

BRÈVES DE JURISPRUDENCE

Philippe TERNEYRE
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

MARCHÉS PUBLICS

- CJUE 17 mars 2001, **Strong Segurança SA c/ Município de sintra, Securitas – Serviços e Tecnologia de Segurança**313
- CAA Marseille 20 décembre 2010, **Société SIORAT**312
- CAA Versailles 5 mai 2011, **Société Batgeco**313
- CE 23 mai 2011, **Commune d'Ajaccio**313
- CE 23 mai 2011, **Société Lamy et société Pitance**313
- CE 1^{er} juin 2011, **Commune de Saint-Benoît**312

CONVENTIONS DOMANIALES ET IMMOBILIÈRES

- CE 16 mai 2011, **Commune de Moulins**314
- CE 23 mai 2011, **Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense**315

AUTRES CONTRATS

- TA Paris 31 mars 2011, **Région Nord-Pas-de-Calais**315

CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS

- CE 4 mai 2011, **Société COVED**315
- CE 11 mai 2011, **Société d'études, de recherche et de développement d'automatismes**316
- CE 23 mai 2011, **Société d'aménagement d'Isola 2000 et société de gestion d'Isola 2000**316

MARCHÉS PUBLICS

■ PASSATION

■ Définition des besoins par le pouvoir adjudicateur – Informations sur la date d'achèvement du marché – Obligation.

L'article 5 du code des marchés publics impose logiquement que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire soient déterminés avec précision avant tout appel à concurrence. Cette détermination des besoins à satisfaire implique que le pouvoir adjudicateur indique la date d'achèvement des travaux dans le cadre d'un marché de travaux. L'exigence est bien évidemment la même pour un marché de services. Une entreprise, pour élaborer son prix et donc son offre a besoin de cette information. Le prix ne sera pas le même selon que l'achèvement des travaux est exigé dans un délai bref ou non. Le Conseil d'État a jugé que cette information devait être donnée dans le cadre de tous les marchés, que la procédure soit, ou non, formalisée: « *Que, pour permettre l'élaboration de cette offre et pour en déterminer le prix, les candidats doivent disposer, notamment dans le cadre d'une procédure de passation formalisée ne permettant pas de négociation avec le pouvoir adjudicateur, d'informations relatives à la date d'achèvement du marché; que si le pouvoir adjudicateur entend laisser aux candidats la faculté de pro-*

poser eux-mêmes une date précise d'achèvement, il lui revient alors d'encadrer cette faculté, en fixant par exemple une date butoir ou une fourchette de dates possibles pour l'échéance du marché, sans que, compte tenu des critères de sélection des offres, il en résulte une incertitude telle qu'elle ne permette pas aux candidats de présenter utilement une offre. »

CE 1^{er} juin 2011, **Commune de Saint-Benoît**, req. n° 345649: mentionnée au Recueil.

■ Règlement de consultation – Référence à un label – Illégitimité – Référence non indispensable ayant pour effet de fausser la concurrence.

L'État avait lancé un avis d'appel à concurrence pour des travaux de remise en l'état d'une portion de l'autoroute A 55. Le cahier des clauses techniques particulières exigeait un système de pesage de type « AOP » ou tout autre type équivalent. Ce label est délivré par une association (l'association qualité pesage) dont sont membres des entreprises. Après avoir eu recours à l'avis d'un consultant, la cour administrative de Marseille a jugé que si cette mention du label AOP pouvait être une référence utile, elle n'était pas indispensable. Elle a donc jugé que « *la référence dans le cahier des*

clauses techniques particulières au système de pesage AOP, a eu pour effet d'exclure des entreprises qui, sans être adhérentes à l'association qualité pesage, apportent néanmoins des garanties [...] qui sans pour autant être équivalentes à celles qu'apporte le label AOP, pourraient néanmoins être jugées suffisantes, et d'avantager les entreprises qui adhèrent à l'association qualité pesage, dont la société [...] attributaire du marché et donc de limiter la concurrence entre les candidats à l'attribution du marché [...] ». En conséquence, la cour, sur recours d'un concurrent évincé, a annulé le rejet de l'offre de ce dernier et la décision portant attribution du marché.

CAA Marseille 20 décembre 2010, Société SIORAT, req. n° 08MA01775

■ Sélection des candidatures – Modalités d'appréciation des capacités – Applicabilité de l'article 47 paragraphe 2 de la directive 2004/18/CE.

La directive 2004/18/CE du Parlement et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services procède à une distinction entre les services. Ils sont classés en deux catégories, aux annexes IIA et IIB. Cette classification existait déjà sous l'empire de la directive 92/50/CE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de service. Sur le fondement de cette directive, dont la directive de 2004 constitue la refonte, la Cour de justice avait jugé que s'agissant des marchés portant sur des services inscrits à l'annexe I B (devenue IIB dans la directive 2004) le législateur est parti de la présomption que ces marchés « ne présentent pas a priori, eu égard à leur nature spécifique, un intérêt transfrontalier suffisant susceptible de justifier que leur attribution se fasse au terme au terme d'une procédure d'appel d'offres censée permettre à des entreprises d'autres États membres de prendre connaissance de l'avis de marché et de soumissionner » (CJCE 13 novembre 2007, *Commission c/ Irlande*, aff. C-507/03). Cette directive ne soumettait donc pas ces marchés aux mêmes obligations que ceux figurant à l'annexe IA.

De la même façon, la Cour de justice vient de juger que l'article 47 paragraphe 2 de cette directive de 2004, qui permet à un opérateur économique de faire valoir les capacités économiques et financières d'autres entités, quelle que soient la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités en prouvant qu'il disposera des moyens nécessaires par exemple en produisant les engagements de ces autres entités, ne s'applique pas aux marchés de l'annexe IIB. Les États membres, voire les pouvoirs adjudicateurs, peuvent décider de cette application, mais elle n'est pas obligatoire.

Cette solution, conforme à la jurisprudence antérieure, est logique : ces marchés de services figurant à l'annexe IIB sont présumés ne pas avoir de portée transfrontalière et ne sont donc concernés qu'à minima par des règles procédurales communautaires. Les quelques règles qui leur sont applicables sont celles limitativement précisées. L'article 47 ne fait

pas partie de ces rares règles applicables aux marchés de service de l'annexe IIB.

CJUE 17 mars 2001, *Strong Segurança SA c/ Município de sintra, Seguritas – Serviços e Tecnologia de Segurança*, aff. C6 95/10

■ Sélection des offres – Critères de sélection – Sous-critères de sélection – Publication de ces sous-critères – Condition – Sous-critères eux-mêmes assimilables à des critères.

Le Conseil d'État vient de réitérer sa jurisprudence du 18 juin 2010, *Commune de Saint-Pal-de-Mons*, req. n° 337377 (BJCP n° 72, novembre 2010, p. 336, avec les conclusions de Bertrand Dacosta) : « Que ces dispositions (article 53 du code des marchés publics) imposent au pouvoir adjudicateur d'informer les candidats des critères de sélection des offres ainsi que de leur pondération ou hiérarchisation ; que si le pouvoir adjudicateur décide, pour mettre en œuvre ces critères de sélection des offres, de faire usage de sous-critères également pondérés ou hiérarchisés, il doit porter à la connaissance des candidats la pondération ou la hiérarchisation de ces sous-critères dès lors que, eu égard à leur nature et à l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres par les candidats ainsi que sur leur sélection et doivent en conséquence être eux-mêmes regardés comme des critères de sélection. »

Il a ainsi censuré la cour administrative d'appel de Marseille qui avait annulé une procédure de passation d'un marché au motif que le pouvoir adjudicateur avait fondé son appréciation sur une évaluation d'échantillons fournis par les candidats. La cour avait considéré que ces échantillons étaient un sous-critère du critère de la valeur technique non prévu par le règlement de la consultation. Le juge de cassation a relevé dans ce raisonnement une erreur de droit : la cour n'avait pas recherché « si la prise en compte des échantillons révélait un critère distinct de celui de la valeur technique et n'était pas constitutive d'une simple méthode de notation des offres pour l'appréciation du critère de la valeur technique ».

En réalité, le « sous-critère » n'est pas une notion ; il n'a pas de portée en lui-même. Soit les sous-critères utilisés par le pouvoir adjudicateur pour évaluer les offres, même pondérés ou hiérarchisés, ne relèvent que d'une simple méthode ou grille de notation et alors ils n'ont pas à être portés préalablement à la connaissance des candidats. Soit ces sous-critères, pondérés ou hiérarchisés, par leur nature ou l'importance de cette pondération ou hiérarchisation, sont effectivement susceptibles d'exercer une influence sur la présentation des offres, alors ils constituent de véritables critères qui doivent être portés à la connaissance des candidats. Il n'y a pas d'« entre deux » entre les critères, rendus publics avec leur pondération ou hiérarchisation, et la méthode de notation des offres que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de rendre public.

CE 23 mai 2011, *Commune d'Ajaccio*, req. n° 339406 : mentionnée au Recueil.

■ EXÉCUTION

■ Sous-traitance – Paiement direct – Hypothèse où le constructeur paie le sous-traitant bien que celui-ci ait été accepté.

La loi du 31 décembre 1975 permet au sous-traitant d'être directement payé par le maître de l'ouvrage, bien qu'il n'ait pas de lien contractuel avec lui, s'il est accepté et si ses conditions de paiement sont agréées par ce maître de l'ouvrage. Interprétant strictement ces dispositions, la cour administrative d'appel de Lyon avait jugé que si le constructeur décidait néanmoins de payer lui-même son sous-traitant, il ne pouvait ensuite se prévaloir d'un préjudice à ce titre. Le Conseil d'État a censuré ce raisonnement, réitérant une jurisprudence peu abondante (CE 3 novembre 1989, SA Jean Michel : Rec., p. 782) : « *S'il résulte de ces dispositions que le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage.* »

Cette « avance » des sommes dues au sous-traitant par le constructeur, permet à ce dernier de rechercher ensuite leur remboursement. Dans la présente espèce, le sous-traitant avait dû exécuter des travaux supplémentaires. Pour assurer la continuité de ces travaux, le constructeur avait payé le surcoût en résultant au sous-traitant, qui n'aurait sans doute pas été capable de les réaliser sans ce paiement. Le constructeur

a ensuite recherché la responsabilité quasi délictuelle du maître d'œuvre, dont les erreurs étaient à l'origine de ces travaux supplémentaires, pour être indemnisé à hauteur des sommes payées au sous-traitant. Le Conseil d'État a relevé le lien direct entre le préjudice subi par le constructeur et les fautes du maître d'œuvre.

CE 23 mai 2011, Société Lamy et société Pitance, req. n° 338780 : mentionnée au Recueil.

■ Résiliation d'un marché – Résiliation pour motif d'intérêt général – Indemnisation – Indemnisation intégrale du préjudice, y compris de la perte de bénéfice.

L'hôpital Simone Veil dans le Val d'Oise a résilié pour motif d'intérêt général un marché de travaux. L'entreprise a recherché une indemnisation devant le juge administratif. La cour administrative d'appel de Versailles a rappelé « *qu'en l'absence de toute faute de sa part, l'entrepreneur a droit à la réparation intégrale du préjudice résultant pour lui de la résiliation anticipée de son marché pour motif d'intérêt général* ». La cour a accordé à l'entreprise une indemnisation comprenant le remboursement de ses prestations déjà exécutées, de ses excédents de dépenses comprenant des frais de déplacement et de gestion administrative du chantier, les frais d'huissier et d'avocat, ainsi que la perte de bénéfice évaluée à 2 % du marché.

CAA Versailles 5 mai 2011, Société Batgeco, req. nos 09VE0318 et 10VE03658.

CONVENTIONS DOMANIALES ET IMMOBILIÈRES

■ EXÉCUTION

■ Redevance – Redevance exigée d'un occupant sans titre du domaine – Modalités d'évaluation.

Le Conseil d'État a rappelé, solution valable pour toute personne publique : « *Qu'une commune est fondée à réclamer à l'occupant sans titre de son domaine public, au titre de la période d'occupation irrégulière, une indemnité compensant les revenus qu'elle aurait pu percevoir d'un occupant régulier pendant cette période ; qu'à cette fin, elle doit rechercher le montant des redevances qui auraient été appliquées si l'occupant avait été placé dans une situation régulière, soit par référence à un tarif existant, lequel doit tenir compte des avantages de toute nature procurés par l'occupation du domaine public, soit, à défaut de tarif applicable, par référence au revenu, tenant compte des mêmes avantages, qu'aurait pu produire l'occupation régulière de la partie concernée du domaine public communal ;* » (CE 19 mars 1975, Époux Krehl c/ Société Parc Étoile Foch : Rec., T., p. 1131-1137 ; CE

13 février 1991, Thomas : Rec., p. 55 ou CE 14 octobre 2005, Société Demougin, req. n° 254170).

Pour déterminer le montant de la redevance, la collectivité doit évaluer les revenus dont elle a été privée compte tenu du calcul de la redevance en fonction des avantages que l'occupant retire du domaine (CE 11 octobre 2004, Prouvoveur : Rec., T., p. 602). Toutefois, si l'occupation, par sa nature, correspond à l'une des rubriques de la liste des tarifs des droits de voirie adoptée par la commune, le tarif correspondant est naturellement celui qui aurait dû s'appliquer en cas d'occupation régulière du domaine public. Lorsqu'aucune des rubriques de la grille tarifaire ne correspond à l'utilisation faite par l'occupant sans titre du domaine public, le montant de l'indemnité doit alors être déterminé par référence au revenu que la commune aurait pu percevoir si elle avait valorisé la dépendance en cause dans le cadre d'une convention d'occupation, compte tenu des avantages retirés par l'occupant. En l'espèce, la commune avait appliqué le tarif des droits de voirie correspondant à une occupation pour travaux. Or, l'oc-

cupant sans titre avait utilisé la parcelle non pour réaliser des travaux, mais pour entreposer des matériels. L'application de ce tarif était donc illégale. La commune aurait donc dû simplement, si la grille tarifaire ne prévoyait pas un tarif correspondant à une telle occupation, calculer la redevance à partir de l'évaluation des avantages procurés à la société par son occupation de la dépendance du domaine public.

CE 16 mai 2011, *Commune de Moulins*, req. n° 317675

■ **Résiliation – Résiliation pour motif d'intérêt général – Existence – Motif tenant en l'instauration d'une redevance – Conditions.**

Le Conseil d'État a rappelé que l'autorité domaniale peut résilier une convention d'occupation domaniale pour le motif d'intérêt général tenant en une volonté de valorisation du domaine (CE 23 juin 1986, *Thomas*: Rec., p.167, et CE 31 mai 1989, *Ducoeur et Bayssac*, req. n° 66683). L'établissement public pour l'aménagement de la défense a donc pu

légalement résilier la convention d'occupation de son domaine conclue avec Véolia à l'origine, sans qu'une redevance soit prévue: « *La volonté d'assurer une meilleure exploitation du domaine public, notamment par l'instauration d'une redevance tenant compte des avantages de toute nature qu'un permissionnaire est susceptible de retirer de l'occupation du domaine, fait partie des motifs d'intérêt général pouvant justifier qu'il soit mis fin à un contrat d'occupation du domaine public avant son terme.* »

Mais pour que l'instauration d'une redevance puisse être regardée comme relevant d'un intérêt général justifiant la résiliation d'une convention conclue à l'origine sans que cette redevance soit prévue, il faut qu'il y ait eu une évolution de la situation. En l'espèce, l'évolution tenait dans la mission principale de l'établissement public, son rôle originel d'aménageur ayant évolué en celui de gestionnaire.

CE 23 mai 2011, *Établissement public pour l'aménagement de la région de la Défense*, req. n° 328825 : mentionnée au Recueil.

AUTRES CONTRATS

■ **Convention entre la région et la SNCF – Répercussion par la SNCF des charges induites par la réforme du régime de retraite de ses agents – Compensation obligatoire par l'État – Absence.**

Suite à la réforme du régime de retraite de ses agents, la SNCF a été confrontée à une hausse de ses charges qu'elle a répercutée sur les régions. La région Nord-Pas-de-Calais avait demandé au ministre de l'Intérieur de compenser ces charges supplémentaires. Elle a contesté devant le tribunal

administratif de Paris le refus de faire droit à cette demande. Le tribunal a estimé que les conditions générales de mise en œuvre du droit à compensation posées aux articles L. 1641-1 à L. 1641-3 du code général des collectivités territoriales n'ouvrent pas droit à la région à une révision de la compensation du transfert de charges.

TA Paris 31 mars 2011, *Région Nord-Pas-de-Calais*, req. n° 0918971.

CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS

■ **Réclamation préalable.**

Les cahiers des clauses administratives générales prévoient la nécessité d'une procédure de réclamation préalable avant la saisine du juge. Ils organisent ainsi une procédure de réclamation si la personne publique n'a pas dressé le décompte général du marché qui, seul, permet le règlement de l'entreprise. Soit celle-ci accepte le décompte, soit le conteste. Mais encore faut-il que ce décompte soit établi ou que les délais posés par le CCAG pour son établissement aient expiré.

La procédure à suivre a été fixée, sur le fondement du CCAG marchés publics de travaux, par la décision du CE 8 août 2008, *Société Bleu Azur* (Rec., p. 813; *BJCP* n° 62,

février 2009, p. 21 avec les conclusions de Bertrand Dacosta). Le cocontractant doit présenter son mémoire en réclamation en vue de l'établissement par la personne publique du décompte général. Sur la base du CCAG marché, la personne publique a trois mois pour établir ce décompte. Si le cocontractant, en cas d'absence de production de ce décompte, ne peut normalement saisir le juge qu'à l'expiration de ce délai, la présentation d'une demande anticipée au tribunal n'a pas, par elle-même, pour effet de rendre la demande irrecevable. Toutefois, l'intervention du décompte liquidatif au cours de cette période rend sans objet la saisine du juge. Dans l'hypothèse où la personne publique notifie ensuite un décompte liquidatif après l'expiration du

délai, ce document ne saurait être regardé comme un décompte liquidatif, au sens des dispositions du cahier des clauses administratives générales, « en sorte que le litige conserve son objet et qu'il y a lieu pour le juge de le trancher ».

Le Conseil d'État a appliqué cette solution pour l'application du CCAG fournitures lequel prévoit, en cas de résiliation du marché, l'établissement d'un décompte de liquidation par la personne publique. La seule différence est que la personne publique n'a que deux mois pour établir le décompte de « liquidation » à partir de la réclamation de l'entreprise.

CE 4 mai 2011, Société COVED, req. n° 322337 : mentionnée au Recueil.

■ PROCÉDURE CONTENTIEUSE

■ Représentation en justice – Mandataire d'un groupement solidaire – Mandataire représentant tous les membres du groupement en justice.

Le Conseil d'État a rappelé la portée de la solidarité entre les membres d'un groupement. Les membres d'un groupement solidaire sont « réputés s'être donnés mutuellement mandat pour se représenter mutuellement en justice ». Ils peuvent désigner un mandataire. Certes, la désignation de ce mandataire ne prive pas chaque membre du groupement de faire une action en justice (CE 4 juin 2004, *Syndicat intercommunal de la vallée de l'Ondaine*, req. n° 250573). Ce membre est alors censé agir aussi pour les autres. Et l'avantage obtenu en justice par un membre du groupement vaut alors pour tous (CE 24 novembre 2008, *M. Dulongcourty, Andrieux*, req. n° 298778 ; *BJCP* n° 63, avril 2009, p. 168). Certes, l'action d'un membre du groupement n'interdit pas à d'autres d'agir aussi en justice et si leurs conclusions divergent, la représentation mutuelle cesse (CE 31 mai 2010, *Société bureau de conception et de coordination du bâtiment*, req. n° 323948 : *BJCP* n° 72, novembre 2010, p. 381).

Toutefois, en l'absence d'intervention divergente d'un autre membre du groupement à l'instance, l'action du mandataire ou de tout autre membre du groupement solidaire, est censée faite pour tous. Ce point est important car, d'une part, le juge n'est pas obligé d'inviter les autres membres du groupement à intervenir à l'instance puisque le requérant est censé agir pour tous et, d'autre part, en l'absence de convention répartissant les tâches entre les membres du groupement, la solidarité s'appliquera à la condamnation : un membre du groupement sera condamné solidairement avec les autres, même s'il n'est pas responsable des fautes dans l'exécution du marché.

CE 11 mai 2011, Société d'études, de recherche et de développement d'automatismes, req. n° 327452.

■ CONTENTIEUX CONTRACTUEL

■ Recours contractuel – Recours contre la résiliation du contrat – Recevabilité – Existence – Recours regardé comme tendant à la reprise des relations contractuelles – Cas de non-lieu – Contrat venu à terme.

Première application de la jurisprudence du 21 mars 2011, *Commune de Béziers « II »* (req. n° 304806 : *BJCP* n° 76, mai-juin 2011, p.170, conclusions Emmanuelle Cortot) par laquelle la Section du contentieux a admis que le cocontractant de l'administration puisse faire un recours contre la décision de résiliation de son contrat, ce recours étant regardé comme tendant à la reprise des relations contractuelles. Faisant application de cette nouvelle jurisprudence, le Conseil d'État a censuré l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille en tant que, en application de la jurisprudence alors en vigueur, elle avait rejeté comme irrecevable le recours contre la décision de résilier le contrat. Mais après cassation, le Conseil d'État, réglant le litige au fond, a relevé que l'action tendant à la reprise des relations contractuelles avait perdu son objet, le terme du contrat étant survenu. Il a donc constaté le non-lieu à statuer sur les conclusions du cocontractant.

Le Conseil d'État était également saisi de conclusions contre l'arrêt en tant qu'il rejetait les conclusions d'excès de pouvoir d'un tiers contre cette décision de résiliation. Il a, sur ce point, rejeté le pourvoi. La décision montre que si l'action du cocontractant est regardée comme tendant à la reprise des relations contractuelles, l'action du tiers est, dans le cadre du recours pour excès de pouvoir, bien dirigée contre la décision de résilier le contrat. Et si la survenance du terme du contrat conduit dans le premier cas au non-lieu à statuer, la reprise des relations contractuelles n'ayant plus lieu d'être, elle ne fait pas perdre son objet au recours pour excès de pouvoir du tiers.

CE 23 mai 2011, Société d'aménagement d'Isola 2000 et société de gestion d'Isola 2000, req. n° 323468 : mentionnée au Recueil.