent évincé de la conclusion d'un contrat administratif ne peut ainsi, à l'appui d'un recours contestant la validité de ce contrat, utilement invoquer, outre les vices d'ordre public, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction ».

**2.2** Ainsi, hormis le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales qui bénéficient d'un régime particulier, il convient de distinguer deux catégories de tiers :

– Les « autres tiers » qui doivent invoquer des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé (ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office), et

– Parmi ces autres tiers, ceux qui agissent en qualité de « concurrent évincé » et dont on sait déjà, d'une part, que leur intérêt lésé est donc de ne pas s'être vu attribuer le contrat et, d'autre part, qu'ils ne peuvent invoquer que des moyens tirés des manquements aux règles applicables à la passation en rapport direct avec leur éviction (ou, là encore, ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office).

### **3 La décision de la cour administrative d'appel**

Au cas d'espèce, la cour va analyser si la requérante disposait ou non d'un intérêt à agir lui permettant de contester utilement l'attribution de la convention d'occupation sur le fondement d'un recours de plein contentieux « *Tarn-et-Garonne* » et, dans l'affirmative, si les arguments qu'elle invoque sont alors en rapport direct avec l'intérêt lésé admis.

**3.1** S'agissant tout d'abord de l'existence d'un intérêt de Mme D. susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et

certaine par la passation ou les clauses du contrat d'occupation du domaine public conclu entre l'établissement public de la Cité de la Musique et la société Fimalac, la cour va juger que :

- ▶ Ses intérêts patrimoniaux ne sont pas lésés :
  - o Mme D. n'est pas personnellement propriétaire de la salle Pleyel,
  - o Elle n'a pas contesté la vente de l'immeuble par la société IDSH à l'établissement public de la Cité de la Musique,
  - o Sa qualité d'actionnaire minoritaire et le fait qu'elle ait engagé une action devant le tribunal de commerce sont sans effet sur la validité de cette vente à un tiers de bonne foi.
  
- ▶ Elle ne peut pas se prévaloir non plus d'une perte de valeur de la salle Pleyel dont elle n'est pas propriétaire.
  
- ▶ Elle ne peut pas davantage se prévaloir d'une perte de valeur de ses parts dans la société IDSH qui a vendu l'immeuble, dans la mesure où la perte de valeur invoquée ne résulte pas de la convention d'occupation attaquée mais « seulement de la vente intervenue auparavant et devenue irrévocable ».
  
- ▶ Enfin, « *ni son investissement personnel ni sa qualité de chef d'orchestre ne permettent de la regarder comme un concurrent évincé en raison de la nouvelle programmation prévue par le cahier des charges de la convention qui exclut tout concert ou spectacle de musique classique* ».

En revanche, la cour semble admettre qu'elle puisse se prévaloir de « *sa qualité « d'usager du service public de la culture* » ».

Mais ce n'est que la première étape.

3.2 S'agissant en effet ensuite de l'invocation de vices en rapport avec cet intérêt lésé ou suffisamment graves, la cour juge que cette seconde condition n'est en revanche pas remplie en considérant que si Mme D. :

*« se prévaut aussi de sa qualité « d'usager du service public de la culture », les vices qu'elle invoque en soutenant que la convention constituerait en réalité une délégation de service public, que les avis de marché n'auraient pas été complets et que la Cité de la Musique ne lui aurait communiqué que tardivement et de manière incomplète la convention, sont en tout état de cause sans rapport avec l'intérêt dont elle fait ainsi état et ne sont pas d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office ».*

En conséquence, la cour estime que la requérante n'est pas fondée à demander l'annulation du jugement et donc de la procédure de passation de la convention d'occupation du domaine public. Sa demande est dès lors rejetée.

---

**Le Conseil d'Etat confirme sa jurisprudence « Maternité Régionale Pinard » de 1984 en affirmant que le versement d'une somme en exécution d'un jugement ne peut constituer**



# **un préjudice réparable sous forme d'intérêts moratoires en cas de décharge par l'exercice des voies de recours de l'obligation de payer cette somme**

[CE 2 juin 2017 Communauté de communes Auray Quiberon Terre Atlantique, req. n° 397571, publié au Rec. CE](#) En 1998, la société Proclair s'est vue confier par le syndicat intercommunal de valorisation des ordures ménagères (SIVOM) d'Auray-Belz-Quiberon un marché de travaux portant sur la conception et la construction du dispositif de traitement des fumées de l'usine d'incinération des ordures ménagères de Plouharnel. Par un jugement du 11 juin 2015, le tribunal administratif (TA) de Rennes a condamné la société Proclair, devenue Solios Environnement à réparer le préjudice subi par le SIVOM d'Auray-Belz-Quiberon, devenu communauté de communes Auray Quiberon Terre Atlantique du fait de fautes commises dans l'exécution du marché de travaux précité. Par un arrêt du 16 février 2016, la Cour administrative d'appel (CAA) de Nantes a prononcé le sursis à exécution du jugement du TA sur le fondement de l'article R. 811-17 du code de justice administrative (CJA), pour la majeure partie de la somme au paiement de laquelle elle avait été infligée, jusqu'à ce qu'il soit statué sur la requête d'appel. Par la décision commentée, le Conseil d'Etat (CE), saisi par un pourvoi de la communauté de communes :

- ▶ annule la décision de la CAA sur le fondement d'une erreur de droit : les juges d'appel se sont fondés uniquement sur le montant de la condamnation prononcée

alors qu'ils auraient dû tenir compte de la situation particulière de la société Fives Solios, pour déterminer si l'exécution du jugement risquait d'entraîner pour elle des conséquences difficilement réparables, condition du sursis au titre de l'article R. 811-17 du CJA ; ► règle l'affaire au titre de la procédure de sursis à exécution en application de l'article L. 821-2 du CJA : le CE ne fait pas droit à la demande de sursis de Fives Solios au motif que l'exécution du jugement, au regard du chiffre d'affaires et du résultat net de la société, ne risque pas d'entraîner pour elle des conséquences difficilement réparables, et ce, même en tenant compte de ce que la société serait dans l'impossibilité de prétendre à des intérêts sur la somme qu'elle a été condamnée à payer en exécution du jugement, dans le cas où ses conclusions tendant à être déchargée du paiement de cette somme seraient accueillies en appel, argument avancé par la société ; ► précise à cet égard, et c'est là l'intérêt de l'arrêt, que **le versement d'une somme en exécution d'un jugement, ne peut constituer un préjudice réparable sous forme d'intérêts moratoires en cas de décharge par l'exercice des voies de recours de l'obligation de payer cette somme.**

Cette précision, qui sort du cadre du sursis à exécution, confirme la position adoptée par le CE dans une [décision du 4 mai 1984](#) (( [Maternité régionale Pinard, req. n° 26283, publié au Rec. CE.](#))). Dans cette décision, le CE avait jugé qu'un établissement public ayant versé, en exécution d'un jugement de TA, une indemnité à un bureau d'études puis obtenu en appel la décharge de cette somme, n'est pas fondé à demander au CE la condamnation du bureau d'études à réparer, sous la forme d'intérêts au taux légal, le préjudice subi par lui du fait du versement de la somme auquel il était tenu en raison du caractère exécutoire du jugement. La décision commentée concerne le droit à réparation d'une personne privée, à la charge du bénéficiaire d'une décision de justice la condamnant au paiement d'une somme d'argent, payée à raison du caractère exécutoire de la décision, et dont elle est déchargée par

l'exercice d'une voie de recours, mais la solution est identique à celle de l'arrêt de 1984 relatif au droit à réparation d'une personne publique. Elle confirme le revirement opéré par cet arrêt, par rapport à une jurisprudence établie depuis plus d'un siècle et demi selon laquelle une réparation devait être accordée à la partie condamnée puis déchargée suite à l'exercice d'une voie de recours sur le fondement tout d'abord variable du risque (( CE 8 mars 1895 « Syndicat de Senestisc/Laliman et consorts », publié au Rec. CE, p 229)), de la faute (( CE 20 juin 1890 « Bouloch », publié au Rec. CE, p 592)) ou encore du paiement de l'indû (( CE 3 février 1905 « Ville de Paris c/Michon », publié au Rec. CE, p 105, S. 1907.3.57, note R. de B )), puis sur le fondement unique de la contrainte exercée pour l'exécution du jugement (( CE, 7 juillet 1933 « Gouvernement général de l'Indochine et Protectorat du Tonkin c/ Gillard », publié au Rec. CE, p. 758 : selon cette jurisprudence, la partie qui exécute sous la contrainte un jugement a droit à réparation si elle l'emporte en appel ; elle n'y a pas droit si elle a exécuté spontanément le jugement )). Dans ses conclusions sous l'arrêt Maternité Pinard, le commissaire du gouvernement, Olivier Dutheillet de Lamothe, avait estimé qu'un tel droit à réparation ne pouvait être fondé :

► ni sur l'article 1153 du code civil relatif aux intérêts moratoires, qui ne s'applique qu'en cas de créance, que ne constitue pas une décision de justice annulant une condamnation au paiement d'une somme d'argent et qui ne peut exister, même à considérer une décision de décharge comme une créance, avant l'intervention d'une telle décision voire de la sommation de l'exécuter ; ► ni sur l'article 1378 du code civil relatif à la répétition de l'indû, qui suppose la mauvaise foi, qui ne peut être retenue à l'encontre de celui qui a reçu une indemnité en exécution d'un jugement exécutoire de plein droit, même frappé d'une voie de recours non suspensive ; ► ni sur le fondement d'une faute à exiger le paiement d'une indemnité allouée par un jugement frappé d'appel,

incompatible avec le caractère exécutoire de plein droit des décisions du CE (( article 48 de l'ordonnance du 31 juillet 1945)) et des jugements des TA (( décret du 30 septembre 1953)), contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation recadrée par l'intervention du législateur (( le législateur a précisé dans une loi du 3 juillet 1967 que l'exécution d'un pourvoi en cassation en matière civile ne peut donner lieu qu'à restitution et ne peut en aucun cas être imputée à faute.)), et contraire au bon sens, la jurisprudence de 1933 fondée sur la faute constituant une « prime au refus d'exécution des jugements des tribunaux administratifs » ; ► ni sur le fondement du risque, qui ne pourrait en tout état de cause qu'être celui inhérent au fonctionnement du service public de la justice, qui ne pourrait engager que la responsabilité de l'Etat tandis que le préjudice subi par le justiciable ne pourrait être qualifié d'anormal et spécial ; ► ni sur le fondement de l'enrichissement sans cause, l'enrichissement ayant bien une cause, le jugement de première instance.

Le commissaire avait conclu à l'utilisation plus systématique des procédures de sursis à exécution pour éviter le contentieux de la réparation, suite à la décharge par l'exercice d'une voie de recours d'une somme payée en exécution d'une décision de justice, sursis en l'espèce refusé à la société Fives Solios qui ne remplit pas selon le CE les conditions du sursis de l'article R. 811-17 du CJA.