

# Le régime de la contestation des tarifs des services publics

[CE 14 novembre 2018 \*M. C. c. Garde des Sceaux\*, req. n° 418788 : publié au Rec. CE](#)

[CE 28 novembre 2018 \*SNCF Réseau c. Société Euro Cargo Rail\*, req. n° 413839 : publié au Rec. CE](#)

Par deux décisions importantes rendues à quelques jours d'intervalle, le Conseil d'Etat a apporté d'utiles clarifications sur les modalités de contestation et le régime des tarifs et des redevances de services publics l'occasion du jugement de deux situations :

- la première portait sur la contestation par un détenu des tarifs des communications téléphoniques institué par un contrat délégation de service public conclu par l'administration pénitentiaire en 2007, tarifs rémunérant à la fois l'exploitation des équipements de réseau de téléphonie fixe à destination des détenus et le contrôle des communications téléphoniques de ces derniers ;
- la seconde portait sur la contestation par une entreprise ferroviaire de marchandise des redevances mises à sa charge par Réseau Ferré de France (aujourd'hui SNCF Réseau) en contrepartie de la fourniture d'une prestation dite « de sûreté », comprenant la détection de personnes non autorisées à bord des trains, la surveillance par le poste de vidéosurveillance ainsi que le gardiennage de la rame après contrôle et jusqu'au départ du train.

**1 La compétence du juge administratif pour connaître des contestations liées aux tarifs du service public**

La deuxième affaire est l'occasion pour le juge de rappeler les règles de répartition entre les ordres administratif et judiciaire en matière de litiges relatif aux tarifs et redevances du service :

- d'une part, les litiges relatifs à l'acte instaurant une redevance relèvent du juge administratif lorsque cet acte présente un caractère réglementaire, y compris lorsqu'il est adopté par un EPIC : si les litiges nés des activités de ce dernier relèvent par principe de la compétence de l'ordre judiciaire, c'est à l'exception des activités qui correspondent à des prérogatives de puissance publique, parmi lesquelles l'activité réglementaire ((Voir par exemple [TC 29 décembre 2004 Epoux X., req. n° C3416 : publié au Rec. CE.](#))) : c'est la raison pour laquelle la grille tarifaire arrêtée par l'EPIC SNCF Réseau relève du juge administratif ;
- d'autre part, les litiges relatifs à l'assiette et au recouvrement de la redevance relèvent :
  - du juge administratif si le service rémunéré est (i) de nature administrative (ii) ou de nature industrielle et commerciale mais qu'il se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique ;
  - du juge judiciaire si le service rémunéré est de nature industrielle et commerciale et étranger à l'exercice de prérogatives de puissance publique (( Voir par exemple [TC 29 décembre 2004 Epoux X., req. n° C3416 : publié au Rec. CE](#), préc.; plus récemment, voir [TC 12 octobre 2015 Communauté de communes de la vallée du Lot et du vignoble, req. n° C4024 : mentionné aux Tables du Rec. CE.](#))).

C'est sous le régime commun du recours pour excès de pouvoir que le juge administratif examine les contestations de l'acte instituant les tarifs du service public, qu'il s'agisse :

- d'un acte réglementaire unilatéral, comme dans l'affaire

des tarifs des prestations de sûreté facturées par SNCF Réseau

- des clauses du contrat de délégation de service public, comme dans l'affaire des communications téléphoniques des détenus, puisque ces clauses particulières présentent un caractère réglementaire (( [CE 9 février 2018 Cté d'agglomération Val d'Europe agglomération, req. n° 404982 : publié au Rec. CE](#). Ainsi, un tiers au contrat est recevable à exercer un recours pour excès de pouvoir à l'encontre des clauses déterminant les tarifs appliqués aux usagers ([CE Ass. 10 juillet 1996 Cayzeele, req. n° 138536 : publié au Rec. CE](#)). Le REP à l'encontre des clauses réglementaires ne se confond pas avec le recours en contestation de la validité du contrat [CE Ass. 4 avril 2014 Département du Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 : publié au Rec. CE.](#))) (*« s'agissant d'une concession de service public, revêtent un caractère réglementaire les clauses qui en définissent l'objet ainsi que celles qui fixent les tarifs applicables aux usagers de ce service »*). Le juge peut alors connaître directement des clauses ou de la décision de refuser de les abroger, comme c'était le cas dans la première affaire.

## **2 La contrepartie de la redevance**

Une redevance est définie comme la somme demandée « à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement et d'entretien d'un ouvrage public et qui trouvent leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage » ((CE 21 novembre 1958 *Syndicat national des transporteurs aériens*, req. n<sup>os</sup> 30693 et 33969 : publié au Rec. CE.)).

Pour être légalement établie, la redevance doit donc :

- constituer la contrepartie directe des prestations

fournies ;

- ne pas correspondre à des missions qui n'incombent qu'à l'Etat et qui sont ainsi effectuées dans l'intérêt général et non au profit direct des usagers : il en va ainsi des missions de gendarmerie dont l'Etat ne peut demander le remboursement au concessionnaire d'autoroute (( [CE Ass. 30 octobre 1996 Wajs et Monnier, req. n<sup>os</sup> 136071 et 142688 : publié au Rec. CE.](#))) ou des opérations de contrôle des passagers et des bagages qui ne peuvent être mises à la charge des transporteurs aériens (( [CE 23 juin 2000 Chambre syndicale du transport aérien et autres, req. n<sup>os</sup> 189168 et 189236 : publié au Rec. CE.](#))). La rapporteure publique de la première décision précise que ***c'est « justement parce qu'elles sont établies dans l'intérêt général, [que] de telles dépenses doivent être financées par l'impôt. Cela découle d'ailleurs de l'article 13 de la Déclaration de 1789, selon lequel « pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est obligatoire » » (([Anne Iljic, conclusions sur la présente affaire.](#)))***.

**Le Conseil d'État fait application de ces principes pour apprécier la légalité des deux redevances examinées.**

(i) S'agissant de la première affaire, relative aux communications téléphoniques des détenus, le contrat prévoyait que la rémunération des missions assurées par le délégataire s'effectue par les prix des communications acquittés par les détenus. Or, parmi les missions du délégataire, celui-ci devait assurer l'écoute, l'enregistrement et l'archivage des conversations téléphoniques ((Ces missions ne correspondent vraisemblablement pas à l'exercice même du contrôle de police du contenu des conversations, étant donné qu'il est en principe impossible de déléguer des missions de police à une personne privée (v. par ex. CE Ass. 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*, req. n<sup>o</sup> 12045 : publié au Rec. CE.)). En

d'autres termes, les tarifs acquittés par les détenus rémunèrent non pas seulement leurs communications, mais également les dépenses afférentes à leur contrôle.

Or, une telle mission de contrôle relève des missions de police de l'Etat : elles sont effectuées dans l'intérêt général, et non pas dans l'intérêt des détenus :

*« Ces prestations qui permettent d'assurer le contrôle des communications téléphoniques conformément aux dispositions de l'article 727-1 du code de procédure pénale se rattachent aux missions générales de police qui, par nature, incombent à l'État. Les dépenses auxquelles elles donnent lieu, qui ne sont pas exposées dans l'intérêt direct des détenus, ne sauraient dès lors être financées par le tarif des communications téléphoniques perçu auprès des usagers en contrepartie du service qui leur est rendu. »*

Le juge annule par conséquent le refus d'abroger les clauses réglementaires du contrat *« en tant qu'elles prévoient le financement par le tarif des communications téléphoniques des dépenses relatives aux prestations qui permettent d'en assurer le contrôle ».*

(ii) Le juge retient une solution inverse pour les tarifs appliqués par SNCF Réseau aux entreprises de fret traversant la Manche, incluant la prestation de sureté, visant à contrôler la présence de « personnes non autorisées » dans les trains.

Les juges d'appel ont considéré que cette prestation était *« effectuée dans un but d'intérêt général de prévention et de recherche des infractions aux lois et règlements relatifs aux contrôles frontaliers incombant à l'Etat »* ([CAA Paris 28 juin 2017 Société Euro Cargo Rail, req. n° 15PA00819.](#))), et partant, comme précédemment évoquée, qu'elle ne pouvait pas être acquittée par l'utilisateur.

Mais le Conseil d'État censure ce raisonnement :

- d'une part, il considère que la prestation de sûreté ne relève pas de prérogatives de puissance publique, puisque les agents de sécurité qui détectent des personnes non-autorisées à bord des trains ne peuvent exercer aucun moyen de contrainte et doivent faire appel aux forces de police;
- d'autre part, les trains de fret ne peuvent accéder au tunnel sous la Manche sans que les entreprises ferroviaires n'aient réalisé ces prestations de contrôle (( En vertu du règlement de la Commission intergouvernementale concernant l'utilisation du tunnel sous la Manche, signé à Londres le 23 juillet 2009.)) ; partant, ces entreprises ont le choix de prendre ces prestations directement en charge ou bien de les confier à un tiers, qui, comme en l'espèce, pourra alors en solliciter la rémunération.

Il en déduit donc que « *la redevance litigieuse doit être regardée comme finançant des opérations qui ne relèvent pas de missions qui incombent par nature à l'État et comme trouvant sa contrepartie directe dans une prestation rendue au bénéficiaire propre des entreprises qui veulent faire circuler des trains de marchandise dans le tunnel sous la Manche* ».

---

**Clarifications sur  
l'engagement des  
responsabilités contractuelle  
et décennale des**

# constructeurs

[CE 9 novembre 2018 Commune de Saint-Germain-le-Châtelet, req. n° 412916 : mentionné aux tables du recueil Lebon](#)

[CE 19 novembre 2018 INRSTEA, req. n° 408203: mentionné aux tables du recueil Lebon](#)

En principe, une fois la réception de l'ouvrage prononcée, la responsabilité contractuelle des constructeurs prend fin pour céder la place à leur responsabilité décennale. En réalité, la règle n'est pas si simple et souffre quelques exceptions notables : ainsi, l'acte signant la véritable fin des liens contractuels entre les parties est finalement le décompte général et définitif du marché.

Chacune de ces responsabilités dispose de ses propres mécanismes et par ces arrêts, mentionnés tout deux aux tables du recueil, le Conseil d'Etat a saisi l'occasion de clarifier l'application des règles de principe relatives à l'engagement de la responsabilité des constructeurs, qu'elle soit contractuelle (1) ou décennale (2).

## **1            Responsabilité contractuelle : la réception, mais aussi le décompte général**

L'INRSTEA, institut spécialisé dans la recherche en sciences et technologies pour l'environnement et l'agriculture, a entrepris la réalisation d'un ensemble immobilier, dont il a confié la maîtrise d'œuvre à un groupement. La réception des travaux a été prononcée sans réserve et des désordres sont apparus postérieurement à la mise en service du bâtiment. Le tribunal administratif a retenu la responsabilité d'un des membres du groupement de maîtrise d'œuvre au titre de son manquement à son devoir de conseil, mais la cour administrative d'appel de Lyon a annulé ce jugement.

Le Conseil d'État en profite alors pour rappeler qu'il

*« appartient au maître de l'ouvrage, lorsqu'il lui apparaît que la responsabilité de l'un des participants à l'opération de construction est susceptible d'être engagée à raison de fautes commises dans l'exécution du contrat conclu avec celui-ci, soit de surseoir à l'établissement du décompte jusqu'à ce que sa créance puisse y être intégrée, soit d'assortir le décompte de réserve ».*

A défaut, si le maître d'ouvrage notifie le décompte général du marché, cette notification procure un caractère définitif à ce décompte, de telle sorte qu'il ne peut plus obtenir l'indemnisation de son préjudice éventuel sur le fondement de la responsabilité contractuelle du constructeur *« y compris lorsque ce préjudice résulte de désordres apparus postérieurement à l'établissement du décompte ».*

C'est donc le rappel d'une règle déjà établie mais qu'il faut garder à l'esprit : aux côtés de la réception des travaux qui marque une acceptation technique de l'ouvrage, c'est le **caractère définitif du décompte qui marque l'extinction véritable de la responsabilité contractuelle des constructeurs** ((Pour aller plus loin, [voir notre article publié dans la revue Contrats publics n° 192 – novembre 2018 – La responsabilité des maîtres d'œuvre – par Clémence Hugueny et Nicolas Nahmias](#))).

Dans le cas d'espèce, le décompte du marché de maîtrise d'œuvre a été signé sans aucune réserve émise par le maître d'ouvrage et il est ainsi devenu définitif. Par suite, l'INRSTEA, maître d'ouvrage, ne peut plus rechercher la responsabilité contractuelle du groupement de maîtrise d'œuvre et ce, même si les désordres visés ne sont apparus que postérieurement à l'établissement du décompte : place est faite alors à la garantie de parfait achèvement lorsque celle-ci est prévue au contrat et à la garantie décennale.

**2 La responsabilité décennale et la notion d'impropriété de l'ouvrage à sa destination**

Dans l'affaire *Commune de Saint-Germain-le-Châtelet*, la commune a fait construire une salle polyvalente dont elle a confié la maîtrise d'œuvre à un groupement. Après la réception des travaux, des dysfonctionnements ont affecté le système de chauffage de la salle, conduisant alors la commune à demander la condamnation des constructeurs et du fabricant sur le fondement de la décennale.

D'abord, le Conseil d'État rappelle les principes régissant la garantie décennale devant le juge administratif :

*« il résulte des principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs que des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent leur responsabilité, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans »* (( Voir en ce sens [CE 15 juin 2018 Communauté de communes du Cher à La Loire, req. n° 417595](#). On relèvera que le juge judiciaire exige lui au contraire que les dommages se soient intégralement révélés dans ce délai de 10 ans (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 mars 2010, *Société Sauret*, pourvoi n° 09-11.660).))

Le Conseil d'État poursuit ce considérant de principe en arrêtant clairement les conditions dans lesquelles la responsabilité décennale couvre les équipements dissociables de l'ouvrage :

*« la responsabilité décennale du constructeur peut être recherchée pour des dommages survenus **sur des éléments d'équipement dissociables de l'ouvrage s'ils rendent celui-ci impropre à sa destination** ; que la circonstance que les désordres affectant un élément d'équipement fassent obstacle au fonctionnement normal de cet élément n'est pas de nature à engager la responsabilité décennale du constructeur si ces désordres ne rendent pas l'ouvrage lui-même impropre à sa destination »*

Si la solidité de l'ouvrage est en cause, seuls les équipements indissociables sont couverts, tandis que si les vices affectant les équipements rendent l'ouvrage dans son entier impropre à destination, la garantie décennale couvre alors aussi les équipements dissociables de l'ouvrage ((CE 8 décembre 1999, Société Borg Warner, req. n° 138651 : *Rec. CE* tables. Pour aller plus loin, [voir notre article publié dans la revue Contrats publics n° 192 – novembre 2018 – Responsabilité décennale et marchés publics : état des lieux – par Rachel Cattier et Maxime Phéline](#))).

Ainsi, les désordres affectant des gradins télescopiques d'une salle polyvalente et qui empêchent l'exploitation normale de la salle la rendent impropre à sa destination et relèvent de la garantie décennale plutôt que biennale ((CAA Versailles 7 juin 2005, Sté Bérin, req. n° 03VE02415.)). Les désordres affectant des stores intégrés dans les volumes vitrés d'une bibliothèque la rendent impropre à destination, à défaut de permettre des conditions d'étude et de lecture adaptées en fonction de l'ensoleillement ((CAA Lyon 15 novembre 2012, Sté Paralu, req. n° 11LY02971.)). Récemment, le juge administratif d'appel de Bordeaux a offert une illustration intéressante de ce principe en en faisant application aux dommages affectant un groupe électrogène assurant l'alimentation électrique de secours d'une usine de traitement de l'eau : la destination de cette usine interdite toute interruption de fonctionnement, de telle sorte que les désordres affectant cet équipement de secours la rendent impropre à sa destination ((CAA Bordeaux 8 février 2018, [SERTAD](#), req. n° 15BX01701 – pourvoi non admis : CE 3 octobre 2018 *société 2H Energy*, req. n° 419680.)). L'analyse dépendra aussi de l'étendue des dommages : le juge a considéré qu'un groupe électrogène de secours d'une maison de retraite, dont la puissance n'était pas suffisante pour alimenter tous ses équipements, et notamment les ascenseurs, ne rendait pas pour autant cette maison de retraite impropre à destination dans son ensemble, dès lors que les chambres des pensionnaires, les appareils de cuisine et les locaux communs

étaient bien alimentés par cet équipement de secours ((CAA Nantes 9 mai 2008, Commune de Cap Sizun, req. n° 07NT01200.)).

Dans le cas d'espèce, le juge administratif recherche donc si les désordres affectant le système de chauffage étaient de nature à rendre l'ouvrage entier, c'est-à-dire la salle polyvalente, impropre à sa destination.

Les désordres en question affectent le fonctionnement de l'alimentation de la chaudière, ce qui a pour effet de restreindre la capacité de stockage du silo et de rendre nécessaire des livraisons de bois plus fréquentes ainsi qu'une intervention humaine dans un système qui devait être automatique. Le juge administratif relève que ces désordres compromettent « *seulement* » le fonctionnement du système de chauffage tel que prévu contractuellement, mais n'affectent pas pour autant le chauffage de la salle polyvalente.

Partant, dès lors que ces dysfonctionnements ne pouvaient pas être regardés comme rendant l'ouvrage dans son entier impropre à sa destination, la garantie décennale n'a pas lieu de s'appliquer.

---

## **Le code de la commande publique enfin publié**

[Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique](#)

[Décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018 portant partie réglementaire du code de la commande publique](#)

Le code de la commande publique vient d'être publié au Journal

Officiel du 5 décembre 2018 par le biais de l'ordonnance n° 2018-1074 pour sa partie législative et du décret n° 2018-1075 pour sa partie réglementaire.

Il entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2019, et s'appliquera aux consultations lancées à compter de cette date.

L'architecture du code de la commande publique se décompose en trois parties :

**1**            **La partie I est commune aux marchés et concessions**  
et relative au champ d'application du code (articles 1 000) : elle définit les contrats de la commande publique (marchés et concessions) et ceux exclus (transferts de compétence, subventions, contrats de travail, titres d'occupation domaniale), les acteurs de la commande publique, soit les acheteurs (PA et EA) et les opérateurs économiques (candidats et soumissionnaires), les règles de qualification des contrats mixtes.

**2**            **La partie II est consacrée aux marchés publics**  
(articles 2 000) et comprend 5 livres :

- Le livre I vise les dispositions générales, soit le **régime de droit commun des marchés publics**. Il comprend les dispositions relatives à la préparation du marché, au choix de la procédure de passation (sans publicité ni mise en concurrence, adaptée ou formalisée), à l'engagement de la procédure, aux candidatures, aux offres, aux règles applicables à certaines techniques d'achat, aux règles applicables aux marchés globaux, à l'achèvement de la procédure et à l'exécution du marché, en ce compris les délais de paiement et la sous-traitance.
- Le livre II est consacré aux **marchés de partenariat**
- Le livre III est consacré aux **marchés publics de défense ou de sécurité**

- Le livre IV est consacré aux dispositions relatives à la **maîtrise d'ouvrage publique** et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (loi MOP)
- Le livre V vise les **marchés publics « soumis à un régime juridique particulier**», ce qui vise les anciens marchés dits « exclus » (in house, coopération public / public, services d'acquisition ou de location immobilière, services financiers et contrats d'emprunt, etc). Ils sont assujettis aux règles d'exécution des marchés.

### 3 **La partie III est consacrée aux concessions** (articles 3 000) et comprend 2 livres :

- Le Livre I se consacre aux **dispositions générales applicables aux concessions** (préparation, passation et exécution)
- Le livre II se consacre aux **contrats de concession « soumis à un régime particulier**», soit les concessions anciennement dites « exclues. »

Le code de la commande publique réunit ainsi enfin tous les textes applicables à la commande publique, à l'exception cela dit des dispositions intégrées au code général des collectivités territoriales.

La codification se fait pour l'essentiel à droit constant, si ce n'est quelques précisions sur la modification ou la résiliation des marchés, sur les conditions d'exercice de la maîtrise d'ouvrage et sur la mission d'assistance du conducteur d'opérations ou encore sur le traitement des marchés « exclus » comme des marchés « soumis à un régime particulier ».

Mais le droit de la commande publique est toujours en mouvement. Le code de la commande publique intègre déjà les dispositions de la [loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique \(ELAN\)](#) intéressant la commande publique, qui

modifient notamment les conditions du recours au marché de conception-réalisation. Ce code devrait également s'enrichir très prochainement des dispositions du [projet de loi PACTE](#) et surtout de celles de ses deux projets de décret « *portant diverses mesures relatives aux contrats de la commande publique* », dont les textes ont été rendus publics en [juillet 2018](#) et [octobre 2018](#).

---

## **Quels moyens invocables à l'appui d'un recours en contestation de la validité d'un contrat pour l'auteur d'une offre irrégulière ?**

[CE 9 novembre 2018 Sociétés Cerba et Delapack Europe B.V., req. n° 420654 : publié au Rec. CE](#)

Début 2014, la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés (« CNAMTS » – devenue la Caisse Nationale d'Assurance Maladie au 1<sup>er</sup> janvier 2018) a lancé un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché d'un montant 146 millions d'EUR, pour quatre ans, relatif à la fourniture de kits de dépistage immunologique du cancer colorectal et en la gestion de la solution d'analyse des tests. La CNAMTS a rejeté pour irrégularité les offres de trois candidats puis a attribué le marché en décembre 2014 au groupement constitué par les sociétés Cerba et Daklapack Europe BV.

Deux candidats évincés, après le rejet de leurs référés précontractuels, ont déposé un recours contestant la validité de ce contrat. Le tribunal administratif de Paris les a rejetés. Toutefois, par un arrêt du 24 avril 2018 ([CAA Paris 24 avril 2018 GLBM et a., req. n° 16PA03554 et 16PA03573.](#))), la cour administrative d'appel de Paris a considéré que la CNAMTS, du fait de la présentation erronée de l'offre du titulaire, s'était méprise sur le coût total du marché en omettant de prendre en compte la TVA dont elle devrait s'acquitter. Elle a considéré que cette erreur viciait le consentement de l'acheteur public et qu'aucune atteinte excessive à l'intérêt général ne faisait obstacle à l'annulation du marché, qu'elle a simplement affecté d'un effet différé.

Le titulaire du marché et la CNAMTS ont formé des pourvois en cassation à l'encontre de cet arrêt.

## **1 Deux inexactes qualifications juridiques des faits sur le vice du consentement et sur l'atteinte portée à l'intérêt général par l'annulation du contrat**

En premier lieu, le Conseil d'État censure l'arrêt de la cour en retenant à sa charge deux inexactes qualifications juridiques des faits.

**1.1** Le Conseil d'État retient une inexacte qualification juridique des faits dans la circonstance que la cour ait écarté toute atteinte excessive à l'intérêt général du fait de la nullité du contrat.

La Haute Juridiction souligne « *l'enjeu majeur de santé publique que représente le dépistage du cancer colorectal, qui est l'un des cancers les plus meurtriers en France* » et les conséquences de l'interruption du service sur l'efficacité du programme de dépistage pour censurer cette appréciation de la cour.

**1.2** Les requérants soutenaient que le marché public

était entaché d'un vice du consentement et particulièrement d'une erreur sur le prix, moyen retenu par la cour.

Le Conseil d'Etat rappelle la nature des moyens tirés d'un vice du consentement, de l'illicéité de l'objet du contrat ou d'une particulière gravité, qui sont les seules causes d'annulation du contrat et qui peuvent être soulevés d'office par le juge, par les parties au contrat (([CE 28 décembre 2009 Commune de Béziers, req. n° 304802 : Rec. CE p. 509.](#))) ou des tiers, victime du vice ou non, contestant la validité du contrat (([CE 4 avril 2014 Département de Tarn-et-Garonne, req. n° 358994 : aux tables du Rec. CE](#) – [CE 5 février 2016 Syndicat mixte des transports en commun Hérault transport, req. n° 383149 : publié au Rec. CE.](#))).

L'erreur, comme en droit civil, résulte du constat qu'une partie s'est tellement méprise sur ce sur quoi elle s'engageait que l'accord des volontés qui forme le contrat ne peut être regardé comme établi (( Cf. conclusions du rapporteur public Péliissier sous la décision commentée.)). L'erreur doit être substantielle c'est-à-dire porter sur l'objet du contrat ou la personne : elle doit remettre en cause l'engagement convenu. Or, de jurisprudence constante, une simple erreur sur le prix ne vicie pas le consentement : une mauvaise évaluation par l'acheteur public (([CE 21 mai 1948 Société coopérative ouvrière de production Entreprise générale ouvrière rhodanienne : au Rec. CE p. 641.](#))) ou le prestataire des coûts et recettes de l'exécution du contrat n'est jamais constitutive d'un vice du consentement (( [CE 30 mai 1980 Société de la piscine de la dame blanche, req. n° 12016 : publié au Rec. CE](#) ; le nouvel article [1136](#) du code civil dispose que « *L'erreur sur la valeur par laquelle, sans se tromper sur les qualités essentielles de la prestation, un contractant fait seulement de celle-ci une appréciation économique inexacte, n'est pas une cause de nullité* »)), ce qu'a encore récemment très récemment rappelé le Conseil d'Etat (([CE 20 décembre 2017 Société Area Impianti, req. n° 408562 :](#)

[mentionné aux tables du Rec. CE.](#) )) : une telle erreur n'est pas excusable de la part d'un professionnel diligent ((Cf. conclusions du rapporteur public Henrard sous CE 20 décembre 2017 *Société Area Impianti*, req. n° 408562. )).

Ici, l'erreur de la CNAMTS porte sur le régime fiscal applicable aux prestations ; mais pour le Conseil d'État, « *une erreur conduisant à une appréciation inexacte du coût d'un achat par le pouvoir adjudicateur n'est pas, en elle-même, constitutive d'un vice du consentement* » : cette erreur n'entache pas pour autant le contrat de nullité, et la cour a inexactement qualifié les faits en retenant une solution inverse.

Cette position témoigne du caractère résiduel des vices du consentement susceptible d'affecter la validité du contrat, qui doivent avoir des conséquences dirimantes sur l'accord des parties.

## **2 Le jugement de l'affaire au fond : un guide de l'appréciation de la recevabilité des moyens invocables dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat**

**2.1** Avant toute chose, le Conseil d'État énonce expressément que la formation antérieure d'un référé précontractuel ne fait pas obstacle à la formation d'un recours en contestation de la validité du contrat.

On peut noter ici que si c'est une évidence pour le juge administratif, ce n'est pas le cas pour le juge judiciaire. Ce dernier n'a pas encore expressément admis l'intérêt d'un candidat évincé ou d'un tiers à introduire au fond une action en nullité dirigée contre un marché privé de travaux relevant de la commande publique, et l'a au contraire expressément refusé lorsque le requérant a déjà exercé un référé précontractuel (( CA Aix-en-Provence 30 mai 2012 SARL Arnaud, n° 10/18369 – voir notamment en ce sens Stéphane

Braconnier, Paul Peyret et Lionel Levain *Panorama des recours ouverts à l'encontre des contrats privés de la commande publique*, Contrats et Marchés publics n° 8-9, août 2013, 7.)).

De la même façon, la circonstance que les offres des requérants soient irrégulières ne fait pas obstacle à ce qu'ils engagent un recours en contestation de la validité du contrat : les questions de recevabilité intéresseront les moyens qu'ils peuvent invoquer à l'appui de ce recours, mais pas l'exercice du recours lui-même.

2.2 Jugeant l'affaire au fond, le Conseil d'État adopte un important considérant de principe relatif aux moyens invocables par l'auteur d'une offre irrégulière :

« [...] 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 ; qu'un concurrent évincé ne peut ainsi invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que les manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat qui sont en rapport direct avec son éviction [...] au titre de tels manquements, le concurrent évincé peut contester la décision par laquelle son offre a été écartée comme irrégulière ; qu'un candidat dont l'offre a été à bon droit écartée comme irrégulière ou inacceptable ne saurait en revanche soulever un moyen critiquant l'appréciation des autres offres ; qu'il ne saurait notamment soutenir que ces offres auraient dû être écartées comme irrégulières ou inacceptables, un tel manquement n'étant pas en rapport direct avec son éviction et n'étant pas, en lui-même, de ceux que le juge devrait relever d'office ; qu'il en va ainsi y compris dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, toutes les offres ont été écartées comme irrégulières ou inacceptables, sauf celle de l'attributaire, et qu'il est soutenu que celle-ci aurait dû être écartée comme irrégulière ou inacceptable »

Cette règle est directement inspirée de la décision SMIRGEOMES ([\(CE 3 octobre 2008 SMIRGEOMES, req. n° 305420 : Rec. CE p. 324\)](#)). En référé précontractuel, elle implique qu'un candidat qui ne peut se voir attribuer le contrat parce que sa candidature doit « *elle-même être écartée ou que l'offre qu'il présent[e] ne p[eu]t qu'être éliminée comme inappropriée, irrégulière ou inacceptable* » ne peut jamais être regardé comme lésé par le choix de l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu ; en effet, l'irrégularité de ce choix n'est pas la cause de son éviction ([\( CE 11 avril 2012 Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a., req. n° 354652 : aux tables du Rec. CE.\)](#))).

Une exception toutefois : lorsque l'acheteur ne vérifie pas la régularité d'une candidature ou d'une offre en cours de procédure de passation, alors que le motif était régularisable, et qu'il admet le participant au classement pour ne lui opposer cette irrégularité pour la première fois dans le cadre du contentieux, le Conseil d'Etat ne fait pas application de cette position et interdit à l'acheteur d'opposer au candidat l'irrégularité de son offre ([\(CE 24 février 2016 Syndicat mixte pour l'étude et le traitement des ordures ménagères de l'Eure, req. n° 394945 : mentionné aux tables du Rec. CE\)](#))).

Le rapporteur public de l'affaire commentée, Gilles Pelissier, s'est interrogé sur la transposition de cette jurisprudence propre aux référés précontractuels et contractuels au recours en contestation de la validité du contrat. La réponse n'était pas évidente compte tenu de deux arrêts récents de la CJUE :

- la CJUE a reconnu au candidat évincé un intérêt suffisant à invoquer l'irrégularité de l'offre retenue alors même que la sienne était irrégulière car ce manquement pouvait faire obstacle à la conclusion du contrat et obliger l'acheteur à reprendre la procédure à un stade antérieur où le candidat évincé pouvait présenter une nouvelle offre régulière et obtenir ainsi

une chance de se voir attribuer le marché (( [CJUE 4 juillet 2013 \*Fastweb\*, aff. C-100/12](#) – [CJUE 5 avril 2016 \*PFE\*, aff. C-689/13](#). )) ;

- Toutefois dans le cas où la décision d'exclusion du candidat évincé a été « *confirmée par une décision ayant acquis l'autorité de la chose jugée avant que la juridiction saisie du recours contre la décision d'attribution du marché ne statue, de telle sorte que ledit soumissionnaire devait être considéré comme étant définitivement exclu de la procédure de passation du marché public en cause* », le candidat évincé perd tout intérêt à l'annulation d'une procédure à laquelle, même si elle devait reprendre à un stade antérieur, il ne peut plus participer (( [CJUE 21 décembre 2016 \*Österreich Caverion und Gebäudebetreuung Technische Bietergemeinschaft\*, aff. C 355/15](#).)).

Parce que le recours en contestation de la validité du contrat porte sur un contrat conclu, dont l'éventuelle résiliation ou résolution ne rouvrira pas en elle-même la procédure d'attribution, le rapporteur public préconise de retenir que l'irrégularité de l'offre opposée est définitive et clôt les possibilités de recours.

Par conséquent, le Conseil d'État considère qu'un concurrent évincé ne peut invoquer, outre les vices d'ordre public dont serait entaché le contrat, que des manquements aux règles applicables à la passation de ce contrat en rapport direct avec son éviction. Il peut donc contester la décision qui a écarté son offre comme irrégulière mais pas l'appréciation des autres offres, ni leur conformité, ni leur appréciation au fond.

En revanche, les décisions de la CJUE interrogent sur le devenir de la jurisprudence *Syndicat Ody 1218 Newline du Lloyd's de Londres et a.* en référé précontractuel. Comme l'indique le rapporteur public ((Cf. conclusions du rapporteur public Pélissier sous la décision commentée.)), le référé

précontractuel porte sur une procédure de passation qui n'est pas achevée, de sorte que son annulation permet de la reprendre régulièrement en réintégrant dans la compétition le candidat évincé : la jurisprudence du Conseil d'État pourrait donc être amenée à évoluer sur les moyens invocables par les candidats écartés.

**2.3** Si le juge refuse donc d'accueillir les moyens relatifs à l'appréciation de l'offre de l'attributaire, les requérants, candidats évincés d'offres irrégulières, peuvent toutefois invoquer les moyens d'ordre public, ceux d'une gravité telle que le juge devrait s'en saisir d'office :

*« si les requérants entendent soutenir que, du fait des irrégularités de l'offre de la société Cerba, attributaire du marché, qui la rendaient, selon eux, irrégulière et inacceptable, le contenu du contrat litigieux est lui-même entaché d'un vice, il résulte de ce qui a été dit au point 11 qu'ils ne peuvent soulever un tel moyen que si le vice ainsi allégué est d'ordre public, c'est-à-dire si le contenu du contrat est illicite ; que le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet, le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement ».*

Par exemple, une convention confiant la réalisation d'une opération d'aménagement urbain d'une zone littorale inconstructible ([\(CE 10 juillet 2013 Commune de Vias, req. n° 362304 : mentionné aux tables du Rec. CE.\)](#)) ou concédant – avant que cela soit possible – à une société un droit réel sur une dépendance du domaine public ([\(CE 1<sup>er</sup> octobre 2013 Société Espace Habitat construction, req. n° 349099 : mentionné aux](#)

[tables du Rec. CE.\)\)](#) a pu être jugé illicite.

En l'espèce, le Conseil d'État précise que ne saurait caractériser un contenu illicite, le fait que :

- les prix soient fixés hors taxes alors que l'acheteur doit être assujéti à la TVA (le rapporteur public souligne que l'objet du contrat n'est pas de méconnaître la législation fiscale : ne pas mentionner une taxe qui sera due ne rend pas le contrat illicite pour autant) ;
- le prix TTC des prestations dépasse les crédits budgétaires alloués au marché : manifestement le caractère inacceptable d'une offre et l'obligation de principe de la rejeter n'affecte pas davantage la licéité de l'offre ;
- enfin, si le rapporteur soulignait que la circonstance que le marché méconnaisse un simple arrêté relatif au contrôle des tests immunologiques ne suffit pas à caractériser l'illicéité du contrat, c'est-à-dire la méconnaissance de la loi elle-même, le Conseil d'État se contente d'écarter le moyen comme infondé, l'arrêté invoqué n'étant pas applicable aux prestations.

---

## **Rachel Cattier intervient dans Achatpublic**

Rachel Cattier a été interviewée par Aude Camus, journaliste, pour Achatpublic.

« Source de contentieux au sujet des mentions minimales qu'elles doivent contenir, les lettres de rejets peuvent vite devenir stressantes à rédiger. « Motivez, Motivez » est un leitmotiv du courrier adressé aux recalés, mais il n'est pas

le seul, puisque, dans certains cas, il faut aussi penser, par exemple, délai de stand still... »

Découvrez l'intégralité de l'article [« lettres de rejet : quel contenu? »](#). Lire le [PDF](#).

---

## **AdDen a largement contribué au dernier numéro de MoniteurJuris – Contrats publics de novembre consacré à la « Responsabilité en matière contractuelle »**

AdDen avocats a collaboré à 4 articles du numéro de novembre 2018 de la revue *Contrats publics* :

**Rachel Cattier**, avocate of counsel, spécialiste en droit public, s'est chargée de l'édito « [l'achat public, au-delà de la règle](#) ». Elle a en outre coécrit avec **Alizée Scaillierez**, avocate, l'article intitulé « [les difficultés d'exécution dont le maître d'ouvrage doit répondre](#) » et avec **Maxime Phéline**, avocat, l'article « [responsabilité décennale et marchés publics : état des lieux](#) ». Enfin, **Clémence Hugueny**, avocate, et **Nicolas Nahmias**, avocat associé, ont rédigé l'article consacré à « [la responsabilité des maîtres d'œuvre](#) ».

---

# Indemnisation du titulaire d'un marché à bons de commande en cas de résiliation irrégulière

[CE 10 octobre 2018 Société du docteur Jacques Franc, req. n° 410501 : mentionné aux tables du Rec. CE](#)

1 Le centre hospitalier de Vendôme a confié à la société du Docteur Jacques Franc des prestations d'interprétation de radiographies produites par ses services *via* un marché à bons de commandes. Le centre hospitalier a rapidement résilié le contrat, aux frais et risques de la société pour manquement à ses obligations contractuelles.

Cette résiliation a été jugée irrégulière par un premier jugement du tribunal administratif d'Orléans, confirmé en appel. La société du Docteur Jacques Franc a alors engagé un contentieux afin d'obtenir l'indemnisation du préjudice causé par cette résiliation irrégulière. En effet, le titulaire d'un marché irrégulièrement résilié est en droit de demander :

- l'indemnisation de l'ensemble des coûts résultant pour lui de la cessation anticipée du marché (( Par exemple : licenciements, résiliation des contrats conclus par le cocontractant pour l'exécution du marché etc.)) ;
- l'indemnisation de son manque à gagner, c'est-à-dire le bénéfice manqué par le titulaire en raison de l'interruption illégitime du marché.

2 Rappelons que le calcul du manque à gagner dépend de deux variables : le chiffre d'affaires que l'entreprise aurait réalisé en exécutant le marché et le taux de marge net de l'entreprise à appliquer à ce chiffre d'affaires (( Sur la réalité du préjudice voir : [CE 6 décembre 2017 Société GPE](#)

[Audit et conseil, req. n° 405651 : Rec. CE Tables pp. 662-677-783.](#))).

Le Conseil d'Etat s'attache classiquement aux circonstances particulières de chaque espèce en se fondant sur un faisceau d'indices constitué des données économiques et financières de chaque espèce. Ainsi, il a pu retenir :

- la référence d'un marché semblable pour déterminer le taux de marge ([CE 11 février 1983 SECTRA, req. n° 19460 : Rec. Tables p. 787.](#))).
- la durée importante du marché qui amoindrit les certitudes quant au chiffre d'affaires et au taux de marge prévisionnels ; ainsi pour un contrat de signalétique urbaine de 8 ans, les pertes d'exploitation ne peuvent être regardées comme certaines au-delà des trois ans de contrat de location publicitaire prévus ([CE 10 février 2016 Commune de Bandol, req. n°387769.](#))).
- le bénéfice susceptible d'être réalisé par la société résiliée pour motif d'intérêt général dans le cadre d'un second marché repassé par le pouvoir adjudicateur ([CE 26 mars 2018 Société Balineau, req. n°401060 : mentionné aux Tables du Rec. CE](#) – Voir [le commentaire](#) sur le blog AdDen.)).

Dans l'affaire commentée, intéressant la résiliation d'un marché à bons de commande, le Conseil d'Etat devait se prononcer pour la première fois sur la valeur à retenir pour évaluer le préjudice subi par la société. La spécificité du marché à bons de commande tient en effet à la circonstance que la personne publique commande les prestations au fur et à mesure de l'apparition de ses besoins, de telle sorte qu'il est difficile de projeter avec certitude les recettes que le cocontractant aurait tiré de l'exécution du marché.

**3** Suivant les solutions retenues en la matière par les juges du fond ([CAA Versailles 12 novembre 2015 Société Sogeres, req. N° 13VE02087](#) – CAA Marseille 8 janvier 2018

*Société Renov MG, req. n° 17MA00919.))*, le tribunal puis la cour ont estimé que la société requérante ne pouvait se voir indemnisée que du bénéfice qu'elle aurait tiré des recettes certaines du marché, c'est-à-dire le montant minimal des commandes auquel le centre hospitalier s'était engagé, sans pouvoir se prévaloir des commandes réellement passées en cours d'exécution du marché.

C'est donc un raisonnement juridique qui a été retenu (en se fondant sur le montant minimum du marché à bons de commandes) et non pas économique et financier (en se fondant sur les prestations réalisées avant que le marché soit résilié).

Visiblement convaincu par cette méthode, le rapporteur public avait indiqué sur ce point « *Il ne nous semble donc pas illégitime de retenir, lorsqu'il existe, le minimum de commandes garanti, de préférence au résultat d'un raisonnement probabiliste, pour calculer le chiffre d'affaires de référence* » ((Conclusions du rapporteur public M. Henrard sous la décision commentée.))

Il est suivi par le Conseil d'Etat, qui valide cette approche : « *Considérant que si le titulaire d'un marché résilié irrégulièrement peut prétendre à être indemnisé de la perte du bénéfice net dont il a été privé, il lui appartient d'établir la réalité de ce préjudice ; que dans le cas d'un marché à bons de commande dont les documents contractuels prévoient un minimum en valeur ou en quantité, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en ce qu'il porte sur ce minimum garanti* ».

Cette méthode a l'avantage d'être plus aisée et plus sécurisante que l'évaluation approximative tenant compte des données économiques et financières. Elle clarifie le débat rapidement, sans qu'il soit nécessaire de faire intervenir experts et jugements avant-dire droit. Toutefois cela pénalise le titulaire résilié lorsque l'acheteur commandait plus que le montant garanti... Sur ce point, il est intéressant de relever

que le rapporteur public avait considéré qu'il n'était pas inéquitable que la sécurité qui est accordée au titulaire d'un marché à bons de commande avec un minimum garanti trouve une contrepartie en cas de résiliation du marché ((Conclusions du rapporteur public M. Henrard : « Certes, l'assurance qui est donnée au titulaire du marché par la fixation d'un plancher de commandes se retourne en quelque sorte contre lui en cas de résiliation anticipée, puisqu'avec la méthode adoptée ici il n'a droit à rien de plus pour le calcul de son indemnité. Cependant, au cas général, la détermination d'un minimum garanti, accepté contractuellement, joue un rôle très protecteur pour le cocontractant. Il ne nous semble donc pas inéquitable que la sécurité qui lui est ainsi accordée trouve une contrepartie en cas de résiliation du marché »)).

4 Enfin, sur la détermination du taux de marge, le Conseil d'État rappelle deux éléments. Premièrement, la marge nette est déterminée par soustraction au total des produits de l'ensemble des charges de la société ; cela comprend donc évidemment, outre les charges variables, les charges fixes. Deuxièmement, pour déterminer le taux de marge nette, il peut être tenu compte des résultats nets des quatre exercices précédant la résiliation du marché en litige pour évaluer le taux de marge moyen de la société requérante.

---

## **Déclaration de sous-traitance : une mauvaise identification**

# des prestations peut faire obstacle au paiement direct du sous-traitant

[CAA Marseille 24 septembre 2018 Société Tetra, req. n° 17MA03449](#)

A l'occasion d'un litige entre un sous-traitant et un maître d'ouvrage, la cour administrative d'appel de Marseille a rendu une décision illustrant le formalisme exigé en matière de paiement direct des sous-traitants. Le contexte était celui d'un marché de travaux de génie civil attribué par le Grand port maritime de Marseille à la société DG Constructions, laquelle avait sous-traité certaines missions à la société Tetra avant d'être placée en liquidation judiciaire sans avoir réglé l'entreprise sous-traitante. Cette dernière a demandé le paiement de ses prestations au maître d'ouvrage, directement puis devant le juge administratif : déboutée en première instance, elle n'obtient guère plus de succès devant la cour administrative d'appel.

Tout d'abord, la cour rappelle la règle établie de longue date (([CE 17 mars 1982 Société périgourdine d'étanchéité et de construction, req. n° 23440 : publié au Rec. CE](#) ; pour un exemple récent, voir [CAA Nantes 30 mars 2018, req. n° 17NT00772](#).) selon laquelle « le paiement direct du sous-traitant par le maître d'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été accepté par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été agréées par le maître de l'ouvrage sous la forme d'un avenant au contrat initial ou d'un acte spécial signé des deux parties. ».

En l'espèce, le titulaire du marché et l'entreprise requérante avaient conclu un contrat de sous-traitance pour des prestations de maçonnerie consistant à effectuer un remplissage en béton sous des escaliers. Si le titulaire avait bien déclaré l'entreprise au maître d'ouvrage comme l'exigent les textes ([Article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance](#))), l'acte de sous-traitance identifiait toutefois des prestations de « pose de clôtures ». En conséquence, selon la cour, aucun élément ne permettait d'établir que le Grand port maritime de Marseille ait accepté le sous-traitant et agréé ses conditions de paiement pour les travaux en litige.

Force est de reconnaître que le libellé de l'acte de sous-traitance n'avait pas grand-chose à voir avec les prestations de maçonnerie objet du contrat. Cependant, la solution retenue par les juges d'appel n'en demeure pas moins sévère pour l'entreprise sous-traitante.

Cette appréciation peut en effet surprendre puisque non seulement l'acte de sous-traitance identifie bien l'entreprise sous-traitante, qui justifie, ainsi que le reconnaît la cour, avoir réalisé les prestations de maçonnerie prévues au contrat, mais surtout, l'acte de sous-traitance comporte un montant maximum strictement identique au montant figurant sur le bordereau de prix du contrat de sous-traitance. Cette dernière donnée aurait pu constituer un indice quant à l'identité des prestations objet du contrat et celles objet de la déclaration de sous-traitance. Ce n'est pas l'avis de la cour, aux yeux de laquelle aucun de ces éléments ne permet de conclure à une « *simple erreur de plume* » et, par suite, au fait que les prestations identifiées dans le contrat et dans l'acte de sous-traitance étaient bien les mêmes.

Cette décision s'inscrit dans la lignée d'une jurisprudence récente qui exige un strict respect du formalisme instauré par la loi du 31 décembre 1975 ((Pour une analyse en ce sens, voir Rachel Cattier, *La sous-traitance reste sous haute protection*,

Le Moniteur 12 octobre 2018, page 92.)). Elle invitera inévitablement les sous-traitants à redoubler de vigilance avant de signer le formulaire de déclaration de sous-traitance, en particulier s'agissant de la manière dont les prestations y sont identifiées, sous peine de compromettre leur droit au paiement direct.

---

# **Application de la théorie de l'enrichissement sans cause en l'absence de tout contrat conclu avec l'administration**

[CAA Marseille 24 septembre 2018 Société Plomberie de la Têt, req. n° 17MA00879](#)

Après avoir réalisé des travaux de réparation du système de chauffage au sein d'une école communale sans avoir signé aucun contrat avec la commune de Ponteilla-Nyls, la société Plomberie de la Têt a sollicité sans succès le paiement de ces prestations, ce qui l'a conduite à saisir le juge. L'occasion pour la cour de revenir sur les classiques des fondements de l'indemnisation de prestataires intervenus sans contrat, que celui-ci n'ait jamais été conclu ou soit entaché de nullité.

## **L'absence de tout contrat entre les parties**

La cour commence par écarter toute responsabilité de nature contractuelle, estimant qu'aucun élément ne permet de constater l'existence d'un accord précis intervenu entre la commune et l'entreprise, tant sur la prestation à exécuter que sur son prix. Elle exclut ainsi tout contrat verbal ou

implicite ((Pour un exemple de contrat verbal qualifié de marché de prestation de service, voir [CAA Bordeaux 21 octobre 2004 SARL Virtual Media Graphic, req. n° 00BX01016](#). Pour rappel, tous les marchés dont la valeur est égale ou supérieure à 25 000 EUR HT doivent être conclus par écrit ([article 15 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#)))), bien qu'il soit établi que la commune avait commandé des prestations de réparation, dès lors que :

- ni la commune, ni l'entreprise n'ont établi d'écrit confirmant l'existence d'un contrat ;
- la commune conteste aussi bien la consistance des travaux que le montant de la rémunération due à ce titre, manifestant ainsi un défaut d'accord entre les parties.

### **Règlement du litige sur le terrain de l'enrichissement sans cause**

A défaut de contrat, le litige se règle sur le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause. Pour rappel, ce principe, établi de longue date par le juge administratif ((CE 14 avril 1961 *Ministre de la Reconstruction et du Logement c. Société Sud-Aviation*, req. n° 32468 : publié au Rec. CE ; voir également [CE Sect. 14 octobre 1966 \*Ministre de la Construction c/ Ville de Bordeaux\*, req. n° 64076 : publié au Rec. CE.](#))), permet à l'opérateur ayant réalisé des prestations au bénéfice de l'administration d'engager une action indemnitaire à son encontre afin d'obtenir le paiement des dépenses utiles qu'il a exposées pour elle. Cette action est exercée sur un fondement quasi-contractuel parce que les prestations concernées ont été réalisées hors contrat, soit parce qu'elles dépassent le champ de relations contractuelles existantes ((Hypothèse de prestations supplémentaires par rapport à celles prévues au contrat, voir par exemple [CE 19 mars 1982, req. n° 18632 ; mentionné aux Tables du Rec. CE.](#))), soit parce que ces relations ont disparu ((Hypothèse d'un contrat frappé de nullité, voir par exemple [CE Sect. 20 octobre 2000 \*Société\*](#)

[Citecable Est, req. n° 196553 : publié au Rec. CE.](#))) soit en l'absence pure et simple de tout lien contractuel établi entre l'administration et l'opérateur ((Voir par exemple [CE 25 octobre 2004 Commune du Castellet, req. n° 249090 : mentionné aux Tables du Rec. CE.](#))), comme c'est le cas en l'espèce.

L'enrichissement sans cause suppose (i) que les prestations aient bien été réalisées et (ii) qu'elles aient été utiles à la commune. La cour le vérifie en analysant *in concreto* de la situation.

Pour apprécier la réalité de l'accomplissement des prestations, les juges se fondent sur plusieurs éléments : ils prennent ainsi en compte les factures émises par l'entreprise que celle-ci a produites, et ce, quand bien même elles auraient été établies de façon irrégulière ((C'est-à-dire, en méconnaissance des prescriptions du [L. 441-3 du code de commerce](#) et de l'[article 242 nonies A du code général des impôts.](#))), mais aussi des dépositions de témoins auditionnés dans le cadre d'une enquête contradictoire ordonnée par la juridiction ((Conformément aux dispositions des [R. 623-1 et suiv. du code de justice administrative](#), qui permettent à la juridiction de prescrire une enquête sur les faits dont la constatation lui paraît utile à l'instruction de l'affaire.)). C'est bien à partir de ce croisement d'informations que la cour est en mesure d'établir la réalité des prestations.

Pour établir ensuite l'utilité des prestations, les juges d'appel retiennent en l'espèce que « *le fonctionnement de la chaudière à vide avait endommagé ses organes* », sous-entendant ainsi le caractère utile, si ce n'est nécessaire, des travaux réalisés par l'entreprise.

Enfin, la cour refuse de tenir compte de la faute commise par l'entreprise, qui a commis une imprudence en intervenant sans contrat, la cour rappelle qu'en matière d'enrichissement sans cause, « *la faute éventuellement commise par l'intéressé en fournissant des prestations en dehors de tout contrat est sans*

*incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, **sauf si l'assentiment de la personne publique a été obtenu dans des conditions de nature à le vicier, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action** » (([CE 10 avril 2008 Société Decaux, req. n° 244950 : publié au Rec. CE](#) : « Considérant que [...] les fautes éventuellement commises par l'intéressé antérieurement à la signature du contrat sont sans incidence sur son droit à indemnisation au titre de l'enrichissement sans cause de la collectivité, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration, ce qui fait obstacle à l'exercice d'une telle action »)). Ainsi, seul un vice du consentement de l'acheteur est de nature à faire obstacle à l'indemnisation de l'entreprise sur le fondement de l'enrichissement sans cause.*

La cour admet donc le droit à indemnisation de l'entreprise sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour la partie des prestations dont la réalité a été établie.

### **Le partage de la responsabilité quasi-délictuelle de la commune**

En principe, l'administration commet une faute de nature à engager sa responsabilité quasi-délictuelle en confiant à une entreprise la réalisation de travaux sans se soumettre aux exigences procédurales de passation des marchés publics, qui doit la conduire à l'indemniser du manque à gagner, c'est-à-dire la part de bénéfice que l'entreprise attendait de la réalisation de ces prestations, dont l'enrichissement sans cause ne rembourse que le coût.

Néanmoins, pour ce fondement de responsabilité, les juges tiennent compte en retour de la faute commise par l'entreprise concernée en concluant un contrat sans avoir été mise en concurrence, notamment celles qui, compte tenu de leur expérience, ne pouvaient ignorer l'illégalité de la situation ((Voir par exemple [CE 10 avril 2008 Société Decaux, req. n°](#)

[244950 : publié au Rec. CE ; voir également CE 10 octobre 2012 Commune de Baie-Mahault, req. n° 340647.](#))). En l'espèce, la cour relève que l'entreprise était titulaire de plusieurs marchés passés avec la commune, en cours d'exécution durant la même période, de telle sorte qu'elle ne pouvait ignorer l'irrégularité de la situation dans laquelle elle se trouvait. La cour valorise cette imprudence à hauteur de 50% du manque à gagner de l'entreprise.

---

## **AdDen Nouvelle Aquitaine participe au colloque « Les faits dans le procès administratif »**

Laurent Givord, avocat associé AdDen Nouvelle Aquitaine, participe au colloque « Les faits dans le procès administratif », sous la Direction scientifique de Ludovic Garrido, maître de conférences à l'université de Bordeaux. Seconde édition des Entretiens bordelais du contentieux administratif, ce colloque se déroulera vendredi 9 novembre 2018 de 8h30 à 16h30, au Pôle juridique et judiciaire, Pey Berland, amphi Duguit.

Laurent Givord prendra la parole sur le thème : « Quelle prise en compte des écritures et des pièces ? L'appréciation et l'interprétation des éléments de preuve par le juge administratif ».

Pour consulter le programme et vous inscrire, c'est ici : [Affiche du colloque de Ludovic Garrido du 9 novembre 2018 Les faits dans le procès administratif](#)