

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

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

Dans le cadre d'un marché public de travaux conclu en 2001 pour la construction d'une usine de production d'eau potable, le syndicat pour l'étude et la réalisation des travaux d'amélioration de la desserte en eau potable du sud Deux-Sèvres (SERTAD) a confié à la société 2H Energy un lot de travaux, fourniture et installation d'un groupe électrogène de secours rattaché à l'usine réalisée. La maintenance du groupe électrogène a été par ailleurs confiée à cette société par un marché distinct.

Une visite périodique effectuée par la société le 30 mars 2010 a révélé un dysfonctionnement du régulateur de vitesse du

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

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

En principe, la présomption de responsabilité décennale ne s'étend qu'aux éléments indissociables d'un ouvrage ((Article 1792-2 code civil : « La présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de

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

Les constructeurs ne peuvent s'exonérer de cette responsabilité décennale qu'en prouvant la force majeure ou la faute du maître d'ouvrage ((CE ass. 2 février 1973 Sieur Trannoy, req. n° 82706 : publié au Rec. CE)), telle qu'un défaut d'entretien grave et prolongé par exemple ((CE 6 mars 2002 SIADO, req. n° 224523)).

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

Malgré le caractère dissociable de l'usine de traitement du groupe électrogène et l'absence de dommage causé à l'usine de traitement elle-même, qui a d'ailleurs continué à fonctionner,

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

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

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

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

La commune de Saint-Dié-des-Vosges a conclu en 2011 avec un groupement de sociétés, dont la société AEA Architectes était le mandataire, un marché de maîtrise d'œuvre relatif à la

restructuration d'un espace culturel comprenant une salle de spectacle. Les travaux de l'ouvrage ont été réceptionnés successivement sans réserve, entre novembre 2012 et mars 2013.

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

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

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

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

La circonstance que le maître d'ouvrage ait connaissance des désordres affectant l'ouvrage avant sa réception ne suffit pas à exonérer le maître d'œuvre de son obligation de conseil lors des opérations de réception de celui-ci. Cependant,

conformément à une jurisprudence classique ((CE 10 juillet 2013 Commune de Chamousset-en-Lyonnais, req. n° 359100 ; voir également CAA Nantes 6 juin 2014 centre communal d'action sociale (CCAS) de Tours, req. n° 12NT02075 ou encore CAA Marseille 3 octobre 2016 SMABTP, req. n° 14MA05228)), la responsabilité du maître d'œuvre peut être écartée si ses manquements à son devoir de conseil ne sont pas à l'origine des dommages dont se plaint le maître d'ouvrage, ce qui est notamment le cas lorsque le maître d'ouvrage a fait preuve d'une imprudence particulièrement grave en prononçant la réception de l'ouvrage malgré sa connaissance des désordres qui l'affectaient : c'est alors l'imprudence du maître d'ouvrage plutôt que le manquement par le maître d'œuvre à son devoir de conseil qui serait à l'origine du dommage.

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

Précisions sur les offres anormalement basses et les obligations déclaratives des

candidats en matière d'emploi des travailleurs handicapés

[CE 22 janvier 2018 Commune de Vitry-le-François, req. n° 414860](#)

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

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

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

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

1 Vérifications des interdictions de soumissionner et théorie des formalités impossibles

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

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

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

Toutefois, les dispositions du code du travail relatives à l'emploi des travailleurs handicapés ne sont pas applicables aux entreprises de moins de 20 salariés ((Article L. 5212-1 du code du travail : « *Les dispositions du présent chapitre s'appliquent à tout employeur, occupant au moins vingt*

salariés, y compris les établissements publics industriels et commerciaux. »)) : partant, faisant preuve d'un pragmatisme intelligent, le Conseil d'Etat constate que le certificat considéré, qui ne sanctionne que le respect de ces obligations par les entreprises qui s'y trouvent soumises, ne peut pas être exigé d'une entreprise qui emploie moins de 20 salariés.

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

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

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

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

mentionné aux tables du Rec. CE.)).

En l'espèce, le Conseil d'état estime la circonstance que le montant de l'offre de la société retenue par la commune corresponde au prix d'achat des matériels et ne lui permette pas de faire un bénéfice n'est pas suffisante pour que le prix proposé soit regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché.

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

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

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

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

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

La société Athéma était titulaire du lot n°5 « *Menuiseries extérieures* » d'un marché public de travaux conclu le 28 avril 2009 par le centre de gestion de la fonction publique territoriale de la Haute-Garonne. A ce titre, elle a passé plusieurs commandes à la société Industrias Durmi pour un montant total de 82 634 EUR. Pour assurer le règlement de cette somme, le 24 février 2010 ; la société Athéma a cédé à la société fournisseur une partie de sa créance détenue au titre du marché, à hauteur des sommes qu'elle lui devait, soit 82 634 EUR. La société Industrias Durmi a notifié cette cession de créance au comptable public du centre de gestion le 10 mai 2010.

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

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

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

Pour mémoire, le juge administratif est compétent pour connaître des cessions de créances administratives entre les parties privées d'un marché public : c'est la nature de la

créance qui détermine le juge compétent pour en connaître ((TC 18 octobre 1999 Société Cussenot matériaux, req. n° 3130 : publié au Rec. CE)).

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

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

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

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

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

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

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

Paris, req. n° [312354](#) : publié au Rec. CE (DSP Vélib'.)) ou encore un exemple de distinction entre un contrat emportant seulement occupation du domaine public et un contrat relevant de la commande publique en revenant, d'ailleurs, en partie sur le premier arrêt pour ne conserver que l'exonération de redevance comme élément d'onérosité ((CE 15 mai 2013 *Ville de Paris*, req. n° [364593](#) :publié au Rec. CE (colonnes Morris).)), le mobilier urbain du Vélib' parisien est l'occasion pour la Haute Juridiction d'illustrer les conditions de recours aux conventions de gestion provisoire d'un service public.

1 Rappels préalables : le régime des conventions provisoires récemment précisé

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

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

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

C'est ainsi le juge administratif qui, dans le prolongement de

solutions plus anciennes évoquant ou examinant de telles conventions ((CE 21 juin 2000 *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise*, req. n° [209319](#). – CAA Marseille 21 juin 2007 *Commune de Sanary-sur-Mer*, req. n° [05MA00197](#). – CAA Marseille 9 avril 2009 *Commune d'Orange*, req. n° [07MA02807](#).)), a reconnu, en 2016, que l'impératif constitutionnel de continuité du service public ((CE ass. 7 juillet 1950 *Dehaene*, req. n° 01645 : publié au Rec. CE – CC 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, « *Continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*»)) implique de reconnaître aux personnes publiques la possibilité de conclure des conventions de délégation de service public provisoires dans des situations d'urgence indépendantes de leur volonté :

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

Dans l'affaire de la CACEM ayant donné lieu à cet arrêt de principe, la collectivité avait soutenu qu'elle pouvait conclure de gré à gré une convention de gestion provisoire puisqu'elle rencontrait une situation d'urgence ne résultant pas de sa volonté, née de l'impossibilité d'organiser la prolongation du contrat précédent parce que le préfet avait

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

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

1.2 Les principes applicables aux conventions provisoires constituant des marchés publics

Pour être parfaitement complet sur ce rappel préalable, il faut préciser qu'au contraire, les textes relatifs aux marchés publics prévoient une hypothèse de passation de marché de gré à gré dans une situation d'urgence impérieuse, dont le juge fait application aux conventions provisoires ayant la nature

de marchés publics (c'est-à-dire ne transférant pas de risque d'exploitation).

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

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

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

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

Ce projet de convention de gestion provisoire faisait suite à l'annulation en avril 2017 par le juge du référé précontractuel, annulation confirmée par le Conseil d'Etat en

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

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

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

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

reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance »

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

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

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

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

son défaut de réactivité vont ainsi venir affaiblir son argumentaire invoquant une situation d'urgence.

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

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

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

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

Cette convention, conclue pour une durée initiale de 6 ans, a été prolongée par avenants successifs. Le dernier d'entre eux, en date du 29 décembre 2009, a prolongé ladite convention pour une durée de deux ans à compter du 1er janvier 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Mais le SMIDDEV a ensuite assuré l'exécution de l'avenant jusqu'à son terme et a délibéré chaque année sur le rapport annuel qui lui a été transmis par le délégataire : il doit donc être regardé comme ayant donné son accord à l'exécution de l'avenant en litige postérieurement à sa conclusion. Contrairement à la Cour de cassation ((La Cour de cassation a considéré que le défaut de transmission au préfet de la délibération autorisant la signature d'un contrat de droit

privé par une commune, entraîne l'annulation dudit contrat (Cass. 1ère civ, 31 janvier 2018, pourvoi n° 16-21.697)), le juge administratif continue d'estimer que le seul défaut de transmission d'une délibération au contrôle de légalité n'affecte pas le consentement de la commune si celui-ci peut être identifié dans l'exécution postérieure du contrat l'ayant conduite à délibérer à nouveau.

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

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

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

gestion, lesquelles aggravait donc le niveau des tarifs (CE 31 juillet 2009 Ville de Grenoble, req. n° 296964).)).

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

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

La nullité des contrats de droit privé conclus par les personnes publiques devant le juge judiciaire : une approche différente de Béziers I

[Cour de cassation 31 janvier 2018 société Le Médoc Gourmand, pourvoi n° 1621697](#)

En 1990, la commune de Castelnau-de-Médoc a donné à bail à la société Le Médoc Gourmand, fabricant de pâtisseries industrielles, une usine relais à construire. Cette usine a été réalisée en 1991 sous la maîtrise d'ouvrage de la commune. En 1993, la commune et la société ont transformé ce contrat de bail en un contrat de crédit-bail assorti d'une promesse unilatérale de vente, aux termes duquel la société Le Médoc Gourmand s'engageait à régler des loyers pendant 16 ans avant de disposer d'une option d'achat.

A son entrée dans les lieux, la société Le Médoc Gourmand a dénoncé un problème de condensation provoquant des moisissures sur les pâtisseries et sur les revêtements muraux de l'usine relais. Après avoir déclaré ce sinistre à son assurance et engagé la responsabilité de ses entrepreneurs travaux, la commune a obtenu une somme de 942 315,73 EUR en indemnisation des préjudices subis.

En 2000, la commune et la société Le Médoc Gourmand ont convenu d'une transaction visant à réparer les dommages subis par la société. La commune s'est ainsi engagée à verser l'indemnisation obtenue à la société qui s'engageait elle à assurer les travaux de mise aux normes de l'usine, tandis que la société s'est engagée soit à reprendre le versement des loyers du crédit-bail qu'elle avait interrompu soit à racheter l'usine. Toutefois, à défaut de versement des loyers dus pour les années 2000, 2001 et 2002, la commune a émis en 2002 à l'encontre de la société trois titres exécutoires portant sur ces montants

La société a saisi la juridiction judiciaire ((L. 311-12-1 code de l'organisation judiciaire, en vigueur en 2003. La compétence du juge judiciaire pour connaître d'un titre exécutoire est déterminée par la nature de la créance concernée par le titre (TC 8 novembre 1982 société établissements Gaismann frères et société Maine-Viande, req. n° 02217 : publié au Rec. CE). « *Relèvent ainsi de la compétence des juridictions judiciaires toutes les créances*

qui trouvent leur origine dans un rapport de droit privé. Tel est notamment le cas des créances se rapportant à la gestion du domaine privé communal ou intercommunal [...]. » QE n° 11307 de Jean-Louis MASSON, sénateur de la Moselle, publiée dans le JO Sénat du 17 avril 2014)) pour obtenir l'annulation de ces trois titres en invoquant deux moyens :

► d'abord, l'existence d'une faute délictuelle de la commune, moyen que la cour d'appel a écarté au motif que la transaction énonce une décharge de responsabilité de la commune à laquelle la société a consenti en acceptant d'être subrogée dans les droits de la commune pour l'exercice d'actions engageant la responsabilité décennale des constructeurs et d'assurer la réalisation des travaux de reprise ou de réparation nécessaires, de telle sorte qu'elle ne peut plus reprocher à la commune de n'avoir pas correctement mis en œuvre avec toute diligence les actions dont elle disposait sur ce fondement ou les réparations qui ne lui incombaient pas ;

► ensuite, la nullité de la transaction conclue en 2000 au motif que la délibération en autorisant la signature par le maire de la commune n'a pas été transmise au contrôle de légalité avant que la signature soit apposée, alors que cette transmission est obligatoire pour que la délibération devienne exécutoire. La cour d'appel a écarté ce moyen en reprochant à la société de n'avoir pas exercé un recours de ce chef devant le juge administratif, alors que l'appréciation de la régularité d'un tel acte ne relèverait pas de la compétence du juge judiciaire.

La cour de cassation écarte rapidement le premier moyen, en confirmant la lecture de la transaction qu'a effectuée la cour d'appel : la décharge de responsabilité actée par la transaction interdit d'identifier une faute délictuelle de la commune à ce titre.

La position adoptée par la cour d'appel sur la nullité de la transaction va cependant être censurée par la cour de

cassation, en deux temps.

1 La compétence du juge judiciaire pour se prononcer sur la régularité d'un acte administratif

Le juge judiciaire doit en principe surseoir à statuer et poser une question préjudicielle au juge administratif lorsqu'une contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif détermine l'issue du litige pour lequel il est compétent ((Article 49 code de procédure civile.)). Pour autant, l'exigence de bonne administration de la justice impose au juge judiciaire d'apprécier l'illégalité manifeste d'un acte administratif résultant d'une « *jurisprudence établie* » ((TC 17 octobre 2011 SCEA du Chéneau, n° C3828 : publié au Rec. CE : « *Considérant toutefois, d'une part, que ces principes doivent être conciliés tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions [...] qu'il suit de là que si, en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît manifestement, au vu d'une jurisprudence établie, que la contestation peut être accueillie par le juge saisi au principal* » La jurisprudence établie ne pourrait en principe émaner que du Conseil d'Etat (DREYFUS, Jean-David « L'application par le juge judiciaire de la « *jurisprudence établie* » du juge administratif », AJDA 2013 p. 1630).)).

En l'espèce, la cour de cassation estime que c'est à tort que la cour d'appel a refusé d'examiner la légalité de l'acte administratif en invoquant qu'aucune action n'avait été exercée à son encontre dans les délais impartis : elle considère en effet qu'aux termes d'une jurisprudence établie, le défaut de transmission au contrôle de légalité de la délibération autorisant le maire à signer la transaction prive

celle-ci de caractère exécutoire ((Articles L. 2131-1 et L. 2131-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT).)), ce qui a pour conséquence de rendre illégale la décision de signer la transaction, illégalité qu'il appartient au juge judiciaire de constater.

L'arrêt de la cour est ainsi cassé sur ce point.

2 Les incidences de l'illégalité de la décision de signer le contrat sur la validité du contrat

Si le constat de l'illégalité de la décision de signer un contrat à défaut d'habilitation du signataire par l'assemblée délibérante constitue indiscutablement un vice du consentement tant pour le juge judiciaire que pour le juge administratif, ils n'en tirent cependant pas les mêmes conséquences sur le contrat.

Cet arrêt est ainsi l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler, par un considérant de principe, les règles que le juge d'appel devra mettre en œuvre pour apprécier les incidences de ce vice sur le contrat, qui sont notablement différentes de celles que le juge administratif applique.

2.1 Pour la Cour de cassation, à défaut pour le maire de justifier d'une délibération exécutoire l'autorisant à signer un contrat de droit privé, le juge doit constater un défaut de consentement qui rend le contrat nul, étant précisé qu'il s'agit alors d'une cause de nullité absolue, les dispositions relatives à la compétence de l'autorité signataire d'un contrat conclu au nom d'une commune étant d'ordre public. Cette position de la Cour de cassation n'est pas nouvelle ((Cass civ 1ère 31 mars 2010, pourvoi n° 09-10936)).

En présence d'un tel moyen et lorsqu'il est saisi d'écritures en ce sens, le juge judiciaire doit donc prononcer l'annulation du contrat. Le juge pourra cependant ne pas prononcer cette nullité, à la double condition :

- ▶ que le contrat ait reçu un commencement d'exécution
- ▶ et que la nullité ait été soulevée, par voie d'exception, après l'expiration du délai de prescription de l'action.

Ces conditions rappellent la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de sûretés ((Cass. com. 25 avril 2006, pourvoi n° 05-12.734)) ou en matière d'assurances ((Cass. civ. 24 décembre 2008, pourvoi n° 07-20717)) : ces deux conditions sont cumulatives, de telle sorte que l'exception de nullité peut être soulevée même en présence d'un début d'exécution, tant que la prescription de l'action n'est pas expirée.

C'est à la cour d'appel de Toulouse, auprès de laquelle le fond du litige est renvoyé, qu'il appartiendra de déterminer si ces conditions sont remplies ou si elle doit prononcer la nullité du contrat de transaction.

2.2 Ces conditions apparaissent pour le moins éloignées des règles d'appréciation de la validité d'un contrat administratif dans le cadre d'un litige entre parties, telles qu'issues de la décision *Commune de Béziers*.

En effet, la logique du juge administratif tend à la préservation du contrat pour régler le litige entre les parties : il doit ainsi apprécier les irrégularités invoquées au regard de l'exigence de loyauté contractuelle (les parties ne peuvent pas invoquer des irrégularités dont elles sont elles-mêmes à l'origine par exemple) et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, tandis que l'annulation du contrat sera réservée aux irrégularités 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 ((CE ass. 28 décembre 2009 *Commune de Béziers*, req. 304802 : publié au Rec. CE.)).

D'ailleurs, dans l'arrêt *Commune de Béziers*, il a précisément été jugé que le défaut de transmission au préfet de la

délibération autorisant la signature du contrat n'était pas un vice d'une gravité telle qu'il doive entraîner la nullité du contrat et la résolution du litige entre les parties sur un terrain délictuel, la loyauté contractuelle faisant obstacle à ce que la commune se prévale d'une telle irrégularité formelle, alors en outre qu'elle avait poursuivi l'exécution du contrat pendant 10 ans. Cette position a été réaffirmée à plusieurs reprises par le juge administratif depuis ((AdDen avocats, « *Loyauté des relations contractuelles : le défaut d'habilitation du signataire du marché n'entraîne pas automatiquement la nullité du contrat* », AdDen-leblog.com : CE 8 octobre 2014 commune d'Entraigues-sur-la-Sorgues, req. n° 370588 : mentionné dans les tables du Rec. CE – voir également dans le même sens CAA Marseille 29 janvier 2018 SMIDDEV, req. n° 16MA03330)). Toutefois, le juge administratif ne s'est pas prononcé sur la pertinence d'un tel moyen lorsqu'il est soulevé par la partie privée cocontractante.

Certes, la Cour de cassation tient compte du commencement d'exécution d'un contrat en tant qu'une des conditions pouvant permettre de ne pas prononcer la nullité du contrat pour un défaut de consentement d'une des parties. Toutefois, la cour de cassation exige en outre, pour que la nullité ne soit pas prononcée, qu'elle soit invoquée par voie d'exception après l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité, soit cinq ans depuis 2008 ((Article 2224 du code civil, dans sa version issue de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.)), ce qui revient en réalité à l'écartier comme forclore sans tenir compte de l'attitude ultérieure des parties. Ainsi, même si les parties ont commencé à exécuter le contrat, si la nullité est invoquée dans le délai quinquennal, le contrat ne serait pas appliqué.

On notera ici que devant le juge administratif, si le recours en contestation des tiers contre un contrat administratif est encadré dans un délai de 2 mois, les parties elles ne se

voient contraintes au respect d'aucun délai pour invoquer la nullité du contrat qui les lie ((Si auparavant l'article 2227 du code civil rendait applicable aux personnes publiques les délais de prescriptions civils, la réforme de 2008 a supprimé cet article, de telle sorte que la doctrine relève qu'il n'y a plus de délai encadrant l'invocation de la nullité d'un contrat par les parties. La doctrine s'interroge ainsi sur le caractère perpétuel de l'exception de nullité d'un contrat invoquée par les parties à l'occasion d'un litige – étant cependant précisé que la contestation de la validité d'un contrat administratif offre une grille d'analyse protectrice du contrat, ce qui tend à atteindre le même objectif que le délai de prescription (voir en ce sens Dominique Pouyaud, Jurisclasseur, fascicule 1126 : CONTENTIEUX DES CONTRATS ADMINISTRATIFS. – Formation du contrat, points 100 à 108).)). L'harmonisation des positions du juge administratif et du juge judiciaire sur l'appréciation de la validité des contrats des personnes publiques reste donc encore à construire, sauf à considérer que les contrats de droit privé des personnes publiques n'auraient pas à bénéficier de la même protection que celle accordée à leurs contrats administratifs parce qu'ils ne s'inscriraient pas dans le cadre de l'action en faveur de l'intérêt général que servent les contrats administratifs.

Expulsion d'une société commerciale occupante sans titre du domaine public

[CAA Paris 23 janvier 2018 Chambre de commerce et d'industrie de région Paris Ile-de-France, req. n° 17PA01097](#)

Par une convention du 28 août 1914, la ville de Paris a consenti à la chambre de commerce et d'industrie (CCI) une convention d'occupation de locaux dont elle est propriétaire. Par une convention du 19 octobre 2010, la CCI a mis l'un de ces locaux à la disposition d'une société commerciale. Alors que la convention arrivait à son terme, la société s'est abstenue de répondre à une proposition de prorogation que lui a faite la CCI et s'est maintenue dans les lieux.

La CCI a saisi le tribunal administratif de Paris qui a ordonné à la société de libérer, sans délai, les dépendances du domaine public. La société commerciale a interjeté appel du jugement rendu le 27 janvier 2017, demandant à la cour administrative d'appel de Paris son annulation, mais également qu'elle se déclare incompétente pour connaître du litige. Pour justifier l'incompétence de la juridiction administrative, la requérante soutenait notamment que le local mis à sa disposition n'appartenait pas au domaine public.

Pour mémoire et comme le rappelle la cour administrative d'appel de Paris : *« avant l'entrée en vigueur le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance au domaine public d'un bien appartenant à une personne publique était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné »* ((CE 11 mai 2016 Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole, req. n° 390118 : publié au Rec. CE – CE 15 février 2016 Société Cathédrale d'Images, req. n° 384228)).

En l'espèce, les locaux appartiennent à une personne publique, la ville de Paris. De surcroît, il ressort de la convention du 28 août 1914 que ces locaux étaient affectés à l'époque au service public des douanes et au service public de promotion et de soutien de l'activité assurée par la CCI. En outre ces locaux ont fait l'objet d'aménagements spéciaux en vue de cette affectation (sous la forme de quais de déchargement et

locaux de stockage). Les locaux objets de l'occupation relèvent donc bien du domaine public. A défaut de mesure de déclassement, la désaffectation des locaux de leur destination originelle et l'exercice en leur sein d'une activité commerciale ne peut modifier l'appartenance du bien au domaine public ((CE 15 février 2012 SAS TDLC, req. n° 338059)).

Le tribunal administratif de Paris a légitimement considéré que l'immeuble en cause appartenait au domaine public de la ville de Paris. La société n'ayant pas répondu à la proposition de prorogation de la convention, elle s'est retrouvée occupante sans titre du local litigieux. Par conséquent, la demande d'expulsion était bien fondée.

Modification d'une clause de variation de prix par avenant

[CE 20 décembre 2017 Société Area Impianti, req. n° 408562 : mentionné aux tables du Rec. CE](#)

Par une décision du 20 décembre 2017, le Conseil d'Etat précise que le caractère variable ou ferme du prix d'un marché peut être modifié par avenant et rappelle aux titulaires du marché public comme aux acheteurs l'attention particulière qui doit être portée au moment de la signature des avenants.

1 Le 17 octobre 2004, le syndicat intercommunal de valorisation des déchets ménagers du Hainaut-Valenciennois a conclu un marché public de travaux avec la société Aera Impianti pour la réalisation de travaux de mise aux normes de l'usine d'incinération de Saint-Saulve pour un montant initial d'environ 14 millions d'EUR révisable selon des modalités prévues par le cahier des clauses administratives

particulières.

A l'occasion de l'exécution du marché, plusieurs avenants ont été passés et notamment un avenant n° 3 ayant pour objet de prévoir des travaux supplémentaires et de fixer le montant du marché à environ 15 millions d'EUR, alors que le montant initialement prévu était révisable.

Un litige est toutefois survenu à l'occasion du règlement financier du marché. La société Area Impianti a alors saisi le tribunal administratif de Lille d'une demande tendant notamment à la condamnation du syndicat à lui verser une somme de 919 961,09 euros au titre du solde du marché et des préjudices nés du retard pris dans le prononcé de la réception des travaux et une somme de 2 459 793,47 euros au titre de la révision du prix du marché.

Ces demandes ont été rejetée par un jugement du 2 décembre 2014 dont la société n'a fait appel qu'en tant qu'il a rejeté sa demande de condamnation au versement d'une somme au titre de la révision du prix du marché. Par un arrêt du 22 décembre 2016, la cour administrative d'appel de Douai a également rejeté ses demandes, arrêt contre lequel la société a exercé un pourvoi en cassation.

2 Le titulaire du marché a d'abord tenté de démontrer l'illégalité de l'avenant qui a modifié le marché contrat en passant d'un prix révisable à un prix ferme.

A ce titre, il ressort des dispositions de l'article 17 du code des marchés publics dans sa version alors applicable que, si, en principe, un marché est conclu à prix définitif, ce prix définitif peut être ferme ou révisable ((Ces dispositions sont pour l'essentiel reprises à l'article 18 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.)).

Le Conseil d'Etat considère que ces dispositions n'ont ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par

avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme.

Par suite, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit en estimant que cette modification du contrat était possible.

Par ailleurs, la juridiction écarte aussi succinctement les moyens tirés de ce que la cour aurait dû analyser cette modification du marché comme un bouleversement de l'économie du marché imposant la passation d'un nouveau contrat et de ce que, en tout état de cause, le prix ferme ainsi modifié devait, à tout le moins, être actualisé en application du code des marchés publics, dans la mesure où l'obligation de prévoir les modalités d'actualisation du prix n'est applicable qu'à la conclusion d'un marché initial et non pas à la passation d'un avenant ((Article 17 du code des marchés publics alors applicable.)).

3 La société Area Impianti a également tenté sans succès de faire écarter l'application du contrat et de ses avenants en se prévalant de sa nullité ((CE Assemblée 28 décembre 2009 Commune de Béziers, req. n° 304802 : publié au Rec. CE.)) au motif qu'il serait entaché de deux vices du consentement : sa propre erreur sur le prix et le dol qu'aurait commis le syndicat :

En principe, le dol résulte d'une intention qui doit être extériorisée par des manœuvres volontaires qui tendent à tromper un tiers afin d'obtenir son consentement. A ce titre, le juge de cassation laisse la question de l'intention dolosive à l'appréciation souveraine des juges du fond mais contrôle la qualification juridique de l'existence du dol ((CE 12 mars 1999 Commune de Lansargues, req. n° 170103 : publié au Rec. CE.)).

En l'espèce le Conseil d'Etat considère que la cour

administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de qualification en ne retenant pas que les faits reprochés au syndicat par la société Area Impianti, consistant à avoir omis de signaler la suppression de la clause de révision des prix dans l'objet de l'avenant et à avoir inséré une clause n'ayant pas donné lieu à une négociation spécifique, étaient constitutifs d'un dol.

Enfin, s'agissant de l'erreur, le Conseil d'Etat rappelle sa jurisprudence constante en considérant que l'erreur de l'un des cocontractants sur le prix n'est pas de nature à entacher de nullité le marché public ((CE Section 4 mai 1990 Compagnie industrielle maritime, req. n° 71707 : publié au Rec. CE – CAA Versailles 12 juin 2014 Société paysages Clément, req. n° 12VE01120.)) et juge donc que la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit en écartant le moyen tiré de ce que en signant le troisième avenant la société demanderesse a commis une erreur de nature à vicier son consentement.

Celui-ci ajoute, comme un rappel à tous les titulaires de marchés publics mais également aux acheteurs, que cette erreur aurait pu être évitée si la société avait pris, comme tout professionnel attentif se doit de le faire, les précautions nécessaires avant de signer l'avenant.

Aucun vice du consentement n'étant identifié, le pourvoi de la société Area Impianti est rejeté.

**Condamnation d'un ancien
administrateur d'une**

entreprise soumissionnaire et exclusion de celle-ci d'une procédure de passation

[CJUE 20 décembre 2017 *Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani SpA, Guerrato SpA*, aff. C-178/16](#)

La Cour de justice de l'Union européenne précise les conditions d'application par les Etats membres de certaines des causes d'exclusion facultatives de la participation à une procédure d'attribution d'un marché public envisagées à l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

1 Le cadre juridique

1.1 La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, désormais abrogée, prévoyait, en son article 45 « *Situation personnelle du candidat ou du soumissionnaire* », des causes d'exclusion obligatoires (§ 1), des causes d'exclusion facultatives que les Etats membres pouvaient ou non transposer (§ 2) et les éléments de preuve que les pouvoirs adjudicateurs pouvaient prendre en compte pour apprécier si un candidat se trouvait dans l'une de ces causes d'exclusion (§ 3).

L'article 45 § 2 prévoyait notamment que :

« *Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique [...]*

c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ;

d) qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs

adjudicateurs pourront justifier ; [...]

g) qui s'est rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigibles en application de la présente section ou qui n'a pas fourni ces renseignements.

Les États membres précisent, conformément à leur droit national et dans le respect du droit communautaire, les conditions d'application du présent paragraphe ».

1.2 Le code des marchés publics italiens prévoyait l'exclusion d'une entreprise soumissionnaire en cas de condamnation pénale définitive pour un délit affectant sa moralité professionnelle et, envisageant le cas d'une condamnation prononcée à l'encontre non pas de l'entreprise mais de l'un de ses anciens dirigeants ou administrateur, précisait : *« En tout état de cause, l'exclusion et l'interdiction s'appliquent également aux personnes démisées de leurs fonctions dans l'année ayant précédé la date de publication de l'avis de marché, dès lors que l'entreprise ne démontre pas qu'il y a eu une dissociation complète et effective de l'entreprise par rapport au comportement pénalement sanctionné ».*

2 Le contexte de l'affaire

La province de Bolzano a lancé en juillet 2013 une procédure de passation pour la construction d'un établissement pénitentiaire.

Le 16 décembre 2013, la société Mantovani fait acte de candidature et produit deux déclarations datées des 4 et 13 décembre dans lesquelles elle indique que M. B, ancien PDG, n'exerce plus ses fonctions depuis le 6 mars 2013 et n'a jamais fait l'objet d'une condamnation pénale définitive. Elle passe toutefois sous silence le fait que celui-ci a été condamné le 5 décembre 2013 pour avoir été l'instigateur d'un système de fausses factures.

La province de Bolzano l'ayant appris par la presse, elle admet sous réserve la candidature de la société, se procure

ensuite le casier judiciaire de M. B dont il ressort que le jugement de condamnation est devenu définitif en mars 2014, invite Mantovani à lui apporter des précisions sur cette condamnation (laquelle lui répond que la condamnation n'était pas encore définitive en 2013), puis, finalement, exclut Mantovani en février 2015 en raison du caractère tardif et insuffisant des éléments fournis pour démontrer qu'elle s'était dissociée des agissements pénalement répréhensibles de son ancien dirigeant et pour ne pas avoir fait état de la condamnation de celui-ci.

Au terme d'un contentieux, le Conseil d'Etat italien interroge la CJUE sur la compatibilité avec les c) et g) du paragraphe 2 de l'article 45 de la directive d'une disposition nationale permettant d'exclure une entreprise pour une condamnation de l'un de ses anciens dirigeants.

3 La réponse de la Cour de justice

La CJUE, qui suit intégralement les conclusions de son avocat général, admet la compatibilité d'une telle disposition, en l'examinant également au regard du d) de l'article 45 § 2.

3.1 La Cour commence par rappeler que, s'agissant des causes d'exclusion facultatives, l'article 45 § 2 prévoit qu'il appartient aux Etats d'en fixer les « *conditions d'application* » et ajoute qu'ils disposent donc d'un pouvoir d'appréciation certain (points 30 et 32).

3.2 S'agissant de la cause d'exclusion visée au c) du § 2 (délit affectant la moralité professionnelle constaté par un jugement ayant autorité de chose jugée), elle relève d'abord que, les personnes morales agissant par l'intermédiaire de leurs représentants, le comportement de ces derniers peut constituer un facteur pertinent pour apprécier la moralité professionnelle d'une entreprise, ce que le § 1 prévoit d'ailleurs expressément pour les causes d'exclusion obligatoires. Cette prise en compte n'est donc pas une

extension de la cause d'exclusion mais juste une modalité de mise en œuvre, et il appartient à l'Etat de déterminer, dans le respect du principe de proportionnalité, la date à partir de laquelle un tel comportement peut justifier l'exclusion du soumissionnaire (points 33-38).

Elle ajoute que, l'Etat membre pouvant alléger les causes d'exclusion facultatives (CJUE 14 décembre 2016, *Connexion Taxi Services*, aff. C-171/15), il peut renoncer à appliquer une cause d'exclusion en cas de dissociation entre l'entreprise soumissionnaire et le comportement constituant un délit. Dans ce cas, il est en droit également de déterminer les conditions de cette dissociation et d'exiger, comme le fait le droit italien, que l'entreprise soumissionnaire informe le pouvoir adjudicateur d'une condamnation subie par son administrateur, même si cette condamnation n'est pas encore définitive (point 41).

3.3 S'agissant de la cause d'exclusion visée au d) du § 2 (faute grave en matière professionnelle pouvant être constatée par tout moyen), elle considère qu'elle est susceptible de s'appliquer dans un cas où le jugement constatant un délit affectant la moralité professionnelle de l'administrateur d'une entreprise soumissionnaire n'est pas encore définitif.

Outre les considérations énoncées pour le c), elle ajoute que, le pouvoir adjudicateur pouvant justifier de la faute grave par tout moyen, une décision juridictionnelle, même non encore définitive, peut fournir un moyen approprié (points 44-47).

3.4 S'agissant de la cause d'exclusion visée au g) du § 2 (fausses déclarations ou absence de renseignements concernant les critères de sélection qualitative des candidats), elle considère que le fait de ne pas informer le pouvoir adjudicateur des agissements pénalement répréhensibles de l'ancien administrateur peut aussi être un élément permettant d'exclure, en vertu de cette disposition, un soumissionnaire de la participation à une procédure de passation de marché

public (point 48).

3.5 Enfin, la juridiction de renvoi ayant également mentionné divers principes, la Cour relève :

S'agissant du principe d'égalité, que la situation d'une entreprise soumissionnaire dont l'administrateur a commis un délit affectant la moralité professionnelle de cette entreprise ou une faute grave professionnelle ne saurait être considérée comme comparable à celle d'une entreprise soumissionnaire dont l'administrateur ne s'est pas rendu coupable d'un tel comportement (point 51).

S'agissant du principe de proportionnalité, que la prise en considération d'un comportement fautif au cours de l'année précédant la date de la publication de l'avis de marché public n'apparaît pas disproportionnée, d'autant plus si la réglementation prévoit que l'entreprise peut prouver qu'elle s'est effectivement et complètement dissociée des agissements de son administrateur (point 52-54).

En conclusion, la Cour juge que :

« La directive 2004/18/CE [...], en particulier l'article 45, paragraphe 2, premier alinéa, sous c), d) et g), de cette directive, ainsi que les principes de l'égalité de traitement et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une réglementation nationale permettant au pouvoir adjudicateur :

– de prendre en considération, selon les conditions qu'il a établies, une condamnation pénale de l'administrateur d'une entreprise soumissionnaire, même si cette condamnation n'est pas encore définitive, pour un délit affectant la moralité professionnelle de cette entreprise lorsque celui-ci a cessé d'exercer ses fonctions dans l'année qui précède la publication de

*l'avis de marché public et
– d'exclure ladite entreprise de la participation à la
procédure de passation de marché en cause, au motif que,
en omettant de déclarer cette condamnation non encore
définitive, elle ne s'est pas dissociée complètement et
effectivement des agissements dudit administrateur ».*