

# **Méthode de notation des offres et contentieux indemnitaire : l'irrégularité de la méthode de notation ne peut donner lieu à indemnisation du candidat évincé que si elle a été la cause directe de son éviction**

[CE, 6 avril 2018, Société Nouvelle d'Entreprise Générale du Sud-Ouest \(SNEGSO\), req. n° 402219](#)

## **Le contexte de la décision**

Le 1er décembre 2010, un groupement de commandes a lancé une procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché public de travaux de réaménagement d'une résidence HLM située à Bayonne, comportant dix lots techniques.

A la suite du rejet de son offre, la Société Nouvelle d'Entreprise Générale du Sud-Ouest (SNEGSO) a demandé au tribunal administratif de Pau de condamner le pouvoir adjudicateur à l'indemniser d'un préjudice qu'elle estime avoir subi du fait d'une éviction irrégulière de la procédure de consultation.

Accueillie en première instance, la requête a été rejetée par la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui a annulé le jugement. Par un premier arrêt de cassation rendu le 1er juillet 2015, le Conseil d'Etat a toutefois annulé cette solution et ordonné le renvoi de l'affaire devant la même

juridiction, laquelle a rejeté de nouveau la requête de la SNEGSO.

Saisi d'un nouveau pourvoi, le Conseil d'Etat a, par la décision commentée du 6 avril 2018, annulé le second arrêt d'appel pour insuffisance de motivation. Il a ensuite réglé l'affaire au fond, ainsi qu'il y était tenu par les textes[1], sans pour autant accueillir la demande indemnitaire de la SNEGSO. Ce faisant, il a apporté d'utiles précisions sur le contrôle de la régularité de la méthode de notation des offres retenue par l'acheteur (1) puis, corrélativement, sur les éventuelles conséquences indemnitaires qu'il convient d'en tirer à l'égard du candidat évincé (2).

### **Un nouvel exemple de méthode de notation des offres jugée irrégulière**

Ecartant brièvement le grief tiré de l'irrégularité des critères et des sous-critères, le juge a examiné plus longuement celui relatif à l'irrégularité de la méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur. Comme dans son premier arrêt de cassation, le Conseil d'Etat a fait ici application de sa jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire*[2], laquelle permet au juge administratif de sanctionner le fait pour un acheteur public de recourir à une méthode de notation conduisant à priver de leur portée les critères de sélection ou à neutraliser leur pondération.

Ont ainsi pu être jugées irrégulières des méthodes de notation conduisant à l'attribution de notes négatives[3], à l'attribution de la meilleure note à l'offre la plus proche de l'estimation faite par le pouvoir adjudicateur[4], à l'attribution d'une note selon une formule incluant le prix proposé et le prix de l'offre la plus basse ayant pour effet de neutraliser les écarts entre les prix[5] ou encore à l'attribution automatique de la note maximale à l'offre la

moins-disante et de la note minimale à l'offre la plus onéreuse ayant pour effet, au regard de la pondération élevée du prix, de neutraliser les autres critères[6].

La décision commentée fournit un nouvel exemple de méthode de notation jugée irrégulière. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait choisi d'attribuer une note globale à chaque candidat, fondée sur la moyenne arithmétique des notes obtenues lot par lot. Aux termes de son premier arrêt, le Conseil d'Etat avait déjà admis que le calcul de cette note globale ne permettait pas de tenir compte de la grande disparité des valeurs des différents lots ni, par suite, d'identifier l'offre dont le prix était effectivement le plus avantageux.

Confirmant cette solution, la décision commentée ajoute que, pour tenir compte de la disparité des valeurs des lots, il appartenait au pouvoir adjudicateur d'appliquer aux notes obtenues sur chacun des lots un coefficient de pondération résultant du rapport entre (i) la valeur de chaque lot et (ii) la valeur estimée de l'ensemble du marché.

En ce sens, le Conseil d'Etat fait œuvre de pédagogie en identifiant clairement la méthode de notation qui aurait dû être retenue, afin de garantir le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse et d'éviter une sanction au titre de la jurisprudence *Commune de Belleville-sur-Loire*. Une telle démarche se révèle d'autant plus cohérente que c'est précisément le silence gardé par le juge d'appel sur la méthode retenue pour établir une note comparative qui a fondé l'annulation de l'arrêt d'appel pour insuffisance de motivation.

### **Méthode de notation irrégulière : une indemnisation non-garantie du candidat évincé**

Après avoir constaté l'irrégularité de la méthode de notation,

le Conseil d'Etat s'est attaché à établir les conséquences qu'il convenait d'en tirer. Il a ici suivi sa propre jurisprudence, initiée cinq ans plus tôt[7] et récemment enrichie par un arrêt *Société Bancel*[8], dont il a d'ailleurs repris le considérant de principe[9].

Il ressort de ces décisions que, lorsqu'un candidat évincé demande l'indemnisation d'un préjudice résultant d'une éviction irrégulière, le juge adopte un raisonnement en deux étapes : d'une part, il doit établir l'existence ou non des irrégularités alléguées ; d'autre part, il lui appartient de déterminer l'existence d'un lien causal direct entre la faute résultant des irrégularités constatées et les préjudices dont se prévaut le requérant.

En l'espèce, la Haute Juridiction a pu constater, par une appréciation mathématique du lien causal, qu'en appliquant la méthode de notation exposée par ses soins, la société requérante conservait une note globale inférieure à celle de la société attributaire du marché. Elle en a donc déduit que l'irrégularité de la procédure de consultation n'avait pas eu d'incidence sur le classement de l'offre de la SNEGS0.

Suivant une logique classique, selon laquelle un manquement ne peut donner lieu à indemnisation que s'il a directement causé le préjudice dont le requérant se prévaut, le Conseil d'Etat prend ici soin de souligner, s'agissant des méthodes de notation, que, pour que le lien direct de causalité soit caractérisé, l'irrégularité doit avoir été « *la cause directe de l'éviction du candidat* ».

Aussi, dès lors que l'application d'une méthode de notation régulière ne permettait pas à la requérante d'obtenir une note supérieure à celle de l'attributaire, l'irrégularité de la méthode de notation retenue par le pouvoir adjudicateur ne saurait constituer la cause directe de son éviction. C'est la raison pour laquelle ladite irrégularité ne pouvait fonder, en l'espèce, une condamnation d'Habitat Sud Atlantique à indemniser

la SNEGS0.

[1] En vertu de l'article L. 821-2, alinéa 2 du code de justice administrative

[2] [CE, 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, req. n° 373362](#)

[3] [CE, 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, req. n° 362532](#)

[4] [CE, 29 octobre 2013, OPH Val d'Oise Habitat, req. n° 370798](#)

[5] [CE, 3 novembre 2014, Commune de Belleville-sur-Loire, préc.](#)

[6] [CE, 24 mai 2017, Sté Technico Logistique, req. n° 405787](#)

[7] [CE, 10 juillet 2013, Cie martiniquaise des transports, req. n° 362777](#)

[8] [CE, 10 février 2017, Sté Bancel, req. n° 393720](#)

[9] Cons. 13 : « *Considérant, toutefois, que, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un marché public demande la réparation du préjudice qu'il estime avoir subi du fait de l'irrégularité ayant, selon lui, affecté la procédure ayant conduit à son éviction, il appartient au juge, si cette irrégularité est établie, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et les préjudices dont le candidat demande l'indemnisation ; qu'il s'en suit que lorsque l'irrégularité ayant affecté la procédure de passation n'a pas été la cause directe de l'éviction du candidat, il n'y a pas de lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les*

*préjudices invoqués par le requérant à raison de son éviction ; que sa demande de réparation des préjudices allégués ne peut alors qu'être rejetée ».*

---

# **L'avis d'appel public à la concurrence d'une délégation de service public de l'État est une mesure préparatoire insusceptible de recours en excès de pouvoir**

[CE 4 avril 2018 « Collectif danger aérodrome Aix-Les Milles » et autres, req. n° 414263 : mentionné dans les tables du recueil Lebon.](#)

Par un avis publié au BOAMP le 19 novembre 2015, le ministre chargé des transports a lancé une procédure d'appel à la concurrence en vue de l'attribution d'une délégation de service public (DSP) relative à l'aérodrome d'Aix-Les-Milles.

L'association « *Collectif danger aérodrome Aix-Les Milles* » a demandé au tribunal administratif de Paris d'annuler cet avis. Le tribunal a rejeté par ordonnance leur demande comme manifestement irrecevable, au motif que l'avis litigieux, qui présente le caractère d'une mesure préparatoire à la conclusion du contrat, n'est pas une décision faisant grief susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir. L'association a interjeté appel et par un arrêt du 12 juillet 2017, la cour administrative d'appel de Paris a annulé

l'ordonnance rendue par le tribunal administratif de Paris, en identifiant dans l'avis d'appel public à concurrence une décision de déléguer la gestion de cet aéroport qui serait susceptible de recours, en renvoyant les parties devant le tribunal. Le ministre a introduit un pourvoi contre cet arrêt.

Un avis d'appel à la concurrence peut-il révéler une décision d'avoir recours à un contrat, laquelle pourrait faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir ? Depuis longtemps, les avis d'appel à la concurrence en vue de la passation de marchés publics sont qualifiés de mesures préparatoires se bornant « à manifester l'intention de passer un marché » (( [CE 10 mai 1996 Conseil régional de l'ordre des architectes de la région Provence-Alpes-Côte-d'Azur, req. n° 162856](#))) insusceptibles de recours pour excès de pouvoir en tant que tels (( [CE 17 février 2010 Communauté de communes Flandres Lys, req. n° 325520](#))). Ainsi, un avis publié par VNF en vue de la passation d'un marché de partenariat ne fait pas grief en tant que tel et le recours dirigé à son encontre est irrecevable (( Dans la présente affaire, la cour de Paris a admis la recevabilité du recours, tandis que dans son arrêt [CAA Douai 19 avril 2012 Société Solenate Energies et Commune de Givet, req. n° 11DA00531](#), la cour de Douai a considéré le recours irrecevable.)).

Dans ces hypothèses, les délibérations ou les décisions qui décident du recours à ces contrats sont, elles, susceptibles de faire l'objet d'un recours en excès de pouvoir, ce qui laisse ainsi un espace de contestation aux tiers qui souhaitent discuter le principe même du recours à un contrat (( [CE 24 novembre 2010 Association fédération d'action régionale pour l'environnement et autres., req. n° 318342](#). La délibération de l'assemblée délibérante d'une collectivité territoriale, d'un groupement de collectivités ou d'un établissement public local sur le principe d'une délégation de service public local, prise sur le fondement de l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales (CGCT),

est un acte susceptible de recours pour excès de pouvoir.)).

Dès lors que les textes ne prévoient pas de décisions sur le principe du recours à un contrat, l'AAPC peut-il en tenir lieu ?

1. Gilles Pellissier, rapporteur public sur cette affaire, a préconisé l'ouverture d'un tel recours à l'encontre de l'avis litigieux au terme d'une argumentation convaincante : à défaut de toute autre formalisation de la décision d'avoir recours à une DSP, une telle voie de recours permettrait un contrôle du recours par l'Etat à la délégation de service public dans son principe même, notamment s'agissant des activités qui ne peuvent pas être déléguées par exemple (( [Conclusions](#) de M. Gilles Pellissier, rapporteur public.)).

Mais le Conseil d'Etat ne l'a pas suivi. La Haute Juridiction rappelle « *qu'aucune disposition n'impose à l'Etat, contrairement à ce qui est prévu pour les collectivités territoriales ainsi que leurs groupements et établissements publics* (( Pour rappel, [l'article L.1411-4 du code général des collectivités territoriales](#) dispose : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local (...).* »)), *d'adopter, avant d'engager la procédure de passation d'une délégation de service public, une décision sur le principe du recours à une telle délégation* ». Partant, si l'avis de publicité manifeste évidemment l'intention de l'Etat d'avoir recours à un tel contrat pour la gestion de cet aéroport, il ne saurait en soi constituer une décision sur le principe du recours à une telle délégation, puisque cette décision n'est pas nécessaire pour les DSP de l'Etat.

Le Conseil d'Etat termine en indiquant que l'association requérante a toujours la possibilité de former à l'encontre de cette DSP un recours « Tarn et Garonne » (( [CE 4 avril 2014](#)



[Département Tarn-et-Garonne, req. n° 358994](#) : recours permettant aux tiers justifiant d'un intérêt lésé par un contrat administratif, de contester sa validité devant le juge du contrat.)) : ce n'est donc qu'a posteriori que le principe même du recours à la DSP pourra être discuté, c'est-à-dire une fois qu'il aura déjà été mis en œuvre.

---

# Qualification d'offre irrégulière : des jurisprudences contradictoires

[CE 16 avril 2018 Société SNT Petroni, req. n° 417235](#)

Par une décision du 16 avril 2018, le Conseil d'Etat a illustré l'application de [l'article 59 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#), qui apparaît entrer en contradiction avec les dernières jurisprudences rendues par lui.

Le département de Corse du Sud a lancé une consultation, selon une procédure d'appel d'offres formalisée, en vue d'attribuer un marché public de travaux portant sur l'aménagement de la traversée de Cadaniccia – section 1 située dans la commune de Sarrola-Carcopino. Le lot n° 1 VRD a été attribué à un groupement de sociétés, tandis que l'offre de la société SNT Petroni, requérante, a été rejetée comme étant irrégulière. La société SNT Petroni a obtenu du juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Bastia l'annulation de la procédure d'attribution du marché, lequel a enjoint au département de reprendre la procédure avant le rejet pour

irrégularité de l'offre de la requérante.

La collectivité de Corse, venue aux droits du département, s'est pourvue en cassation de cette décision.

L'offre de la société SNT Petroni a été rejetée comme irrégulière au motif du non-respect de la forme prescrite par les documents de la consultation pour le bordereau de prix : en effet, au cours de la consultation, le département a changé le modèle de bordereau de prix que les candidats devaient compléter : la nouvelle version du bordereau intégrait des lignes de détail d'un des prix, relatif à la zone de sécurité. Or, la société SNT Petroni a utilisé le premier modèle de bordereau des prix transmis, ce qui a conduit le département du Corse du Sud à rejeter l'offre de la société SNT Petroni comme non-conforme.

En effet, aux termes de [l'article 59 I du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics](#), une offre « *qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation [...]* » est une offre irrégulière. Ces offres peuvent être rejetées en tant que telles, mais le pouvoir adjudicateur peut également choisir d'inviter tous les soumissionnaires d'offres irrégulières à les régulariser, à condition que les offres concernées ne soient pas anormalement basses et que cette régularisation n'ait pas pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres.

L'exercice de cette faculté de régularisation n'est en aucun cas une obligation, ce que vient d'ailleurs de réaffirmer la Haute Juridiction très récemment (( [CE 21 mars 2018 Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 415929](#) : « [...] *il résulte de ces dispositions que si, dans les procédures d'appel d'offres, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires dont l'offre est irrégulière à la régulariser, dès lors qu'elle n'est pas anormalement basse et que la régularisation n'a pas pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles, il ne s'agit toutefois que*

*d'une faculté, non d'une obligation [...] »)).*

Mais pour le Conseil d'Etat, l'offre de la société SNT Petroni n'était pas irrégulière. En effet, même si les circonstances de fait ne sont pas retracées de manière limpide, l'offre de cette société semble avoir pris en considération la modification du bordereau de prix dans le détail estimatif qu'elle a transmis. Pour la Haute Juridiction, dans ces conditions, la seule circonstance qu'elle n'ait pas respecté le modèle de bordereau des prix, pourtant imposé par le pouvoir adjudicateur, n'est pas de nature à entraîner l'irrégularité de l'offre.

Pourtant, dans une situation dans laquelle le candidat n'avait pas complété certaines lignes de prix du bordereau des prix unitaires mais qu'un autre document de son offre, le détail quantitatif des prix, permettait de retrouver facilement les prix unitaires concernés, le Conseil d'Etat avait jugé au contraire que l'offre était irrégulière et que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas compléter lui-même le bordereau de prix avec ces informations, qui ne présentaient pas le même caractère engageant (( [CE 25 mars 2013 Département de l'Hérault, req. n° 364824.](#) )).

Ces jurisprudences dissonantes introduisent une ambiguïté malvenue dans l'approche de la notion d'offre irrégulière : l'acheteur doit-il s'en tenir au formalisme imposé par le règlement de la consultation, ou doit-il vérifier si les informations dont il a sollicité la présentation selon un format donné sont en fait contenues dans un autre document avant de pouvoir qualifier une offre d'irrégulière et de choisir alors, ou non, de la régulariser ?

Cette question n'est pas anodine et a d'importantes incidences pratiques : si les acheteurs imposent des formats de réponse, c'est pour pouvoir faciliter le travail souvent titanesque que représente la comparaison des offres, en travaillant sur des documents normalisés et ainsi facilement comparables, sans

avoir au demeurant à rechercher dans toute l'offre d'un soumissionnaire des informations éparses à réunir avant de pouvoir les comparer. Si le respect de ce formalisme ne rend plus les offres irrégulières, le risque est que les opérateurs ne s'attachent plus à les respecter, avant de reprocher aux acheteurs de n'avoir pas recomposé le puzzle de leurs offres si celles-ci sont déclarées irrégulières.

Cette jurisprudence est d'autant plus étonnante que le Conseil d'Etat estime que le juge des référés n'a commis aucune erreur de droit en relevant que le département aurait pu lever toute éventuelle ambiguïté en demandant une régularisation à cette candidate, alors même que cette faculté n'est précisément pas une obligation. Cette considération du juge des référés était cependant sans incidence sur l'analyse première, retenant une absence d'irrégularité de l'offre.

L'excès de formalisme peut bien entendu être critiqué, et il est évident que le degré d'investissement des opérateurs dans une réponse à un appel d'offres rend regrettable qu'un simple oubli ou une simple inattention entraîne immédiatement l'irrégularité de l'offre, ce qui devrait d'ailleurs indiscutablement inciter les acheteurs à user de la faculté de régularisation offerte par les textes. Pour autant, la normalisation des réponses aux appels d'offres est aussi un enjeu clé pour le travail de comparaison dont les acheteurs ont la charge. L'abandon du formalisme imposé aux réponses devrait être réservé aux cas dans lesquels l'information manquante dans une pièce de l'offre peut très aisément être trouvée ailleurs, sans entraîner un surcroît de travail inacceptable, ou encore aux cas dans lesquels une erreur est flagrante et le sens de sa correction évident.

Une normalisation de la notion d'offre irrégulière serait la bienvenue pour éviter aux acheteurs d'hésiter sur une telle qualification, notamment si même après une invitation à régulariser, l'opérateur ne respecte toujours pas le cadre de réponse imposé.

---

# La consultation sur le projet de code de la commande publique est ouverte

[La consultation sur le projet de code de la commande publique est ouverte !](#)

Le 23 avril dernier la direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy a ouvert une consultation publique afin de recueillir les observations sur le projet de code de la commande publique.

Pour rappel, ce code regroupe l'ensemble des règles applicables aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent comme des marchés publics et des contrats de concession. Il intègre notamment les dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, à la sous-traitance et aux délais de paiement (( Voir « [Lancement d'une consultation publique sur le projet du code de la commande publique](#) »)).

Cette consultation est divisée en deux phases :

- **Du 23 avril au 13 mai 2018 inclus**, la consultation portera sur les dispositions du code à l'exception de celles applicables à l'outre-mer ;
- **Du 14 mai au 28 mai 2018 inclus**, la consultation portera sur les dispositions du code de la commande publique applicables à l'outre-mer.

Vous pouvez d'ores et déjà présenter vos observations à l'adresse suivante : [concertation2.daj@finances.gouv.fr](mailto:concertation2.daj@finances.gouv.fr).

Pour plus de simplicité, la DAJ recommande de structurer les observations au sein d'un tableau dont le modèle vous est fourni [ici](#).

---

## Nicolas Nahmias revient sur les clauses d'interprétariat pour Le Moniteur



Nicolas Nahmias, associé, s'exprime dans un article intitulé « *Clauses d'interprétariat : la nouvelle tour de Babel ?* » sur la validation du Conseil d'Etat de la clause d'interprétariat des Pays de la Loire (4 décembre 2017). Retrouvez l'article [en suivant ce lien](#)

---

# Marché public et marché privé de travaux : des notions si différentes ?

Retrouvez l'article de Rachel Cattier, avocate of counsel, intitulé « **Marché public et marché privé de travaux : des notions si différentes ?** », publié dans la revue [Contrats publics](#) d'avril 2018.

*« Ce qui distingue le marché privé du marché public de travaux est la nature privée ou administrative du contrat. À l'heure actuelle, quels sont les critères permettant d'intégrer les contrats dans l'une ou l'autre de ces catégories ? S'agissant des règles applicables à ces contrats, quelles sont les principales différences et ressemblances ?*

[Lire la suite ... »](#)

---

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

# frais financiers

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

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

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

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

Par un jugement en date du 18 juillet 2014, le tribunal



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

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

**1** Cette position est effectivement contraire tout à la fois à la jurisprudence du Conseil d'Etat rendue en la matière (( [CE 16 novembre 2005 commune de Nogent-sur-Marne, req. n° 262360](#) : « *Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que, dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service* »)), et désormais à la rédaction de l'article 56-I (( [Article 56-I de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession](#) : « *En cas d'annulation,*

*de résolution ou de résiliation du contrat de concession par le juge, faisant suite au recours d'un tiers, le concessionnaire peut prétendre à l'indemnisation des dépenses qu'il a engagées conformément au contrat dès lors qu'elles ont été utiles à l'autorité concédante, parmi lesquelles figurent, s'il y a lieu, les frais liés au financement mis en place dans le cadre de l'exécution du contrat y compris, le cas échéant, les coûts pour le concessionnaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du contrat*

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

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

**1.1** Tout d'abord, la société a soutenu que la cour avait commis une erreur de droit en n'appliquant pas l'article 56-I de l'ordonnance pour résoudre le litige.

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

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

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

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

**1.2** Ensuite, la société GSN-DSP soutenait qu'en tout état de cause, la cour a commis une erreur de droit en excluant par principe les frais financiers du cadre des dépenses utiles indemnifiables, alors que la jurisprudence du Conseil d'Etat en admet l'indemnisation dans certaines conditions (( [CE 16 novembre 2005 commune de Nogent-sur-Marne, req. n° 262360](#) : « *Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement*

de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé ; que, dans le cas où le contrat en cause est une concession de service public, il peut notamment, à ce titre, demander à être indemnisé de la valeur non amortie, à la date à laquelle les biens nécessaires à l'exploitation du service font retour à l'administration, des dépenses d'investissement qu'il a consenties, ainsi que du déficit qu'il a, le cas échéant, supporté à raison de cette exploitation, compte tenu notamment des dotations aux amortissements et des frais afférents aux emprunts éventuellement contractés pour financer les investissements, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service »)).

Cet argument emporte effectivement la conviction du Conseil d'Etat. La haute juridiction rappelle ainsi que le titulaire d'un contrat annulé peut toujours, sur un terrain quasi-contractuel, prétendre au remboursement des dépenses exposées pour l'exécution d'un contrat et qui ont été utiles à la collectivité. Et le Conseil d'Etat réaffirme le considérant de principe de l'arrêt « Nogent-sur-Marne » précité, aux termes duquel dans le cadre d'un contrat de délégation de service public, sont comptées au titre des dépenses utiles exposées par le titulaire les « dépenses d'investissement qu'il a effectuées relatives aux biens nécessaires ou indispensables à l'exploitation du service, à leur valeur non amortie évaluée à la date à laquelle ces biens font retour à la personne publique, ainsi que du déficit d'exploitation qu'il a éventuellement supporté sur la période et du coût de financement de ce déficit, pour autant toutefois qu'il soit établi, au besoin après expertise, que ce déficit était effectivement nécessaire, dans le cadre d'une gestion normale, à la bonne exécution du service public et que le coût de financement de ce déficit est équivalent à celui qu'aurait supporté ou fait supporter aux usagers le délégant ».

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

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

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

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

Ce faisant, le Conseil d'Etat valide pour la première fois expressément l'approche retenue par la cour administrative d'appel de Bordeaux dans l'affaire du projet de métropolitain bordelais pour apprécier le caractère utile des dépenses engagées par le titulaire d'un contrat annulé : peu importe qu'elles aient été engagées utilement à l'époque, si la collectivité abandonne ensuite son projet et ne peut pas réutiliser les prestations pour lesquelles ces dépenses ont été engagées, celles-ci perdent leur caractère d'utilité et ne seront pas indemnisées (( CAA Bordeaux 30 mars 2004 Société pour la concession du métro et du réseau de bus de l'agglomération bordelais (MB2), req. n° 00BX00197.)). On

notera que cette approche ne semble pas utilisée pour l'indemnisation des frais financiers (le déficit d'exploitation financé par le titulaire du contrat de concession n'est pourtant pas utile à la collectivité si les ouvrages n'ont pas été réalisés et que celle-ci change de projet – et finance un autre déficit, selon des conditions probablement différentes).

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

Certes, outre les dépenses utiles, le titulaire d'un contrat annulé peut prétendre à une indemnité en réparation du préjudice subi du fait de la faute de l'administration, sous réserve du partage de responsabilité découlant le cas échéant de ses propres fautes. Ce préjudice correspond aux gains dont le co-contractant a été privé par l'annulation du contrat, c'est-à-dire le bénéfice qu'il aurait tiré de l'exécution du contrat. Mais pour cela, encore faut-il démontrer que l'exécution du contrat aurait effectivement permis de dégager des bénéfices : si l'exécution du contrat était projetée déficitaire, le titulaire du contrat n'a perdu aucun bénéfice du fait de l'annulation du contrat (( CE 18 novembre 1988 *Ville Amiens et Sté exploitation parc de stationnement gare routière Amiens*, req. n° **61871** : publié au Rec. CE 1988, p. 417 ; RFDA 1990, p. 23, concl. Lévis.)).

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

---

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

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

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

Le tribunal administratif de Grenoble, puis la cour administrative d'appel de Lyon ont rejeté la demande de la SFTRF tendant à la condamnation solidaire des constructeurs à l'indemniser des désordres affectant la nacelle de contrôle. C'est dans ce contexte que la SFTRF a formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

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

[2012 Commune du Château d'Oléron, req. n° 352122](#))).

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

Tout est affaire d'analyse casuistique en la matière.

Pour le Conseil d'Etat la réception de la nacelle de contrôle par la SFTRF doit être regardée comme étant tacitement intervenue, au regard de trois éléments permettant d'établir cette intention :

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

Dans ces circonstances, les réserves initialement émises par



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

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

Les opérations de réception continuent d'exiger une grande vigilance des maîtres d'ouvrage (( [Sur le devoir de vigilance dans la réception des travaux voir en ce sens : « Réception des travaux : rappel de l'obligation de vigilance des maîtres d'ouvrage »](#))) : prononcer une réception avec réserves ne suffit pas, il convient d'en suivre attentivement les conditions de la levée et ne pas adopter une attitude susceptible d'être comprise comme renonçant à ses réserves, notamment par le biais du paiement du solde du marché sans retenue.

---

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

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

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

La création de la SEMOP et l'attribution du marché d'exploitation de l'usine d'épuration a été décidée par le conseil d'administration du Syndicat interdépartemental pour l'assainissement de l'agglomération parisienne (SIAAP). La société Véolia Eau – Compagnie générale des eaux est devenue actionnaire opérateur de la société en vue de l'exploitation de l'usine d'épuration, au terme de la procédure de sélection telle que définie par les articles [L. 1541-1](#) et [L. 1541-2](#) du code général des collectivités territoriales (CGCT). Le marché de services a été signé entre le Syndicat et la SEMOP le 7 novembre 2017.

Ce marché a été déféré par le préfet de Paris devant le tribunal administratif de Paris en vue d'obtenir son annulation mais également sa suspension. La société Suez

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

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

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

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

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

**2** Dans un second temps, la cour administrative d'appel admet le moyen selon lequel l'article 8.5 du règlement de consultation, intitulé : « *Langue et rédaction de*

*propositions et d'exécution des prestations » et qui dispose que : « La langue de travail pour les opérations préalables à l'attribution du marché et pour son exécution est le français exclusivement » , créé un doute sérieux sur la validité du marché de services conclu entre la SEMOP et la SIAPP.*

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

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

En effet, la décision du Conseil d'Etat du 4 décembre 2017 a permis de définir la grille d'analyse de la régularité de telles clauses imposant l'usage du français ou le recours à un interprète. Pour être licite, une telle clause doit poursuivre un objectif d'intérêt général, dans une mesure propre à garantir la réalisation de cet objectif, et sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (( [CE 4 décembre 2017 Préfet c. Région Pays de la Loire, req. n° 413336 : mentionné dans les tables du Rec. CE](#) : « 6. *Considérant qu'un pouvoir adjudicateur peut imposer, parmi les conditions d'exécution d'un marché public, des exigences particulières pour prendre en compte des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, sous réserve que celles-ci*

*présentent un lien suffisant avec l'objet du marché ; qu'une mesure nationale qui restreint l'exercice des libertés fondamentales garanties par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne peut être admise qu'à la condition qu'elle poursuive un objectif d'intérêt général, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de celui-ci et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ; [...] »)).*

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

Au contraire, les clauses imposant le recours au français ou la présence ponctuelle d'un interprète en vue de la transmission d'informations spécifiques, relatives à la sécurité sur le chantier et aux droits des salariés par exemple, poursuivent un objectif d'intérêt général de manière suffisamment justifiée et proportionnée pour être licites (( [CE 4 décembre 2017 Préfet c. Région Pays de la Loire, req. n° 413336 : mentionné dans les tables du Rec. CE : « 10. Considérant, cependant, qu'il ressort de l'interprétation donnée souverainement à ces stipulations contractuelles par le juge des référés et des pièces qui lui ont été soumises qu'une telle clause, dont la mise en œuvre par le maître d'ouvrage ne doit pas occasionner de coûts excessifs au titulaire du marché, vise à garantir la réalisation d'un objectif d'intérêt général lié à la protection sociale des travailleurs du secteur de la](#)

*construction en rendant effectif l'accès de personnels peu qualifiés à leurs droits sociaux essentiels ; que l'appréciation du niveau suffisant de maîtrise de la langue française se fait au cas par cas parmi les personnels employés sur le chantier et qu'un échange oral, avant l'exécution des travaux, avec un interprète qualifié, c'est-à-dire toute personne en mesure d'expliquer aux travailleurs concernés leurs droits sociaux essentiels, permet à l'entreprise de répondre à ses obligations ; que dans ces conditions, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits en jugeant qu'à supposer même que la clause litigieuse puisse être susceptible de restreindre l'exercice effectif d'une liberté fondamentale garantie par le droit de l'Union, elle poursuit un objectif d'intérêt général dont elle garantit la réalisation sans aller au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre ; »)).*

Jusqu'à présent, ces clauses n'avaient été identifiées que dans le cadre de marchés de travaux : le BTP est, de fait, le deuxième secteur déclarant le plus de travailleurs détachés, ce qui peut être facteur de tension pour les travailleurs français, tandis que la nature de l'activité d'un chantier de travaux, qui exige de rigoureuses mesures de sécurité, rend plus probable le recours au clause « Molière » (([Ministère du travail & Commission nationale interministérielle de lutte contre le Travail illégal Bilan et mesures du Plan national de Lutte contre le Travail illégal, 12 février 2018](#) : « Le BTP occupe la seconde place, avec 122 420 salariés détachés (24 % du total). »)). Ici, il s'agit d'un marché ayant pour objet l'exploitation d'une usine d'épuration. Néanmoins, on retrouve ici un secteur d'intervention technique.

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

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

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

---

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

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

La société Balineau, en qualité de membre d'un groupement conjoint, a conclu un marché de travaux le 20 février 2012 avec le port autonome de la Nouvelle-Calédonie (PANC). Ce marché a toutefois été résilié pour motif d'intérêt général par un ordre de service du 8 novembre 2012.

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

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

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

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

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

Les pouvoirs du juge du plein contentieux lui permettent donc,



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

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

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

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

Le Conseil d'Etat considère par ailleurs que la cour a commis une seconde erreur de droit en refusant d'indemniser une partie des préjudices liés à la préparation du chantier au motif que ceux-ci étaient inclus dans le prix des travaux figurant au sein du bordereaux de prix unitaires, alors qu'elle avait expressément relevé que le maître d'ouvrage n'avait pas réglé les prix correspondants.

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

**Cette décision, qui limite le droit à indemnisation du cocontractant dont les pertes liées à la résiliation sont**

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