



DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Master 1

Fascicule de Travaux dirigés

Cours :
Madame Hélène Hoepffner, Professeur

Équipe pédagogique :
Monsieur Arnaud d'Argoubet
Maître Marion Balgalier
Monsieur Rémi Fontaine
Madame Maude Lajoinie
Monsieur Axel Moreau

SEANCE 1 : LES SOURCES DU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

° Lire les documents reproduits.

° Chercher et lire :

J. Bousquet, Les formes mouvantes de la liberté contractuelle, *AJDA* 2023. 672

P. Terneyre et T. Laloum, *Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique !*, Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2021, étude 5.

F. Brenet, « Interdiction des libéralités et contrats publics », *AJDA* 2024. 2046

F. Youta et H. Hoepffner, « La consécration du solidarisme contractuel dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation », *RFDA* 2024. 650

B. Dacosta, La liberté contractuelle des personnes publiques à l'épreuve de l'interdiction des libéralités, *Rencontres, Mél. en l'honneur de Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

H. Hoepffner, Le bon usage des deniers publics en droit de la commande publique, *Les transformations du droit administratif*, 80 ans de l'AJDA, Dalloz 2025

M. Collet, Contrats publics et fiscalité : les pièges de la liberté contractuelle, *Mél. en l'honneur de Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

° Travail (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

Commentaire : articles 1101 à 1104 du Code civil. (du point de vue du droit des contrats administratifs)

Ou

Dissertation : Quels principes directeurs pour le droit des contrats administratifs ?

P-Y Gadhoun, M. Ubaud-Bergeron, « Un CCP sans liberté contractuelle ? », CMP 2019, repère 11

La question est sérieuse. Non pas qu'il existe des ambiguïtés ou des doutes quant au droit positif : les différents articles qui forment le nouveau Code de la commande publique ne contiennent manifestement aucune trace de « liberté contractuelle », et rien ne permet d'affirmer sérieusement que les auteurs du code ont souhaité consacrer cette liberté dans une disposition de la nouvelle législation – abstraction faite de l'article L. 1 qui affirme, très indirectement, une liberté de ne pas contracter. Et le débat pourrait s'arrêter là.

Mais la question reste sérieuse, car cette absence de liberté contractuelle, s'il faut bien la constater, entraîne dans son sillage une foule de conséquences – parfois fâcheuses – sur le droit de la commande publique. Pourquoi donc serait-il pertinent de trouver dans le Code de la commande publique une disposition qui admet de façon claire, pour les acheteurs et autorités concédantes comme pour les opérateurs, un principe de liberté contractuelle ?

Sur le plan des principes d'abord, la reconnaissance d'un « principe directeur » ne peut avoir d'autre objet que de fixer un cadre, une direction, une idéologie même, et n'a guère d'autre ambition que d'offrir aux dispositions d'un code une certaine coloration. Un principe directeur n'est jamais un principe qui sanctionne, qui oblige, qui contraint. Il... dirige. Ce n'est pas si mal, si l'on veut bien admettre que le juge, lorsqu'il interprète au quotidien un code, le fait en usant lui-même d'une philosophie qui orientera ses décisions dans un sens ou dans un autre. Et sur ce point, le principe directeur a son utilité : offrir aux autorités d'interprétation et d'application un « papier tournesol » à la lueur duquel elles pourront dégager des solutions pertinentes lorsque l'application sèche des mots de la loi ne suffit plus à répondre aux problèmes juridiques – ce qui arrive assez souvent ! Les rédacteurs de la réforme du Code civil se sont posé à peu près les mêmes questions en 2016, pour finalement trancher, précisément sur la base de cet argument, en faveur d'une reconnaissance de la liberté contractuelle au titre des dispositions liminaires.

Mais, dira-t-on, comparaison n'est pas raison : le Code civil régit les contrats de droit privé, les « vrais » contrats pour lesquels la liberté contractuelle n'est guère discutable – encore que... –, alors que le Code de la commande publique organise la passation et l'exécution d'actes bien différents, particuliers, dérogatoires, marqués par l'empreinte indélébile de la puissance publique, et pour lesquels l'appellation de « contrat » pourrait nourrir la controverse. Le débat est connu et alimente encore régulièrement les colonnes des revues juridiques. Il reste que les six dispositions préliminaires du Code de la commande publique utilisent toutes le terme de « contrat », si bien qu'il serait tout même un peu hasardeux de réfuter la nature véritablement contractuelle de ces « *contrats de la commande publique* ».

Et dès lors que cette nature contractuelle est admise, faut-il nécessairement en déduire une liberté contractuelle ? Oui, sans aucun doute. Il ne peut exister de contrat sans liberté contractuelle, car la liberté traduit l'essence même du contrat. Un contrat « non voulu », et donc non libre, n'est tout simplement pas un contrat : « *accord de volontés* » dit l'article 1101 du Code civil, repris sous une forme à peu près similaire par l'ensemble de la doctrine, y compris celle du droit des contrats administratifs. Or, une « *volonté* » de créer un accord est toujours libre, sinon elle n'existe pas. C'est pour cette raison d'ailleurs que les personnes ne pouvant affirmer leur « *volonté* », au sens juridique du terme, sont également privées de la capacité de nouer des contrats : les mineurs, les incapables majeurs notamment.

Bien entendu, cette volonté formulée dans le contrat n'est-elle jamais vraiment « autonome ». Les personnes publiques comme les personnes privées ne peuvent exprimer juridiquement leur volonté que dans les « bornes déterminées par la loi » dit l'article 4 de la Déclaration de 1789. Et le Code de la commande publique détermine précisément ces « bornes », tout comme le Code de commerce détermine les bornes de la liberté du commerce et de l'industrie, le Code du travail les bornes de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi... Bref, bâtir un Code de la commande publique sans liberté contractuelle revient inévitablement à gommer la nature véritablement contractuelle des « *contrats de la commande publique* » – ce qui n'est pas rien et mérite à tout le moins réflexion.

Sur un plan plus concret, ensuite, la codification de la liberté contractuelle dans les dispositions liminaires du Code de la commande publique aurait une incidence pratique réelle. Quelques exemples précis pour s'en convaincre... L'article L. 2211-1 du code prohibe le recours au marché de partenariat pour certains acheteurs publics, les administrations centrales autres que l'État et les établissements publics de santé. Une telle disposition, si elle était lue à la lumière d'un principe général de liberté contractuelle, aurait-elle la même portée ? À l'évidence, non ! Car si la liberté contractuelle tolère évidemment des aménagements, elle s'accommode moins d'une telle amputation : si la liberté contractuelle est un prolongement de la personnalité morale publique, comment justifier une telle différenciation au sein des personnes publiques ?

Du côté des personnes privées, maintenant, est-il vraiment indifférent pour elles que leur liberté contractuelle ne soit inscrite que dans la *lex generalis* qu'est le Code civil, et non dans la loi spéciale que constitue le Code de la commande publique ? Pas si sûr... Pour s'en tenir à un exemple, les pouvoirs adjudicateurs privés sont soumis à l'obligation de paiement direct des sous-traitants, disposition d'ordre public jadis réservée aux seules personnes publiques puis étendue aux personnes privées par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et désormais reprise par l'article L. 2193-10 du Code de la commande publique. Une telle obligation est-elle compatible avec la liberté contractuelle que reconnaît le Code civil aux personnes privées ? On peut en douter sérieusement : il est une chose de vouloir unifier les règles applicables à tous les pouvoirs adjudicateurs, il en est une autre d'imposer littéralement une telle exception en matière de dette contractuelle et d'effet relatif des conventions, qu'aucune directive européenne n'exige au demeurant ! Là encore, l'inscription de la liberté contractuelle dans le Code de la commande publique ne serait pas purement symbolique, mais pourrait amener à une interprétation bien différente, en aménageant, par exemple, un droit à la dérogation.

S'agissant, enfin, des opérateurs économiques, un principe liminaire de liberté contractuelle projeterait une lumière différente sur certaines dispositions incertaines du code. Ainsi, le débat est-il nourri actuellement sur la portée exacte du droit à conclure un sous-contrat dont dispose l'entrepreneur principal. Simple faculté dépendante de la volonté du pouvoir adjudicateur, ou véritable droit à sous-traiter ? Le silence des directives européennes comme les hésitations jurisprudentielles ne permettent pas de trancher nettement cette question essentielle. Pourtant, appréciée à l'aune d'une liberté contractuelle consacrée par le code, la réponse à cette

question gagnerait en précision : la faculté de sous-contracter n'est qu'une déclinaison de la faculté de contracter elle-même, mais encore faut-il que celle-ci soit reconnue explicitement en droit de la commande publique !

À bien y regarder, les silences d'un code en disent souvent presque autant que les principes qu'il énonce : codifier, c'est trier, choisir, retenir, et... écarter. Cet oubli assumé de la liberté contractuelle dans le code nous donne ainsi un indice d'une certaine conception du droit de la commande publique. Si le juge administratif et le juge judiciaire peuvent sans doute interpréter ces dispositions en empruntant *hors* du code la liberté contractuelle, il faut aussi souhaiter que ce travail remarquable de structuration du droit de la commande publique opéré par le codificateur soit parachevé un jour par la consécration de la liberté contractuelle *dans* le Code de la commande publique.

CJCE 7 déc. 2000, Telaustria, aff. C-324/98

1. ... sept questions préjudicielles sur l'interprétation des directives 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, et 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.

2. Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un litige opposant Telaustria Verlags GmbH (ci-après «Telaustria») et Telefonadress GmbH à Telekom Austria AG, au sujet de la conclusion par cette dernière d'un contrat de concession avec Herold Business Data AG (ci-après «Herold») portant sur la fabrication et la publication de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques).

(...)

57. Les contrats de concession de service public ne relevant donc pas du champ d'application de la directive 93/38, il y a lieu de conclure que, contrairement à l'interprétation proposée par Telaustria, de tels contrats ne sont pas inclus dans la notion de « contrats à titre onéreux conclus par écrit » figurant à l'article 1er, point 4, de ladite directive.

58. Il y a dès lors lieu de répondre aux première et deuxième questions que :

- est visé par la directive 93/38 un contrat à titre onéreux, conclu par écrit entre, d'une part, une entreprise qui est spécifiquement chargée par la législation d'un État membre d'exploiter un service de télécommunications et dont le capital est entièrement détenu par les pouvoirs publics de cet État membre et, d'autre part, une entreprise privée, lorsque par ce contrat la première entreprise confie à la seconde la fabrication et la publication en vue de la diffusion au public de répertoires des abonnés au téléphone imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques);

- bien qu'il soit visé par la directive 93/38, un tel contrat est exclu, au stade actuel du droit communautaire, du champ d'application de cette dernière, en raison du fait notamment que la contre-prestation fournie par la première entreprise à la seconde consiste en ce que cette dernière obtient le droit d'exploiter, en vue de sa rétribution, sa propre prestation.

59. Toutefois, le fait qu'un tel contrat ne relève pas du champ d'application de la directive 93/38 ne fait pas obstacle à ce que la Cour fournisse à la juridiction nationale qui lui a adressé une série de questions préjudicielles une réponse utile. À cet effet, la Cour peut être amenée à prendre en considération d'autres éléments d'interprétation susceptibles de s'avérer utiles à la solution du litige au principal.

60. À cet égard, il convient de relever que, nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier.

61. En effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3-S (C-275/98, Rec p. I-8291, point 31), ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

62. Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication.

Conseil constitutionnel, décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003

- Sur l'article 6 :

13. Considérant que l'article 6 autorise le Gouvernement à modifier la loi du 12 juillet 1985 susvisée en instituant de nouvelles formes de contrats portant sur « la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou une combinaison de ces différentes missions » ; que pourront être étendues et adaptées les dispositions prévues par l'article 3 de la loi du 29 août 2002 susvisée, qui ouvrent à une personne publique ou à une personne privée chargée d'une mission de service public la faculté de confier à la même personne la conception, la construction et l'aménagement d'un équipement public, de choisir son contractant en portant, en cas d'allotissement, un jugement global sur les offres concernant plusieurs lots, de délivrer à un opérateur privé une autorisation d'occupation temporaire du domaine public en le chargeant de construire des équipements publics qui seront pris à bail avec option d'achat anticipé, ainsi que de financer par crédit-bail de tels équipements ; qu'en vertu de l'habilitation, les ordonnances devront fixer « les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relatives au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public » et prévoir « les conditions d'un accès équitable des architectes, des concepteurs, des petites et moyennes entreprises et des artisans » ;

14. Considérant que les requérants font grief à ces dispositions de ne pas préciser suffisamment la finalité de l'habilitation, d'intervenir dans le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution, de porter atteinte au principe de continuité du service public et de méconnaître le principe d'égalité applicable au droit de la commande publique et aux services publics ;

15. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des travaux parlementaires que l'habilitation contestée a pour finalité d'alléger les règles régissant la commande publique en vue de rendre plus aisées la conclusion et l'exécution des contrats passés avec des personnes privées pour la réalisation d'équipements ou la fourniture de services ; qu'ainsi, le grief tiré de ce que les finalités de l'habilitation seraient insuffisamment précises pour satisfaire aux exigences de l'article 38 de la Constitution doit être écarté ;

16. Considérant, en deuxième lieu, que, comme il a été dit ci-dessus, l'article 38 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que l'habilitation porte sur le domaine législatif auquel renvoient les articles 72 et 72-1 de la Constitution ;

17. Considérant, en troisième lieu, que l'article 6 dispose expressément que les ordonnances prises sur son fondement devront assurer le respect des exigences du service public ; que, par suite, le grief tiré de ce que cet article méconnaîtrait la continuité du service public manque en fait ;

18. Considérant, en quatrième lieu, qu'aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics ; que, dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessité de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé ;

19. Considérant, enfin, que l'article 6 ne saurait être entendu comme permettant de déléguer à une personne privée l'exercice d'une mission de souveraineté ;

20. Considérant que, sous les réserves d'interprétation énoncées aux deux considérants précédents, l'article 6 de la loi déférée n'est pas contraire à la Constitution ;

Directive 2014/24/ UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

Article 2 : Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par :

- 1) « marchés de fournitures, de travaux et de services », des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre une ou plusieurs entités adjudicatrices et un ou plusieurs opérateurs économiques, qui ont pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services;
- 6) « opérateur économique », toute personne physique ou morale ou entité adjudicatrice, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché;

Article 3 : Pouvoirs adjudicateurs

1. ... on entend par « pouvoirs adjudicateurs », l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou par un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

4. On entend par « organisme de droit public », tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes:

- a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- b) il est doté de la personnalité juridique; et
- c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales, ou d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

Directive 2006/123/CE du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur

Article 4

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

- 1) «service», toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité;
- ...
- 6) «régime d'autorisation», toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice;
- ...
- 9) «autorité compétente», tout organe ou toute instance ayant, dans un État membre, un rôle de contrôle ou de réglementation des activités de services, notamment les autorités administratives, y compris les tribunaux agissant à ce titre, les ordres professionnels et les associations ou autres organismes professionnels qui, dans le cadre de leur autonomie juridique, réglementent de façon collective l'accès aux activités de services ou leur exercice;

Code de la commande publique

Art. 1 : Les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique.

Art. 3 : Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Art. 3-1 : La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code.

Article L6

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses. (...)

Cons. const. n° 2015-257 L du 13 août 2015

Le Conseil constitutionnel a été saisi le 27 juillet 2015, par le Premier ministre, sous le n° 2015-257 L, dans les conditions prévues l'article 37 al 2 de la Constitution, d'une demande tendant à ce qu'il se prononce sur la nature juridique des mots « 15 000 € hors taxes » figurant au premier alinéa de l'article 19-1 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. (...)

1. Considérant qu'en vertu du premier alinéa de l'article 19-1 de la loi du 29 janvier 1993 susvisée, le pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics peut décider de passer un marché public ou un accord-cadre sans publicité ni mise en concurrence préalable si le montant estimé de ce marché ou de cet accord-cadre est inférieur à « 15 000 € hors taxes » ;

2. Considérant qu'en vertu de l'article 2 du code des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs soumis à ce code sont l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial ainsi que les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics locaux ;

3. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution : « La loi détermine les principes fondamentaux ... de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources » ;

4. Considérant, d'une part, que le seuil de 15 000 euros hors taxes en deçà duquel un pouvoir adjudicateur peut passer un marché ou un accord-cadre sans publicité ou mise en concurrence préalable, en ce qu'il s'applique aux marchés publics et accords-cadres passés par l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, ne met en cause aucune règle ou aucun principe que la Constitution place dans le domaine de la loi ;

5. Considérant, d'autre part, que la définition des procédures de passation des marchés et accords-cadres passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics locaux, celle des règles et modalités encadrant l'usage de ces procédures et la définition des critères en fonction desquels des seuils peuvent être retenus sont au nombre des principes susmentionnés qui relèvent du domaine de la loi ; qu'il appartient en revanche au pouvoir réglementaire de préciser les éléments quantitatifs tels que le montant des marchés et accords-cadres autorisant le recours à l'une ou l'autre de ces procédures de passation ;

6. Considérant qu'il suit de là que les dispositions soumises à l'examen du Conseil constitutionnel, en ce qu'elles se bornent à fixer le montant en deçà duquel les collectivités territoriales, leurs groupements et les établissements publics locaux peuvent passer un marché ou un accord-cadre sans publicité ou mise en concurrence préalable, ne mettent en cause ni la libre administration des collectivités territoriales, ni aucun des autres principes ou règles placés par la Constitution dans le domaine de la loi ;

7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les mots « 15 000 € hors taxes » figurant au premier alinéa de l'article 19-1 de la loi du 29 janvier 1993 ont le caractère réglementaire,

LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, article 38

Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à procéder par voie d'ordonnance, dans un délai de vingt-quatre mois à compter de la promulgation de la présente loi, à l'adoption de la partie législative du code de la commande publique. Ce code regroupe et organise

les règles relatives aux différents contrats de la commande publique qui s'analysent, au sens du droit de l'Union européenne, comme des marchés publics et des contrats de concession. Les règles codifiées sont celles en vigueur à la date de publication de l'ordonnance ainsi que, le cas échéant, les dispositions déjà publiées mais non encore entrées en vigueur à cette date.

Le Gouvernement est autorisé à apporter aux règles relatives à la commande publique les modifications nécessaires pour :

1° Assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes ainsi rassemblés, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et abroger les dispositions devenues sans objet ;

2° Rendre applicables, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative ainsi codifiées en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, dans le respect des compétences dévolues à ces collectivités, ainsi qu'adapter, le cas échéant, les dispositions ainsi codifiées dans les autres collectivités d'outre-mer régies par l'article 74 de la Constitution et à Mayotte.

Cons. cons. 15 oct. 2021, *Sté. Air France*, n° 2021-940 QPC

2. L'article L. 213-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans cette rédaction, prévoit : « Lorsque l'entrée en France est refusée à un étranger non ressortissant d'un État membre de l'Union européenne, l'entreprise de transport aérien ou maritime qui l'a acheminé est tenue de ramener sans délai, à la requête des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière, cet étranger au point où il a commencé à utiliser le moyen de transport de cette entreprise, ou, en cas d'impossibilité, dans l'État qui a délivré le document de voyage avec lequel il a voyagé ou en tout autre lieu où il peut être admis ».

3. Le 1° de l'article L. 625-7 du même code, dans cette rédaction, prévoit qu'est punie d'une amende d'un montant maximal de 30 000 euros : « L'entreprise de transport aérien ou maritime qui ne respecte pas les obligations fixées aux articles L. 213-4 à L. 213-6 ».

4. La société requérante reproche à ces dispositions d'obliger les entreprises de transport aérien à réacheminer les personnes étrangères auxquelles l'accès au territoire national a été refusé, le cas échéant en exerçant des contraintes sur celles dont le comportement présente un risque pour la sécurité à bord de l'aéronef. Ces dispositions auraient ainsi pour effet de déléguer à une personne privée des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la force publique, en violation de l'article 12 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. La société requérante reproche également à ces dispositions d'obliger ces entreprises à détenir contre leur gré, au cours de ce réacheminement, les personnes qui refuseraient de se soumettre à cette mesure, en méconnaissance de l'article 66 de la Constitution. En outre, ces dispositions permettraient d'engager la responsabilité des entreprises de transport quand bien même l'inexécution de cette obligation ne serait imputable qu'au comportement du passager. Elles méconnaîtraient ainsi l'article 9 de la Déclaration de 1789.

5. La société requérante soutient, par ailleurs, que ces dispositions, en imposant aux entreprises de transport de prendre en charge l'ensemble des coûts liés à l'obligation de réacheminement, les soumettraient à des sujétions excessives. Ce faisant, elles méconnaîtraient l'article 13 de la Déclaration de 1789.

6. Enfin, ces dispositions, en ne prévoyant aucune exception à cette obligation de réacheminement, seraient entachées d'incompétence négative.

7. Ces griefs sont ainsi dirigés contre l'obligation de réacheminement mise à la charge des transporteurs aériens. Par conséquent, la question prioritaire de constitutionnalité porte sur les mots « est tenue de ramener » figurant à l'article L. 213-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile. (...)

- Sur le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel : (...)

11. Les dispositions contestées de l'article L. 213-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile visent à assurer la transposition de cette directive en prévoyant que l'entreprise de transport aérien ou maritime est tenue de ramener une personne étrangère non ressortissante d'un État membre de l'Union européenne en cas de refus d'entrée sur le territoire national.

12. Ces dispositions se bornent ainsi à tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises de la directive du 28 juin 2001.

13. Par conséquent, le Conseil constitutionnel n'est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles

mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l'Union européenne, est inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

- Sur le fond :

14. En premier lieu, le droit à la sûreté, le principe de responsabilité personnelle et l'égalité devant les charges publiques, qui sont protégés par le droit de l'Union européenne, ne constituent pas des règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France. Il n'appartient donc pas au Conseil constitutionnel de se prononcer sur ces griefs.

15. En second lieu, selon l'article 12 de la Déclaration de 1789 : « La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique : cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée ». Il en résulte l'interdiction de déléguer à des personnes privées des compétences de police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits. Cette exigence constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France.

16. La décision de mettre en œuvre le réacheminement d'une personne non admise sur le territoire français relève de la compétence exclusive des autorités chargées du contrôle des personnes à la frontière. En application des dispositions contestées, les entreprises de transport aérien ne sont tenues, à la requête de ces autorités, que de prendre en charge ces personnes et d'assurer leur transport.

17. Ainsi, les dispositions contestées n'ont ni pour objet ni pour effet de mettre à la charge de ces entreprises une obligation de surveiller la personne devant être réacheminée ou d'exercer sur elle une contrainte, de telles mesures relevant des seules compétences des autorités de police. Elles ne privent pas non plus le commandant de bord de sa faculté de débarquer une personne présentant un danger pour la sécurité, la santé, la salubrité ou le bon ordre de l'aéronef, en application de l'article L. 6522-3 du code des transports.

18. Le grief tiré de la méconnaissance des exigences résultant de l'article 12 de la Déclaration de 1789 doit donc être écarté. Il en va de même du grief tiré de la méconnaissance par le législateur de l'étendue de sa compétence dans des conditions affectant ces mêmes exigences.

19. Par conséquent, les dispositions contestées doivent être déclarées conformes à la Constitution.

Cons. cons. n° 2024-1119/1125 QPC du 24 janvier 2025

1. Il y a lieu de joindre les deux questions prioritaires de constitutionnalité pour y statuer par une seule décision.

2. L'article 230 de la loi du 29 décembre 2023 mentionnée ci-dessus prévoit : « Le présent article s'applique à tous les contrats offrant un complément de rémunération conclus en application des articles L. 311-12 et L. 314-18 du code de l'énergie qui prévoient une limite supérieure aux sommes dont le producteur est redevable lorsque la prime à l'énergie mensuelle est négative.

« À compter du 1er janvier 2022, les contrats mentionnés au premier alinéa du présent article sont ainsi modifiés : lorsque, pour un mois donné, la prime à l'énergie mensuelle est négative, le producteur est redevable de l'intégralité de la somme correspondante pour l'énergie produite ».

3. Les sociétés requérantes et intervenantes, rejointes par les parties à l'instance à l'occasion de laquelle la première question prioritaire de constitutionnalité a été posée, reprochent à ces dispositions de supprimer, de manière rétroactive, le plafonnement des reversements dus par les producteurs d'électricité à partir d'énergie renouvelable ayant conclu avec Électricité de France certains contrats offrant un complément de rémunération.

4. Elles soutiennent d'abord que ces dispositions porteraient aux contrats en cours d'exécution une atteinte injustifiée et disproportionnée, compte tenu du caractère intégral, inconditionnel et pérenne de ce déplaçonnement. Il en résulterait une méconnaissance de la liberté contractuelle et du droit au maintien des conventions légalement conclues.

5. Pour les mêmes motifs, elles estiment que ces dispositions porteraient atteinte à des situations légalement acquises et, selon l'une d'entre elles, remettraient en cause les effets pouvant être légitimement attendus de contrats légalement conclus. Elles font également valoir que, d'une part, ces dispositions procéderaient à la validation des documents comptables pris en application d'un acte réglementaire annulé par le juge administratif et, d'autre part, elles priveraient certains producteurs d'électricité du bénéfice des effets de la décision du Conseil constitutionnel du 26 octobre 2023 mentionnée ci-dessus. Il en résulterait une méconnaissance des exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

6. L'une des sociétés requérantes soutient par ailleurs que, en privant certains producteurs d'une partie de la rémunération qu'ils tirent de l'électricité vendue sur le marché, ces dispositions porteraient une atteinte disproportionnée au droit de propriété.
7. Enfin, elle reproche à ces dispositions d'instituer une différence de traitement injustifiée entre les producteurs d'électricité à partir d'énergie renouvelable bénéficiant d'un complément de rémunération et les autres producteurs d'électricité. Il en résulterait une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.
- Sur le fond :
8. Le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un motif d'intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences résultant des articles 4 et 16 de la Déclaration de 1789.
9. En application des articles L. 311-12 et L. 314-18 du code de l'énergie, les exploitants de certaines installations de production d'électricité à partir d'énergie renouvelable peuvent bénéficier d'un contrat offrant un complément de rémunération conclu avec Électricité de France.
10. Les dispositions réglementaires prises pour l'application de ces dispositions prévoient le versement par Électricité de France d'une prime aux producteurs lorsque le prix du marché auquel ils vendent leur production est inférieur au tarif de référence fixé par le contrat ou par arrêté. Elles prévoient, à l'inverse, lorsque le tarif de référence est inférieur au prix du marché, le reversement à Électricité de France par les producteurs du montant correspondant à la différence entre ces deux prix, sous la forme d'une prime négative. Dans ce cas, l'article R. 314-49 du code de l'énergie, dans sa rédaction initiale, prévoyait un plafonnement du reversement de la prime négative à hauteur du montant total des aides perçues depuis le début du contrat au titre du complément de rémunération.
11. Les dispositions contestées prévoient que, à compter du 1er janvier 2022, les producteurs d'électricité dont les contrats en cours intégraient un tel plafonnement sont tenus de reverser à Électricité de France l'intégralité des sommes correspondant aux primes négatives.
12. En modifiant en cours d'exécution les modalités contractuelles déterminant le montant des reversements dus par les producteurs lorsque la prime à l'énergie mensuelle est négative, les dispositions contestées, qui affectent un élément essentiel de ces contrats, portent atteinte au droit au maintien des conventions légalement conclues.
13. Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 17 août 2015 mentionnée ci-dessus que le législateur, en instituant un dispositif de complément de rémunération, a entendu soutenir la production d'électricité à partir d'énergie renouvelable en assurant aux producteurs une rémunération raisonnable des capitaux investis. Or la très forte augmentation des prix de l'électricité sur le marché à partir de septembre 2021, qui était imprévisible lors de la conclusion de ces contrats, a eu pour conséquence une augmentation considérable du profit généré par les installations de production d'électricité. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 29 décembre 2023 que, en adoptant les dispositions contestées, le législateur a entendu corriger les effets d'aubaine dont ont bénéficié, dans un contexte de forte hausse des prix de l'électricité, les producteurs qui ont reçu un soutien public, afin d'atténuer l'effet préjudiciable de cette hausse pour le consommateur final. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général.
14. Au regard de cet objectif, le législateur était fondé à supprimer, de façon rétroactive, le plafonnement des primes négatives reversées par les producteurs au cours d'une telle période de forte hausse des prix de l'électricité, dès lors que leur était garantie, en application de l'article L. 314-20 du code de l'énergie, une rémunération raisonnable des capitaux immobilisés tenant compte des risques inhérents à leur exploitation jusqu'à l'échéance de leur contrat.
15. Toutefois, en dépit de cette garantie, les dispositions contestées ont pour effet de priver, jusqu'au terme de l'exécution de leur contrat, les producteurs d'électricité de la totalité des gains de marché dont ils auraient dû bénéficier, une fois reversées les aides perçues au titre du complément de rémunération, dans tous les cas où le prix de marché est supérieur au tarif de référence, que ces gains découlent d'une hausse tendancielle des prix de l'électricité ou d'une hausse imprévisible liée à une crise énergétique.
16. Dès lors, les dispositions contestées portent, au regard de l'objectif poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au maintien des conventions légalement conclues.
17. Par conséquent, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, ces dispositions doivent être déclarées contraires à la Constitution.

° Lire les documents reproduits.

° Chercher et lire :

_ H. Devillers, « Le critère du service public dans la qualification du contrat administratif », *AJDA* 2023. 763

_ N. Symchowicz, « Une réforme inopportune », *AJDA* 2024.1197

_ G. Eckert, « Unifier le contentieux de la commande publique : une fausse bonne idée ? », *CMP* 2024, Etude 6.

° Travail (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

Commentaire : Article 5 du projet de loi de simplification de la vie économique (24 avr. 2024)

I. – Le code de la commande publique est ainsi modifié :

1° *A la première phrase du premier alinéa de l'article L. 6, les mots : « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats » sont remplacés par les mots : « Les contrats » ;*

2° *Au dernier alinéa de l'article L. 2194-1, les mots : « , lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, » sont supprimés ;*

3° *A l'article L. 2194-2, les mots : « contrat administratif soumis au présent livre », sont remplacés par le mot : « marché » ;*

4° *Le premier alinéa de l'article L. 2195-3 est remplacé par les dispositions suivantes :*

« L'acheteur peut résilier le marché : » ;

5° *A l'article L. 2197-1, les mots : « contrat administratif » sont remplacés par le mot : « marché » ;*

6° *L'article L. 2197-2 est abrogé ;*

7° *A l'article L. 2197-3, les mots : « , quelle que soit la nature du contrat » sont supprimés ;*

8° *A l'article L. 2197-4, les mots : « ou, pour les marchés de droit privé, dans les conditions prévues par le code civil » sont supprimés ;*

9° *L'article L. 2521-4 est complété par un alinéa ainsi rédigé :*

« Les parties à un contrat de droit privé mentionné au présent livre peuvent recourir à un règlement amiable des différends dans les conditions prévues par le code civil et le code de procédure civile. » ;

10° *Au dernier alinéa de l'article L. 3135-1, les mots : « , lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, » sont supprimés et les mots : « l'acheteur » sont remplacés par les mots : « l'autorité concédante » ;*

11° *A l'article L. 3135-2, le mot : « administratif » est remplacé par les mots : « de concession » ;*

12° *Le premier alinéa de l'article L. 3136-3, est remplacé par les dispositions suivantes : « L'autorité concédante peut résilier le contrat de concession : » ;*

13° *A l'article L. 3137-1, le mot : « administratif » est remplacé par les mots : « de concession » ;*

14° *L'article L. 3137-2 est abrogé ;*

15° *L'article L. 3221-6 est complété par un alinéa ainsi rédigé :*

« Les parties à un contrat de droit privé mentionné au présent livre peuvent recourir à un règlement amiable des différends dans les conditions prévues par le code civil et le code de procédure civile. »

(...)

Dissertation : Le rôle des critères jurisprudentiels dans la qualification des contrats administratifs

Extrait de l'examen 2021 :

La présidente de l'Association en faveur de la protection de la qualité des eaux de la Marne est furieuse ! Le maire de Reims vient de résilier de manière unilatérale le contrat (celui-ci prévoit une telle possibilité) qui les liait en raison des conséquences de la crise sanitaire sur les finances locales. En effet, par ce contrat conclu en février 2020, la Ville de Reims s'engageait à verser une aide de 15 000 euros par an à l'Association pour conduire ses activités en faveur de la faune et de la flore du canal de la Marne. En outre, l'Association devait bénéficier, d'après le même contrat, d'une exonération de taxe foncière. La présidente de l'Association vous contacte, elle souhaiterait connaître la nature juridique du contrat pour savoir le juge compétent pour trancher le différend les opposant.

Extrait de l'examen de 2024 :

Au début des années 1990, l'Etat a cédé à la ville de Strasbourg un immeuble situé au cœur de son quartier historique qui était affecté à une prison. Longtemps laissé à l'état de friche, la ville octroyé, très occasionnellement, des autorisations d'occupation pour des manifestations culturelles privées. Cela lui coûtait toutefois cher d'entretenir, même *a minima*, l'immeuble. Elle a alors décidé de céder l'immeuble une entreprise privée, la société Bellétoile qui lui proposait de construire un espace de loisirs comprenant notamment des magasins de jouets, de jeux vidéos, d'arts plastiques, un lieu de laser game, une piscine à balles, un parc aquatique et un « Trampoline park ». Elle a conclu avec cette entreprise, de gré à gré, un contrat de vente comportant deux clauses résolutoires, l'une renvoyant à la procédure de déclassement du domaine public et l'autre relative à l'édification de ce lieu de loisirs dans des délais déterminés, avec prix de retour prédéterminé ainsi qu'une clause de rétrocession, interdisant à cet acquéreur de vendre le bien avant l'achèvement des travaux, sans en avoir préalablement avisé le maire de la commune, cette dernière se réservant alors le droit d'obtenir la rétrocession du terrain. Le contrat prévoit par ailleurs une exonération de la taxe foncière pendant 5 ans. Quelle est la nature juridique de ce contrat.

- **Qualifications législatives**

Article L. 6 du Code de la commande publique

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.

G. Eckert, « Faut-il administrativiser les contrats privés de la commande publique ? », *CMP* 2020, repère 1

L'existence de contrats de droit privé de la commande publique est certes une chose curieuse – qui frise l'oxymore – elle n'en est pas moins une situation traditionnelle. Consacrée par le juge interne (*T. confl.*, 5 juill. 1999, *Cne Sauve : Lebon*, p. 464), la catégorie des marchés publics, voire des concessions de droit privé a été largement étendue par le droit de l'Union européenne au travers des notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices, lesquelles incluent nombre de personnes privées en raison de leur contrôle par des personnes publiques ou, dans certains cas, du seul fait qu'elles bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs (*CCP*, [art. L. 1211-1](#) et [L. 1212-1](#)). À l'inverse, la catégorie des contrats administratifs se restreint de plus en plus étroitement aux activités des personnes morales de droit public (*T. confl.*, 9 mars 2015, *n° 3984*, *Rispal*).

Il reste que cette fragmentation contentieuse des marchés publics et dorénavant de la commande publique pose question. Il y a plus de 20 ans, le professeur Delvolvé s'interrogeait déjà sur « la pertinence de cette distinction et de ses conséquences contentieuses en ce qui concerne les marchés publics dès lors que l'extension de cette catégorie et l'unification de son régime ne permet plus guère de justifier la dualité de son contentieux » (*Vers l'unification du droit des « marchés publics » ?*, in *Mél. Drago : Economica*, 1996, p. 239). D'autres sont allés plus loin encore en soulignant que « si la personne privée est suffisamment liée à la puissance publique pour que ses contrats méritent d'être soumis à des obligations spécifiques de publicité et de mise en concurrence, ne serait-il pas logique de les soumettre également au régime du droit administratif ? » (*O. Guézou, Traité de contentieux de la commande publique : Le Moniteur*, 2e éd., 2018, n° 11).

De fait, le champ de la qualification légale des contrats administratifs au sein de la commande publique s'est progressivement étendu. Apparue dans le cadre de l'ancien Code des marchés publics ([L. n° 2001-1168](#), 11 déc. 2001, [art. 2](#)), elle a été appliquée à l'ensemble des marchés publics et des concessions,

passés par une personne morale de droit public et relevant des ordonnances ([Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 3 relative aux marchés publics](#). – [Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 3 relative aux contrats de concession](#)). La codification à droit constant du Code de la commande publique a empêché le législateur délégué d'aller plus loin et d'y inclure les « autres marchés » et « autres concessions ». Mais le rappel exprès des critères jurisprudentiels qui leur sont applicables sonne comme un message adressé au législateur ([CCP, art. L. 6](#)). Étendre la qualification de contrat administratif à tous les contrats de la commande publique conclus par une personne publique simplifierait certainement le droit sans guère le bouleverser.

La question est alors de savoir s'il faut aller plus loin s'agissant des contrats de la commande publique passés par des personnes privées. Le législateur délégué n'a pas hésité à abonder en ce sens dans le cadre particulier de la réforme ferroviaire. C'est ainsi qu'il est dorénavant disposé que « *les contrats conclus en application du code de la commande publique* », par la société SNCF Réseau pour l'exécution de ses missions, « *sont des contrats administratifs* » ([C. transports, art. L. 2111-9, issu de l'ordonnance n° 2019-552 du 3 juin 2019](#)). Une telle solution est inédite, le changement de statut des grands opérateurs économiques publics s'accompagnant de nombre d'adaptations du droit mais, jusqu'à présent, pas de la qualification d'administratif de leurs contrats d'achat. Tout juste peut-on évoquer le précédent, d'une portée bien plus limitée, relatif aux contrats conclus par Électricité de France et les entreprises locales de distribution à propos de leur obligation d'achat d'électricité produite à partir d'énergie renouvelable ([C. énergie, art. L. 314-7](#)).

Une telle évolution ne serait pas sans justification s'agissant de personnes morales de droit privé, souvent étroitement contrôlées par les personnes publiques et amenées à conclure des contrats qui, tout en étant formellement qualifiés de droit privé, sont soumis à un régime juridique largement administrativisé. Leurs règles de passation et, plus encore avec le Code de la commande publique, nombre de leurs règles d'exécution sont soumises à un régime commun, inspiré des solutions du droit administratif. Cela est d'autant plus vrai que, comme il a été souligné, « le juge judiciaire est extrêmement attentif à la jurisprudence administrative » ([J. Martin, Des marchés publics de droit privé aux marchés semi-publics des personnes privées in Mél. L. Richer : LGDJ, 2013, p. 200](#)). Il n'hésite pas à s'inspirer des solutions de celui-ci, tant pour l'interprétation des règles substantielles du droit de la commande publique que pour celles relatives aux procédures contentieuses propres à ces contrats, comme l'illustre la « smirgeomisation » du référé précontractuel devant les juridictions judiciaires ([Cass. com., 23 oct. 2012, n° 11-23.521, Sté Dalkia France](#)).

Pour autant, la singularité des contrats de droit privé de la commande publique subsiste et doit certainement être préservée. Ainsi, leur régime contentieux reste très différent du recours en contestation de leur validité introduit par le juge administratif. Le principe de loyauté des relations contractuelles, dégagé par la jurisprudence « Béziers I », n'est repris par la Cour de cassation que lorsqu'elle se prononce sur un contrat qu'elle considère, en réalité, comme un contrat administratif, à l'instar des concessions de droits de place sur les marchés, pour lesquelles elle n'est compétente qu'en vertu de l'article 136 du décret du 17 mai 1809 ([Cass. 1re civ., 24 avr. 2013, n° 12-18.180, Cne Sancoins](#). – [Cass. 1re civ., 22 mai 2019, n° 18-15.356, Z...](#)). En dehors de ce cas particulier, la Cour de cassation écarte les solutions du juge administratif en matière de nullité des contrats de la commande publique ([Cass. 1re civ., 31 janv. 2018, n° 16-21.697, Sté Le Médoc Gourmand](#) – [Cass. com., 6 mars 2019, n° 16-25.117, Cne Carrières-sur-Seine](#)). Plus encore, les contrats de droit privé de la commande publique continuent à échapper aux éléments les plus singuliers de la théorie générale des contrats administratifs, ce que le Code de la commande publique ne pouvait que confirmer ([CCP, art. L. 6](#)).

Là est certainement l'enjeu essentiel du débat. Ne faut-il pas étendre les prérogatives de Puissance publique que sont le pouvoir de modification unilatérale du contrat et sa résiliation unilatérale pour faute du cocontractant ou pour motif d'intérêt général, au profit de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices et, tout particulièrement, des personnes privées contrôlées par des personnes publiques ? Une réponse négative s'impose certainement au regard du « bon vieux précepte », rappelé par le professeur Jean Waline, selon lequel « l'on doit limiter au strict minimum indispensable les prérogatives de puissance publique » ([La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif, Mél. J. Ghestin : Dalloz, 2001, p. 978](#)). Plus encore, le droit ménage aux personnes publiques une large faculté de choix du mode d'organisation de leurs activités, lequel détermine

largement leur régime juridique. Ainsi, opter pour une société publique locale, c'est décider de réaliser une mission d'intérêt général dans un cadre principalement de droit privé, lequel n'interdit d'ailleurs nullement que le contrat reconnaisse des prérogatives particulières à l'autorité contractante, par exemple en se référant aux CCAG ([CE, 25 oct. 2017, n° 404481, Sté Les Compagnons Paveurs](#)). Or, étendre la qualification de contrat administratif conduirait paradoxalement à limiter cette possibilité de modulation des instruments juridiques au service de l'intérêt général.

C'est tout le risque de l'expression de « contrat public » ou, plus spécifiquement, d'une approche unifiée de la commande publique. Au contraire, comme les contrats de concession ne sont pas des marchés publics, les contrats de droit privé de la commande publique ne sont pas destinés à se fondre dans le régime commun des contrats administratifs. Dans ce domaine aussi, la diversité est source de richesse, même si, parfois, elle complique un peu les choses.

Article L. 3231-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs aux cessions des biens immobiliers de l'Etat.

Article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques

Sont portés devant la juridiction administrative les litiges relatifs :

1° Aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ;

5° Aux baux emphytéotiques passés par les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics, conformément au [4° de l'article L. 1311-3 du CGCT](#) ;

6° Aux baux emphytéotiques passés par les établissements publics de santé, conformément à l'[article L. 6148-2 du code de la santé publique](#) ;

7° Aux baux emphytéotiques passés par l'Etat ou ses établissements publics conformément à l'[article L. 2341-1](#).

Article L. 1111-3 du Code général de la propriété des personnes publiques

Les personnes publiques mentionnées à [l'article L. 1](#) acquièrent à l'amiable des biens et des droits, à caractère mobilier ou immobilier.

Les acquisitions de biens et droits à caractère immobilier s'opèrent suivant les règles du droit civil.

• Qualification jurisprudentielle

TC 3 mars 1969, Sté interprof. du lait et de ses dérivés « Interlait », Lebon 682

Cons. qu'Interlait, constituée sous la forme de société anonyme, est une entreprise privée, de caractère commercial, inscrite au registre du commerce ; que, bien qu'elle ait été chargée d'une mission de service public, elle se livre librement à des opérations commerciales ; d'où il suit que les litiges relatifs à cette activité de commerce qui l'opposent à ses fournisseurs et à ses clients ressortissent à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ; qu'il en est ainsi en l'espèce, le différend qui motive l'action engagée contre elle se fondant sur son attitude à l'égard d'un autre commerçant dans l'exercice de son activité ; que, c'est donc à tort que le préfet a élevé le conflit ;... (Annulation).

Article 1984 du Code civil

Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire.

TC 9 mars 2015, Sté ASF, n° 3992

Par décret du 7 février 1992, l'Etat a concédé à la société ASF la construction, l'entretien et l'exploitation d'autoroutes ; qu'en vertu de l'article 13.1 du cahier des charges de la concession, annexé

à ce décret, la société concessionnaire a l'obligation d'assurer directement ou à faire assurer sous sa responsabilité, sur l'ensemble du domaine concédé, le dépannage des véhicules en panne ou accidentés ; que, le 25 septembre 2009, la société ASF a publié un appel à candidatures pour l'attribution d'agréments de dépannage et d'évacuation de véhicules lourds sur une partie des autoroutes A9 et A61 ; que les offres des sociétés ADR et Narbonne poids lourds ont été retenues ; que, le 30 avril 2010, la société Garage des pins a engagé, en tant que concurrent évincé, une action devant le tribunal administratif de Montpellier tendant à l'annulation des contrats passés entre la société ASF et les sociétés ADR et Narbonne poids lourds ; que le tribunal a rejeté cette demande comme portée devant une juridiction incompétente ; que la CAA de Marseille a confirmé le jugement sur le même fondement ; qu'avant dire droit sur le pourvoi formé par la société ASF, le CE a renvoyé au TC la question de la compétence ...

Considérant que, si les modalités d'exercice de la mission de service public de dépannage autoroutier doivent être conformes à un cahier des charges type et si les entreprises choisies par le concessionnaire pour l'assurer sont soumises à un agrément du préfet qui vérifie qu'elles sont notamment en mesure de remplir la mission dans le respect des objectifs de sécurité routière, le contrôle exercé par l'Etat sur l'activité de dépannage n'excède pas le pouvoir que conserve le propriétaire d'un ouvrage public afin d'assurer le respect de sa destination par son cocontractant ; qu'il suit de là que la société ASF, personne privée à qui l'Etat a concédé l'exploitation d'une autoroute, ne peut être regardée comme agissant pour le compte de celui-ci quand elle conclut avec d'autres personnes privées des contrats portant sur le dépannage des véhicules et n'emportant pas occupation du domaine public ; que le litige opposant la société Garage des pins aux sociétés ASF, ADR et Narbonne poids lourds ressortit dès lors à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ;

TC 11 déc. 2017, Cne de Capbreton, n° 4103

le 15 février 2005, la commune de Capbreton a conclu avec la société d'aménagement des territoires et d'équipement des Landes (la SATEL) une convention d'aménagement de son front de mer, comportant, l'acquisition par cette société de terrains situés dans le périmètre de la zone d'aménagement, la réalisation d'infrastructures et d'équipements publics, dont un parc de stationnement souterrain comportant un ouvrage formant brise-lames, et la mise en oeuvre d'un programme immobilier, comprenant notamment une résidence de tourisme, un complexe ludique et de remise en forme et des logements destinés à la vente ou à la location au profit du concessionnaire ; que la SATEL a confié la maîtrise d'oeuvre générale au cabinet Luc Arsène-Henry et Triaud et à M.A..., architectes, ainsi qu'à la société Ingerop ; que le GIE Ceten Apave International a été chargé du contrôle technique de l'opération ; que la société Faure Silva a été chargée de la réalisation des travaux avec les sociétés Sgreg Sud-Ouest, BTPS Pays Basque Adour et Adour Etudes ; que, postérieurement à la réception des travaux, des désordres ont affecté l'ouvrage formant brise-lames du parc de stationnement souterrain ; que la SATEL ayant assigné les constructeurs devant le TGI de Dax afin d'obtenir le paiement d'une somme correspondant au coût des travaux de reprise, le juge de la mise en état de ce tribunal a décliné la compétence de la juridiction judiciaire par une ordonnance du 3 octobre 2004 ; que, saisi par la commune de Capbreton, venant aux droits de la SATEL, d'une demande tendant à la condamnation des constructeurs au versement de la même somme, le TA de Pau, estimant que le litige relevait de la compétence de la juridiction judiciaire, a, par un jugement du 6 juillet 2017, sursis à statuer et renvoyé au Tribunal le soin de décider sur la question de compétence ...

Considérant que le titulaire d'une convention conclue avec une collectivité publique pour la réalisation d'une opération d'aménagement ne saurait être regardé comme un mandataire de cette collectivité ; qu'il ne peut en aller autrement que s'il résulte des stipulations qui définissent la mission du cocontractant de la collectivité publique ou d'un ensemble de conditions particulières prévues pour l'exécution de celle-ci, telles que le maintien de la compétence de la collectivité publique pour décider des actes à prendre pour la réalisation de l'opération ou la substitution de la collectivité publique à son cocontractant pour engager des actions contre les personnes avec lesquelles celui-ci a conclu des contrats, que la convention doit en réalité être regardée, en partie ou en totalité, comme un contrat de mandat, par lequel la collectivité publique demande seulement à son cocontractant d'agir en son nom et pour son compte, notamment pour conclure les contrats nécessaires ;

Considérant que, par la convention conclue le 15 février 2015, la commune de Capbreton a chargé la SATEL, de réaliser l'opération d'aménagement décrite ci-dessus ; que ni la définition des missions confiées à la SATEL, ni les conditions prévues pour leur exécution ne permettent de regarder cette convention comme ayant en réalité pour objet de confier à la SATEL le soin d'agir au nom et pour le compte de la commune ; qu'ainsi, les contrats passés par cette société, pour les opérations de construction au sein de la zone d'aménagement, qu'elles aient ou non le caractère d'opérations de travaux publics, sont des contrats de droit privé ; que les litiges nés de leur exécution relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire ;

TC 9 mars 2015, Mme Rispal, n° 3984

... dans le cadre des obligations faites aux sociétés concessionnaires d'autoroutes de consacrer une part du montant des travaux de construction d'une liaison autoroutière à des oeuvres d'art, la société ASF a conclu le 23 avril 1990 avec Mme A...une convention lui confiant, moyennant une rémunération forfaitaire, la mission d'établir une série de trois esquisses devant permettre à la société de choisir l'oeuvre à créer, puis la réalisation d'une maquette d'une sculpture monumentale que la société envisageait d'implanter sur une aire de service située sur le futur tracé de l'autoroute A 89 ; que la convention stipulait que la sculpture définitive ne pourrait être réalisée que si la société ASF était choisie comme concessionnaire de l'autoroute A 89 et si l'une des trois esquisses présentées était retenue par elle ; que la désignation de la société ASF en qualité de concessionnaire de l'autoroute A 89 a été approuvée par décret du 7 février 1992 ; qu'après l'achèvement des travaux de construction des ouvrages autoroutiers, la société ASF a informé Mme A..., par courrier du 7 juin 2005, de sa décision d'abandonner définitivement le projet ; que, par arrêt du 17 février 2010, la Cour de cassation a décliné la compétence du juge judiciaire saisi par Mme A... d'une demande d'indemnisation des préjudices qu'elle aurait subis du fait de la résiliation du contrat qu'elle allègue ; que, par arrêt du 21 octobre 2014, la cour administrative d'appel de Paris, estimant que le litige relevait de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, a saisi le Tribunal des conflits en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié ;

Considérant qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'Etat ; que les litiges nés de l'exécution de ce contrat ressortissent à la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ;

Considérant, toutefois, que la nature juridique d'un contrat s'appréciant à la date à laquelle il a été conclu, ceux qui l'ont été antérieurement par une société concessionnaire d'autoroute sous le régime des contrats administratifs demeurent... ;

Considérant que Mme A...poursuit la réparation des préjudices qu'elle aurait subis à la suite de la résiliation de la convention qui l'aurait liée à la société ASF et qui aurait porté sur l'implantation sur une aire de repos d'une oeuvre monumentale à la réalisation de laquelle la société concessionnaire était tenue de consacrer une part du coût des travaux, et qui présentait un lien direct avec la construction de l'autoroute ; que le litige ressortit dès lors à la compétence de la juridiction administrative ;

TC 4 juill. 2022, Sté. Alliance global corporate et Sté. Aéroport Toulouse Blagnac, n° 4247

1. La société Aéroport Toulouse Blagnac, concessionnaire de l'aérodrome du même nom, a conclu le 11 mai 2009 un contrat de maîtrise d'oeuvre avec la société Ingérop conseil et ingénierie en vue de la rénovation des approches des pistes de l'aérodrome. Elle a conclu le 9 juillet 2010 un marché de travaux avec la société Spie Sud-Ouest pour la réalisation de travaux de rénovation du balisage lumineux de l'approche de ces pistes. Un aéronef de la compagnie Corsair ayant, le 26 octobre 2010, heurté une balise temporaire d'une piste, la société Allianz global corporate et specialty, assureur de la société Aéroport Toulouse Blagnac, a conclu le 23 février 2015 un accord transactionnel avec la compagnie Corsair et son assureur et a indemnisé le préjudice subi par celle-ci. La société Allianz global corporate

et specialty a recherché devant le tribunal administratif de Toulouse la responsabilité des sociétés Ingérop conseil et ingénierie et Spie Sud-Ouest, à titre principal sur le fondement de la responsabilité contractuelle, en se prévalant de sa qualité de subrogée dans les droits de la société Aéroport Toulouse Blagnac, et, à titre subsidiaire, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, en se prévalant de sa qualité de subrogée dans les droits de la compagnie Corsair. Par un jugement du 31 mai 2018, le tribunal administratif de Toulouse a, d'une part, condamné solidairement les sociétés Ingérop conseil et ingénierie et Spie Sud-Ouest à payer la somme de 171 273,13 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 30 septembre 2015 et de la capitalisation des intérêts à compter du 30 septembre 2016 et, d'autre part, condamné ces deux sociétés à se garantir réciproquement à hauteur de 50 % des condamnations mises à leur charge. Par un arrêt du 17 décembre 2020, la cour administrative d'appel de Bordeaux a, sur appel de la société Spie industrie tertiaire, venant aux droits de la société Spie Sud-Ouest, et de la société Ingérop conseil et ingénierie, annulé ce jugement et rejeté comme portée devant une juridiction incompétente la demande formée par la société Allianz global corporate et specialty. Saisi du pourvoi tendant à l'annulation de cet arrêt, le Conseil d'Etat a, par une décision du 28 mars 2022, renvoyé au Tribunal, en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence.

SUR L'ACTION EN RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

2. Une personne morale de droit privé qui, ayant obtenu de l'Etat la concession d'un aérodrome, est chargée de l'exploitation de celui-ci et de la fourniture du service aéroportuaire ne saurait être regardée comme un mandataire de l'Etat. Il ne peut en aller autrement que s'il résulte des stipulations qui définissent la mission du concessionnaire ou d'un ensemble de conditions particulières prévues pour l'exécution de celle-ci que la concession doit en réalité être regardée, en partie ou en totalité, comme un contrat de mandat, par lequel l'Etat demande seulement à son cocontractant d'agir en son nom et pour son compte, notamment pour conclure avec d'autres personnes privées les contrats nécessaires.

3. La concession, par l'Etat, de l'exploitation de l'aérodrome de Toulouse Blagnac est soumise au cahier des charges type de concession annexé au décret n° 2007-244 du 23 février 2007, qui confie au concessionnaire le soin d'assurer l'aménagement et le développement de l'aérodrome et prévoit les conditions dans lesquelles s'exécutent les travaux de création, d'aménagement et d'entretien des pistes, voies de circulation et aires de stationnement. Ni la définition des missions confiées à la société Aéroport Toulouse Blagnac par cette concession pour l'exécution des travaux d'aménagement d'installations aéroportuaires, ni les conditions prévues pour leur exécution ne permettent de la regarder comme ayant en réalité pour objet de confier à la société Aéroport Toulouse Blagnac le soin d'agir non pas en son nom propre mais au nom et pour le compte de l'Etat.

4. Il en résulte que les contrats passés par cette société pour la réalisation des travaux de rénovation du balisage lumineux des pistes de l'aérodrome sont des contrats de droit privé et que les litiges y afférents relèvent de la compétence de la juridiction judiciaire.

TC 13 oct. 2014, SA Axa France, n° 3963

Considérant que la commune de Joinville-le-Pont et l'association Aviron Marne et Joinville ont conclu, le 5 octobre 2005, un contrat par lequel la commune a donné à bail à l'association, pour une durée de soixante-dix neuf ans et un loyer d'un euro, un ensemble immobilier destiné à la pratique de l'aviron, dont elle est propriétaire et sur lequel elle s'est engagée à réaliser différents travaux de réhabilitation ; que ce contrat emportait résiliation d'un contrat conclu en 1988, dont l'objet était comparable ; qu'un incendie a détruit, le 25 octobre 2005, le bâtiment objet du contrat ; qu'après avoir versé à la commune une somme de plus de quatre millions d'euros, la société Axa France IARD, assureur de la commune, subrogée dans les droits de celle-ci, a engagé une action directe contre la MAIF, assureur de l'association ; que, par une ordonnance du 9 octobre 2008, le juge de la mise en état du tribunal de grande instance de Créteil a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par la MAIF ; que, par un arrêt du 1er juin 2010, la CA de Paris, après avoir déclaré la juridiction judiciaire compétente pour statuer sur l'action directe engagée par la société Axa France IARD, a dit qu'il appartenait à cette société de saisir la juridiction administrative pour " faire déterminer les responsabilités dans l'incendie " et a

sursis à statuer sur l'action directe ; que le pourvoi formé par la société Axa France IARD contre cet arrêt a été rejeté par une décision de la Cour de cassation du 16 mai 2012 ; que, saisi par la société Axa France IARD, le TA de Melun, estimant que le contrat en cause n'était pas un contrat administratif, a, par un jugement du 12 février 2014, renvoyé au TC le soin de décider sur la question de compétence ;

Considérant, en premier lieu, que si l'ensemble immobilier donné à bail par la commune de Joinville-le-Pont a été spécialement aménagé pour la pratique d'activités sportives, il ne résulte pas de cette seule circonstance qu'il appartiendrait au domaine public de la commune, une telle appartenance étant en outre subordonnée à la condition que le bien en cause soit affecté à l'usage direct du public ou à un service public ;

Considérant, d'une part, que l'ensemble immobilier en cause, dont l'utilisation est réservée aux membres de l'association Aviron Marne et Joinville, n'est pas affecté à l'usage direct du public ;

Considérant, d'autre part, que si l'association Aviron Marne et Joinville a une activité d'intérêt général, elle ne peut être regardée, eu égard à ses modalités d'organisation et de fonctionnement, notamment à l'absence de tout contrôle de la commune et de toute définition par celle-ci d'obligations particulières auxquelles elle serait soumise, comme chargée d'une mission de service public ; que, par ailleurs, alors même que la pratique de l'aviron revêt une importance particulière à Joinville-le-Pont et que l'association bénéficie, notamment dans le cadre du contrat en cause, d'aides importantes de la part de la commune, celle-ci ne saurait être regardée, en l'absence de tout droit de regard sur l'organisation de l'association, comme ayant entendu reconnaître le caractère de service public de l'activité de l'association ; qu'ainsi l'activité exercée par l'association dans l'ensemble immobilier en cause ne constitue ni une activité de service public qui lui aurait été confiée par la commune ni une activité à laquelle la commune aurait entendu reconnaître un tel caractère ;

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que l'ensemble immobilier donné à bail par le contrat litigieux ne peut être regardé comme appartenant au domaine public de la commune ; qu'ainsi, le contrat conclu entre la commune de Joinville-le-Pont et l'association Aviron Marne et Joinville n'a pas pour objet d'autoriser l'occupation du domaine public communal et ne peut être qualifié de contrat administratif par détermination de l'article L. 2331-1 du CG3P ;

Considérant, en deuxième lieu, que le contrat litigieux ne confère aucun droit réel à l'association sur le bien mis à sa disposition ; qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus qu'il n'a pas été conclu en vue de l'accomplissement, pour le compte de la commune, d'une mission de service public ; que l'association se bornant à utiliser le bien mis à sa disposition afin que ses adhérents pratiquent l'aviron et les investissements à réaliser étant exclusivement à la charge de la commune, le contrat ne peut davantage être regardé comme ayant été conclu en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de la compétence de la commune ; qu'ainsi, ce contrat n'a pas le caractère d'un bail emphytéotique administratif conclu en application des dispositions des articles L. 1311-2 et suivants du code général des collectivités territoriales et n'est pas, par détermination de ces dispositions législatives, un contrat administratif ;

Considérant, en troisième lieu, que le contrat litigieux ne comporte aucune clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ;

...il résulte de tout ce qui précède que le contrat conclu le 5 oct. 2005 par la commune de Joinville-le-Pont et l'association Aviron Marne et Joinville n'est pas un contrat administratif ; que la juridiction judiciaire est dès lors compétente pour déterminer qui doit répondre de l'incendie.

TC 13 mars 2023, n° 4266

1. Le contrat par lequel une personne publique cède des biens immobiliers faisant partie de son domaine privé est en principe un contrat de droit privé, sauf si ce contrat a pour objet l'exécution d'un service

public ou s'il comporte des clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs.

2. Par un acte de vente conclu le 25 août 2000, la commune de Phalsbourg a cédé à la société Gartiser, aux droits de laquelle est venue la société SGTP 67, une parcelle de son domaine privé d'une superficie de 182,60 ares, au prix de 273 900 francs, en vue de la construction par cette société d'un immeuble à usage industriel, non affecté à l'habitation pour les trois quarts au moins de sa superficie. La vente a été conclue sous plusieurs conditions, tenant en particulier au dépôt d'un permis de construire pour un bâtiment à vocation industrielle et à l'édification de cet immeuble d'une surface d'au moins 1 000 mètres carrés, dans des délais déterminés. L'acte de cession prévoit, en cas de non-respect de ces délais, la possibilité pour le vendeur de procéder à la résolution de la vente, avec le versement à l'acquéreur d'une indemnité égale au prix de la cession, diminué de 10 % à titre de dommages-intérêts forfaitaires, si la résolution intervient avant le commencement de tous travaux. Cette indemnité est augmentée, le cas échéant, d'une somme égale au montant de la plus-value apportée au terrain par les travaux régulièrement réalisés sans pouvoir dépasser la valeur des matériaux et le coût de la main d'œuvre, le montant de cette plus-value devant être fixé par voie d'une expertise réalisée contradictoirement par deux experts dont, pour la commune, l'administration des domaines. Le contrat interdit par ailleurs à l'acquéreur de mettre en vente le terrain avant l'achèvement de la totalité des travaux prévus, sans en avoir préalablement avisé le maire de la commune de Phalsbourg, cette dernière se réservant alors le droit d'obtenir la rétrocession du terrain dans les conditions prévues pour l'indemnité de résolution mais sans application de la réduction de 10 % ou d'agréer ou désigner l'acquéreur en imposant que le prix de vente soit fixé dans les mêmes conditions. Le morcellement du terrain est également interdit sans autorisation de la commune. Le contrat prévoit enfin l'inscription au livre foncier de Phalsbourg des restrictions du droit de disposer et du droit à la résolution, avec effet jusqu'au 25 août 2004.

3. La vente par la commune de Phalsbourg à la société Gartiser d'une parcelle appartenant à son domaine privé en vue de la réalisation d'un bâtiment industriel n'a pas pour objet l'exécution d'un service public. Par ailleurs ni les clauses par lesquelles la société s'engage, sous une condition résolutoire, à déposer un permis de construire et à réaliser un bâtiment dans certains délais, ni celles qui encadrent le droit de la société de disposer du terrain, ni celles qui encadrent les conditions de retour du bien en cas de résolution de la vente, ni aucune autre clause n'impliquent que, dans l'intérêt général, le contrat relève du régime exorbitant des contrats administratifs.

4. Il appartient en conséquence à la juridiction judiciaire de connaître de la demande indemnitaire de la société consécutive à la résolution de la vente prononcée par la commune en raison du non-respect du délai de réalisation de la construction.

CE 20 mai 2025, VNF, n° 491398

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de l'Oise a entrepris en 2012 la rénovation du pont permettant le franchissement du canal du Nord par la route départementale n° 938 et situé à Noyon (Oise). Par un courrier du 24 octobre 2012, le département a demandé, en application des stipulations d'un procès-verbal " de conférence " du 7 octobre 1960, la prise en charge d'une partie des coûts de ces travaux à Voies navigables de France (VNF), lequel a fait part de son refus par un courrier du 21 décembre 2012. Le département de l'Oise a émis le 10 octobre 2013 un titre exécutoire d'un montant de 412 000 euros à l'encontre de VNF, qui n'y a pas donné suite. Par un jugement du 15 juillet 2022, le tribunal administratif d'Amiens, saisi par le département de l'Oise, a condamné VNF à verser au département une somme de 156 680 euros hors taxes au titre de sa responsabilité contractuelle. Voies navigables de France se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 1er décembre 2023 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a porté cette somme à un montant de 208 185,49 euros hors taxes.

2. Aux termes de l'article R. 4313-13 du code des transports : " Sur le domaine qui lui est confié et pour l'exercice de ses missions, Voies navigables de France est substitué de plein droit à l'État dans les droits

et obligations de celui-ci, tels qu'ils résultent des conventions, contrats et concessions qu'il a conclus avec des tiers antérieurement à la création de l'établissement public ".

3. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la demande présentée par le département de l'Oise tendant à ce que VNF fût condamné à lui verser une somme au titre de sa responsabilité contractuelle était fondée sur les conclusions d'un procès-verbal dit " de conférence " du 7 octobre 1960, signé par le général commandant la 2ème région militaire, l'ingénieur en chef du service ordinaire de l'Oise, le directeur départemental des postes, télégraphes et téléphones et l'ingénieur en chef du service spécial de la navigation Belgique-Paris-Est, et matérialisant l'accord entre ces représentants de différents services civils et militaires de l'Etat conclu à l'issue de la procédure d'instruction des travaux de reconstruction du pont permettant le franchissement du canal du Nord par la route nationale n° 38 à Noyons, conduite dans le cadre du décret du 4 août 1955 portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 29 novembre 1952 sur les travaux mixtes. Un tel procès-verbal d'accord entre représentants de services de l'Etat ne présentait pas le caractère d'un contrat. Par suite, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit en se fondant sur les énonciations de ce procès-verbal pour juger que la responsabilité contractuelle de VNF était engagée à l'égard du département de l'Oise et faire droit, sur ce fondement, à la demande d'indemnisation présentée par ce département.

TC 2 juin 2025, n° 4340

1. Selon une convention d'occupation temporaire à effet du 10 juillet 2020, la société Ideal hôtel a mis à disposition de l'association reconnue d'utilité publique Centre d'action sociale protestant et sous la responsabilité de cette dernière des locaux, situés 108 boulevard Jourdan à Paris, d'une superficie de 1 400 m² comportant soixante-sept chambres, afin d'y exercer des activités d'hébergement d'urgence des personnes ou des ménages à la rue. Cette convention d'occupation temporaire a été prorogée par avenant jusqu'au 10 juillet 2027. L'Etat, représenté par le préfet de la région Île-de-France, était signataire de ces deux actes. Après avoir constaté des défauts de paiement et délivré des mises en demeure, la société Ideal hôtel a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris qui, par ordonnance du 24 juillet 2024 a condamné l'association Centre d'action sociale protestant au paiement, à titre de provision, des sommes de 164 858,84 euros, au titre de l'indemnité forfaitaire d'occupation, et 164 084 euros au titre de la location de deux appartements non meublés. Par arrêt du 31 janvier 2025, la cour administrative de Paris a renvoyé au Tribunal des conflits, en application de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le soin de décider sur la question de compétence.

2. Un contrat qui ne prévoit d'obligations qu'entre personnes privées revêt, en principe, un caractère de contrat de droit privé.

3. La convention d'occupation temporaire, en cause dans le présent litige, a pour objet de fixer les conditions dans lesquelles la société Ideal hôtel met à disposition de l'association Centre d'action sociale protestant et sous sa seule responsabilité, les locaux situés 104 boulevard Jourdan à Paris, que l'association s'est engagée à occuper pour l'hébergement et l'accueil temporaire des personnes ou des ménages en situation de rue, jusqu'au départ progressif des personnes accueillies. Le contrat, qui se borne à indiquer qu'une convention de financement liant l'Etat et l'association sera établie afin de définir les modalités de financement durant le temps de mobilisation des locaux, ne prévoit d'obligations qu'entre la société Ideal hôtel et l'association Centre d'action sociale protestant, qui sont des personnes privées, sans donner le caractère d'un contrat administratif à la convention d'occupation temporaire qui les lie, quant bien même le contrat et l'avenant en cause ont été signés par le représentant de l'Etat.

4. Par ailleurs, il ne résulte pas de l'instruction que l'Etat contrôle l'organisation ou le fonctionnement de l'association ni qu'il lui procure l'essentiel de ses ressources. Il résulte en revanche de l'instruction que l'association n'a pas agi au nom et pour le compte de l'Etat mais en son nom et pour son propre compte.

5. L'action de la société Ideal hôtel dirigée contre l'association Centre d'action sociale protestant relève donc de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire, nonobstant la

TC 2 juin 2025, n° 4342

1. Entre 2003 et 2015, M. C..., propriétaire d'une collection d'objets et de documents militaires, en a vendu un certain nombre à l'association de gestion du musée de la Pompelle et à la ville de Reims. Par lettre du 27 décembre 2018, M. C... a mis le maire de la commune de Reims en demeure de lui payer la somme de 37 885,24 euros correspondant aux factures restées impayées. Cette demande est restée sans suite. Le 17 juin 2021, M. C... a fait citer la commune de Reims devant le tribunal judiciaire en paiement de la somme de 31 872,32 euros. Par une ordonnance du 11 octobre 2022, le juge de la mise en état de ce tribunal l'a déclaré incompétent et a renvoyé les parties à mieux se pourvoir. Le 12 décembre 2022, M. C... a une nouvelle fois demandé paiement de la somme de 31 872,32 euros à la commune de Reims et, le même jour, a saisi le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne d'une requête à cette fin. Par jugement du 11 février 2025, le tribunal administratif a, sur le fondement de l'article 32 du décret du 27 février 2015, renvoyé au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence s'agissant des relations entre M. C... et la commune de Reims.

2. Aux termes de l'article 2 de loi du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier : " Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ". Les contrats ainsi visés sont ceux qui entrent dans le champ d'application du code des marchés publics, tel qu'il est notamment défini par ses articles 1ers à 3 dans leur version applicable.

3. Relevant du champ des exceptions prévues par l'article 3, concernant les contrats et marchés " ayant pour objet l'achat d'œuvres et d'objets d'art existants, d'objets d'antiquité et de collection ", les contrats passés entre M. C... et la commune de Reims ne constituent pas des contrats administratifs en vertu de la loi du 11 décembre 2001.

4. Les conventions conclues entre M. C... et la commune de Reims ont pour seul objet la vente d'objets mobiliers. Elles ne comportent aucune clause reconnaissant une prérogative à la personne publique acheteuse. La circonstance que les objets faisant l'objet de ces conventions soient destinés aux collections des musées de la ville ne suffit pas à faire regarder ces dernières comme ayant pour objet l'exécution même du service public dont les musées de la ville de Reims ont la charge ou y faisant participer M. C....

5. Il appartient en conséquence à la juridiction judiciaire de connaître de la demande en paiement de M. C... contre la commune de Reims.

° Lire les documents.

° Travail (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

_ Dissertation : Personnes privées et pouvoirs adjudicateurs.

_ Commentaire : CJUE 17 oct. 2024, *NFS*, aff. C-28/23 (à propos d'un contrat de subvention en vue de la construction d'une infrastructure sportive)

_ Cas pratique :

Votre tante, artiste à ses heures perdues et engagée dans la protection de l'environnement, vient vous consulter. Elle souhaiterait obtenir une indemnisation liée à des préjudices qu'elle estime avoir subi du fait de la résiliation de deux contrats conclus avec la société Wincy, société privée concessionnaire d'autoroutes. Le premier contrat résilié, conclu le 12 juillet 2013, confiait à votre tante une mission de ramassage des ordures se trouvant en bordure de la bande d'arrêt d'urgence sur l'autoroute A71, qui fait partie de la concession de la société Wincy. Le second contrat, conclu le 20 juillet 2016, confiait à votre tante, dans le cadre de la construction d'une nouvelle portion d'autoroute, la réalisation d'une gigantesque fresque sur plusieurs kilomètres de murs anti-bruit. Votre tante pense qu'elle peut porter ses demandes devant le juge judiciaire, qu'en pensez-vous ?

Articles L. 1111-1 et s. du Code de la commande publique

Article L.1111-1 :

Un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent.

Article L.1111-2 :

Un marché de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Article L.1111-3 :

Un marché de fournitures a pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.

Il peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

Article L.1111-4 :

Un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services.

Article L.1111-5 :

Lorsqu'un marché porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

Lorsqu'un marché a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Article L.1210-1 et s. du Code de la commande publique

L.1210-1 :

Les acheteurs et les autorités concédantes soumis au présent code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

L.1211-1 :

Les pouvoirs adjudicateurs sont :

- 1° Les personnes morales de droit public ;
- 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont :
 - a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
 - b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
 - c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun.

Article L.1212-1 :

Les entités adjudicatrices sont :

- 1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L.1212-3 et L.1212-4 ;
- 2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4 ;
- 3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires.

Article L.1212-2 :

Sous réserve des dispositions de l'article L.2192-15, est une entreprise publique au sens du présent code tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance.

Article L.1212-3 :

Sont des activités d'opérateur de réseaux :

- 1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution :

- a) De gaz ou de chaleur ;
- b) D'électricité ;
- c) D'eau potable.

L'alimentation de réseaux comprend la production, la vente en gros et la vente de détail. Sont également considérées comme des activités d'opérateurs de réseaux lorsqu'elles sont liées aux activités mentionnées au présent 1°, l'évacuation ou le traitement des eaux usées ainsi que les projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

- 2° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

- a) D'extraire du pétrole ou du gaz ;
- b) De prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides ;

3° Les achats ou les activités d'exploitation destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ;
4° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux. Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale définit les conditions générales d'organisation du service, notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;
5° Les activités visant à fournir des services postaux mentionnés à l'[article L. 1](#) du code des postes et des communications électroniques ou, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services suivants :

- a) Les services de gestion de services courrier ;
- b) Les services d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse.

Article L.1212-4 :

Ne sont pas des activités d'opérateur de réseaux :

1° L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'[article L. 1212-3](#) ;
- b) L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

2° L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'[article L. 1212-3](#) ;
- b) La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes ;

3° L'alimentation en eau potable des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :

- a) La production d'eau potable par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'[article L. 1212-3](#) ;
- b) La quantité d'eau utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'eau potable de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

Art. L.1220-1 :

Est un opérateur économique toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services.

Art. L.1220-2 :

Un candidat est un opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.

Art. L.1220-3 :

Un soumissionnaire est un opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.

Article L.2100-2 du Code de la commande publique

Les contrats conclus par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs mentionnés à l'article L. 1210-1 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur sont soumis aux dispositions de la présente partie, à l'exception des chapitres Ier à III et du chapitre VI du titre IX du présent livre, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens figurant dans un avis annexé au présent code ;

2° L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes :

- a) Des activités de génie civil figurant sur la liste mentionnée au 1° de l'article L. 1111-2 ;
- b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;
- c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Ces contrats peuvent toujours être conclus en lots séparés.

Le pouvoir adjudicateur qui octroie des subventions veille au respect des dispositions des livres Ier, II, III et V de la présente partie.

• Critère organique

CJUE 3 févr. 2021, FIGC, aff. C-155/19 et C-156/19

33 Par sa première question, la juridiction de renvoi cherche à savoir, en substance, si l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'une entité investie de missions à caractère public définies exhaustivement par le droit national peut être considérée comme ayant été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial au sens de cette disposition, alors même qu'elle a été créée sous la forme non pas d'une administration publique, mais d'une association relevant du droit privé et que certaines de ses activités, pour lesquelles elle jouit d'une capacité d'autofinancement, n'ont pas de caractère public.

34 À cet égard, il convient de rappeler que, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a) à c), de la directive 2014/24, une entité doit être qualifiée d'« organisme de droit public » lorsque, premièrement, elle a été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, deuxièmement, elle est dotée de la personnalité juridique et troisièmement, soit elle est financée majoritairement par l'État, par les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public.

35 La Cour a déjà jugé que les trois conditions figurant à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a) à c), de la directive 2014/24 sont cumulatives, étant entendu que les trois critères mentionnés dans la troisième condition revêtent, quant à eux, un caractère alternatif (voir, en ce sens, arrêts du 12 septembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, point 20, ainsi que du 5 octobre 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, point 30 et jurisprudence citée).

36 S'agissant de la première de ces trois conditions, visée à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a), de la directive 2014/24, il ressort de la jurisprudence de la Cour que le législateur de l'Union n'a souhaité soumettre aux règles contraignantes des marchés publics que des entités créées dans le but spécifique de satisfaire à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont l'activité répond à de tels besoins (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, point 35).

37 À cet égard, que ce soit depuis sa création ou postérieurement à celle-ci, l'entité concernée doit assurer effectivement la satisfaction de besoins d'intérêt général, la prise en charge de tels besoins devant pouvoir être constatée objectivement (voir, en ce sens, arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99, EU:C:2002:746, point 63).

38 En l'occurrence, il ressort des explications fournies par la juridiction de renvoi que, en Italie, l'activité d'intérêt général que constitue le sport est mise en œuvre par chacune des fédérations

sportives nationales dans le cadre de missions à caractère public expressément attribuées à ces fédérations par l'article 15, paragraphe 1, du décret législatif n° 242 et exhaustivement énumérées à l'article 23, paragraphe 1, des statuts du CONI.

39 À cet égard, il apparaît que plusieurs des missions énumérées à l'article 23, paragraphe 1, des statuts du CONI, telles que le contrôle du déroulement régulier des compétitions et des championnats, la prévention et la sanction du dopage ou bien encore la préparation olympique et de haut niveau, sont dénuées de caractère industriel ou commercial, ce qu'il appartient toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier. Dans ces conditions, dès lors qu'elle assure effectivement de telles missions, une fédération sportive nationale remplit la condition visée à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a), de la directive 2014/24.

40 Cette conclusion ne saurait être remise en cause, en premier lieu, par le fait que la FIGC a la forme juridique d'une association de droit privé et que sa création ne découle pas, par conséquent, d'un acte formel instituant une administration publique.

41 En effet, d'une part, le libellé de l'article 2, paragraphe 1, point 4, de la directive 2014/24 ne contient aucune référence aux modalités de création ni à la forme juridique de l'entité. D'autre part, il y a lieu de rappeler que la notion d'« organisme de droit public » doit recevoir une interprétation fonctionnelle indépendante des modalités formelles de sa mise en œuvre, si bien que cette nécessité s'oppose à ce qu'une distinction soit faite selon la forme et le régime juridiques dont l'entité concernée relève en vertu du droit national ou selon la forme juridique des dispositions créant cette entité (voir, en ce sens, arrêts du 10 novembre 1998, *BFI Holding*, C-360/96, EU:C:1998:525, point 62 ; du 15 mai 2003, *Commission/Espagne*, C-214/00, EU:C:2003:276, points 55 et 56, ainsi que du 12 septembre 2013, *IVD*, C-526/11, EU:C:2013:543, point 21 et jurisprudence citée).

42 En second lieu, est également dénué de pertinence le fait que la FIGC poursuit, à côté des activités d'intérêt général exhaustivement énumérées à l'article 23, paragraphe 1, des statuts du CONI, d'autres activités qui constitueraient une grande partie de l'ensemble de ses activités et qui seraient autofinancées.

43 En effet, la Cour a déjà jugé qu'il est indifférent que, outre sa mission de satisfaire des besoins d'intérêt général, une entité accomplisse d'autres activités et que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par cette entité, dès lors qu'elle continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligée de satisfaire (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 1998, *BFI Holding*, C-360/96, EU:C:1998:525, point 55).

44 Il y a lieu de préciser que, dans ces conditions, le fait qu'une fédération sportive nationale jouit d'une capacité d'autofinancement au regard, notamment, des activités dénuées de caractère public qu'elle exerce ne saurait revêtir, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 56 de ses conclusions, une quelconque pertinence, une telle capacité d'autofinancement étant en effet sans incidence sur l'attribution de missions à caractère public.

45 Par ailleurs, l'arrêt du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* (C-44/96, EU:C:1998:4), ne permet pas non plus de parvenir à une conclusion différente.

46 D'une part, les considérations figurant aux points 20 à 35 de cet arrêt illustrent précisément la lignée de la jurisprudence rappelée au point 43 du présent arrêt, laquelle implique, en substance, que, pour déterminer si une entité peut être considérée comme un organisme de droit public, il est indifférent que cette entité accomplisse d'autres activités que celles visant à répondre aux besoins d'intérêt général, quand bien même ces dernières activités seraient peu importantes.

47 D'autre part, les considérations figurant aux points 38 à 41 de l'arrêt du 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a.* (C-44/96, EU:C:1998:4), ne sont pas pertinentes aux fins de la résolution de l'affaire au principal dont les caractéristiques sont différentes de celles de la situation décrite dans ledit arrêt, à savoir la situation d'une société créée et détenue majoritairement par un pouvoir adjudicateur en vue d'exercer des activités commerciales pour lesquelles elle bénéficie d'un transfert des moyens financiers découlant des activités que ce pouvoir adjudicateur exerce en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial.

48 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous a), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'une entité investie de missions à caractère public définies exhaustivement par le droit national peut être considérée comme ayant été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial au sens de cette disposition, alors même qu'elle a été créée sous la forme non pas d'une administration publique, mais d'une association relevant du droit

privé et que certaines de ses activités, pour lesquelles elle jouit d'une capacité d'autofinancement, n'ont pas de caractère public.

Sur la seconde question

49 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si la deuxième branche de l'alternative visée à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous c), de la directive 2014/24 doit être interprétée en ce sens que la gestion d'une fédération sportive nationale doit être considérée comme étant soumise au contrôle d'une autorité publique, compte tenu, d'une part, des pouvoirs dont cette autorité est investie à l'égard d'une telle fédération et, d'autre part, du fait que les organes essentiels de ladite autorité sont composés majoritairement de représentants de l'ensemble des fédérations sportives nationales.

50 À cet égard, il convient de rappeler que les critères alternatifs figurant à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous c), de la directive 2014/24, tels que rappelés au point 34 du présent arrêt, reflètent chacun la dépendance étroite d'un organisme à l'égard de l'État, des autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public et que, s'agissant plus précisément du critère relatif au contrôle de la gestion, un tel contrôle repose sur la constatation d'un contrôle actif sur la gestion de l'organisme concerné de nature à créer une dépendance de cet organisme à l'égard des pouvoirs publics, équivalente à celle qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli, ce qui est susceptible de permettre aux pouvoirs publics d'influencer les décisions dudit organisme en matière de marchés publics (voir, en ce sens, arrêt du 27 février 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, points 68, 69 et 73 ainsi que jurisprudence citée).

51 Dès lors, en principe, un contrôle a posteriori ne remplit pas ce critère, en ce qu'il ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné dans ce domaine (voir, en ce sens, arrêt du 12 septembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, point 29 et jurisprudence citée).

52 En l'occurrence, il ressort de la réglementation nationale et, en particulier, des dispositions combinées de l'article 1^{er} du décret-loi n° 220, de l'article 2, paragraphe 1, et de l'article 5, paragraphe 1, du décret législatif n° 242 ainsi que de l'article 1^{er}, paragraphe 2, et de l'article 6, paragraphe 1, des statuts du CONI, que celui-ci, en tant qu'autorité de discipline, de réglementation et de gestion des activités sportives, a principalement pour tâche, dans le cadre de l'autonomie du droit du sport et dans le respect des principes du droit international du sport, d'organiser et de renforcer le sport national, en particulier la préparation des athlètes et la mise en place de moyens appropriés pour la préparation olympique, d'adopter des mesures anti-dopage et de promouvoir la diffusion la plus large de la pratique sportive. À cet effet, le conseil national du CONI, en tant qu'organe suprême de représentation du sport italien, œuvre en faveur de la diffusion de l'idée olympique, assure l'activité nécessaire pour la préparation olympique, réglemente et coordonne l'activité sportive nationale et harmonise, entre autres, l'action des fédérations sportives nationales.

53 Il apparaît ainsi que, en exerçant essentiellement une fonction de réglementation et de coordination, le CONI constitue une organisation faîtière qui vise avant tout à adresser aux fédérations sportives nationales des règles sportives, éthiques et structurelles communes de façon à encadrer la pratique sportive de manière harmonisée en accord avec les règles internationales, en particulier dans le cadre des compétitions et de la préparation aux Jeux olympiques. À cet égard, il y a d'ailleurs lieu de relever que, en vertu de l'article 7, paragraphe 2, sous e), du décret législatif n° 242, le contrôle du CONI sur ces fédérations semble essentiellement se limiter aux domaines de la bonne organisation des compétitions, de la préparation olympique, de l'activité sportive de haut niveau et de l'utilisation des aides financières, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier.

54 En revanche, il ne ressort pas du dossier soumis à la Cour que le CONI a pour charge de réglementer les détails de la pratique sportive au quotidien ou de s'immiscer dans la gestion concrète des fédérations sportives nationales et dans les rapports qu'elles entretiennent, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé en substance au point 29 de ses conclusions, avec les structures de base que constituent les clubs, les associations et les autres entités publiques ou privées ainsi qu'avec tout individu qui souhaite pratiquer le sport.

55 Cette définition du rôle et de la mission du CONI semble être confortée par l'article 20, paragraphe 4, des statuts du CONI, en vertu duquel les fédérations sportives nationales, tout en étant tenues d'exercer l'activité sportive et les activités correspondantes de promotion conformément aux décisions et aux instructions du CIO et du CONI, jouissent, sous le contrôle de ce dernier, d'une autonomie technique, organisationnelle et de gestion dans le cadre du droit sportif. Il apparaît ainsi que, à l'exception des domaines dans lesquels le CONI est habilité à intervenir et à exercer un contrôle, ces fédérations bénéficient d'une autonomie étendue quant à leur propre gestion et à la gestion des

différents aspects de la discipline sportive dont elles ont la charge, leur relation avec le CONI se limitant, à première vue, à respecter les orientations et les règles générales édictées par ce dernier. L'article 15, paragraphe 4, du décret législatif n° 242 précise d'ailleurs que c'est l'assemblée de la fédération sportive nationale concernée qui procède à l'approbation et au contrôle des programmes budgétaires d'orientation de l'organe d'administration, ce qui tend, là encore, à montrer que lesdites fédérations ont une pleine autonomie de gestion.

56 Dans une telle configuration qui, compte tenu de la grande diversité des solutions retenues dans les différents États membres, est propre au droit du sport italien, il convient de considérer qu'une administration publique chargée, pour l'essentiel, d'édicter des règles en matière sportive, de vérifier leur bonne application et d'intervenir uniquement au niveau de l'organisation des compétitions et de la préparation olympique sans réglementer l'organisation et la pratique au quotidien des différentes disciplines sportives ne saurait être considérée, de prime abord, comme un organe hiérarchique capable de contrôler et de diriger la gestion des fédérations sportives nationales, et ce encore moins lorsque ces fédérations jouissent d'une autonomie de gestion.

57 L'autonomie de gestion conférée aux fédérations sportives nationales en Italie semble ainsi, a priori, plaider contre un contrôle actif du CONI à ce point poussé que ce dernier serait en mesure d'influencer la gestion d'une fédération sportive nationale telle que la FIGC, notamment en matière de passation de marchés publics.

58 Cela étant, une telle présomption peut être renversée s'il est établi que, dans les faits, les différents pouvoirs dont le CONI est doté envers la FIGC ont pour effet de créer une dépendance de cette fédération à l'égard du CONI au point que celui-ci puisse influencer les décisions de ladite fédération en matière de marchés publics. À cet égard, l'esprit de compétition sportive dont l'organisation et la gestion concrète relèvent des fédérations sportives nationales, ainsi qu'il a été dit au point 55 du présent arrêt, commande de ne pas appréhender ces différents pouvoirs du CONI dans une acception trop technique, mais d'en donner une interprétation plus matérielle que formelle.

59 Il appartient par conséquent à la juridiction de renvoi d'examiner si les différents pouvoirs dont le CONI est investi à l'égard de la FIGC font, dans l'ensemble, apparaître l'existence d'une dépendance assortie d'une telle possibilité d'influence. Si cette vérification incombe exclusivement à la juridiction de renvoi, la Cour, statuant sur renvoi préjudiciel, peut néanmoins, le cas échéant, apporter des précisions visant à guider la juridiction nationale dans sa décision (voir, en ce sens, arrêt du 2 mai 2019, *Fundación Consejo Regulador de la Denominación de Origen Protegida Queso Manchego*, C-614/17, EU:C:2019:344, point 37 et jurisprudence citée).

60 S'agissant, premièrement, du pouvoir du CONI de reconnaître les fédérations sportives nationales aux fins sportives, tel qu'il résulte de l'article 5, paragraphe 2, sous c), et de l'article 15, paragraphes 5 et 6, du décret législatif n° 242 ainsi que de l'article 6, paragraphe 4, sous b) et c), des statuts du CONI, il y a lieu de relever, d'une part, que le CONI fait application, dans ce cadre, d'une réglementation générale qui, selon les observations écrites du gouvernement italien, est commune à toute entité sportive associative qui souhaite obtenir la personnalité juridique ou qui est tributaire, même de façon minoritaire, de contributions publiques. D'autre part, il ressort du dossier soumis à la Cour que la reconnaissance par le CONI n'est qu'une étape préalable qui concerne uniquement le processus de reconnaissance à des fins sportives, l'ensemble de ces fédérations étant reconnues uniformément selon les modalités et les conditions édictées par la réglementation italienne en vigueur, en l'occurrence le décret du président de la République n° 361, du 10 février 2000.

61 En outre, il résulte des dispositions combinées de l'article 6, paragraphe 4, sous c), et de l'article 21, paragraphe 1, des statuts du CONI que, sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, les critères sur la base desquels la reconnaissance est accordée ne se rapportent aucunement à des aspects de gestion de la fédération concernée, mais portent sur des conditions générales que doit remplir toute fédération sportive nationale en matière de sport et d'organisation ainsi que sur l'observation de règles et de principes de base tels que le principe de démocratie interne ou le principe d'égalité des sexes et des chances. Dans le même ordre d'idées, la reconnaissance d'une fédération sportive nationale ne peut être révoquée par le conseil national du CONI, en vertu de l'article 21, paragraphe 3, des statuts du CONI, que dans l'hypothèse où la fédération concernée ne remplirait plus les conditions visées à l'article 21, paragraphe 1, de ces statuts.

62 Il est vrai que, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 71 de ses conclusions, le processus de reconnaissance semble, en vertu des dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 2, sous b), du décret législatif n° 242 ainsi que de l'article 6, paragraphe 4, sous b), des statuts du CONI, être lié à l'examen de conformité des statuts de la fédération sportive nationale concernée aux principes

fondamentaux définis par le conseil national du CONI. Néanmoins, l'expression « principes fondamentaux », lue en combinaison avec les principes auxquels doivent se conformer les dispositions statutaires et réglementaires de ces fédérations en vertu de l'article 16, paragraphe 1, du décret législatif n° 242 ainsi que de l'article 21, paragraphe 1, sous c), et de l'article 22, paragraphes 1 à 3, des statuts du CONI, paraît attester que le conseil national du CONI ne peut définir que des règles d'organisation inspirées du principe de démocratie interne que les statuts desdites fédérations doivent respecter, sans être en mesure d'imposer à celles-ci des règles de gestion détaillées et poussées.

63 Dès lors que l'intervention du CONI se limite à établir des principes fondamentaux afin d'harmoniser la réglementation générale à laquelle l'ensemble des fédérations sportives nationales sont soumises et d'assurer que ces fédérations sont opérationnelles, dans la discipline sportive dont elles ont la charge, aux niveaux national et international, en poursuivant les objectifs fixés par la loi et en adoptant des dispositions statutaires et réglementaires conformes à cette loi et au principe de démocratie interne, il n'apparaît pas, à première vue, que la reconnaissance préalable de la FIGC aux fins sportives permet, à elle seule, au CONI d'exercer, par la suite, un contrôle actif sur la gestion de cette fédération au point de pouvoir influencer les décisions de cette dernière en matière de marchés publics.

64 S'agissant, deuxièmement, du pouvoir du CONI, prévu à l'article 5, paragraphe 2, sous a), et à l'article 15, paragraphe 1, du décret législatif n° 242 ainsi qu'à l'article 20, paragraphe 4, et à l'article 23, paragraphes 1 bis et 1 ter, des statuts du CONI, d'adopter à l'égard des fédérations sportives italiennes des lignes directrices, des décisions, des directives et des instructions relatives à l'exercice de l'activité sportive que ces fédérations encadrent, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si, ainsi que la FIGC, le CONI et le gouvernement italien l'ont soutenu au cours de l'audience, l'ensemble de ces normes visent à imposer aux fédérations sportives nationales des règles globales, larges et abstraites ou des orientations générales relatives à l'organisation sportive dans sa dimension publique, de sorte que, ce faisant, le CONI n'interviendrait pas activement dans la gestion de ces fédérations au point de pouvoir influencer les décisions de celles-ci en matière de marchés publics, ou bien si, au contraire, le CONI est en mesure de soumettre lesdites fédérations à des règles de gestion très détaillées et de leur imposer un profil de gestion déterminé, notamment en matière de passation de marchés (voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, EU:C:2001:70, points 50 à 52 et 57).

65 S'agissant, troisièmement, du pouvoir du CONI d'approuver aux fins sportives les statuts des fédérations sportives nationales, il y a lieu de relever que, dans l'exercice de ce pouvoir tel qu'il ressort de l'article 7, paragraphe 5, sous l), et de l'article 22, paragraphe 5, des statuts du CONI, ce dernier ne peut évaluer la conformité des statuts de ces fédérations qu'à la loi, à ses propres statuts et aux principes fondamentaux établis par lui. Dans ces conditions, il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si le CONI aurait pu imposer à la FIGC, lors de l'approbation des statuts, des modifications telles que son autonomie de gestion aurait été restreinte ou, lors de l'évaluation des statuts, révoquer la reconnaissance de la FIGC au motif que celle-ci n'aurait pas accepté des modifications visant à restreindre son autonomie de gestion ou encore lui imposer un comportement prédéterminé en matière de gestion.

66 S'agissant, quatrièmement, du pouvoir du CONI d'approuver les bilans et les budgets annuels des fédérations sportives nationales, tel qu'il figure à l'article 15, paragraphe 3, du décret législatif n° 242 ainsi qu'à l'article 7, paragraphe 5, sous g2), et à l'article 23, paragraphe 2, des statuts du CONI, il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si, à cet égard, le CONI se limite à procéder à un contrôle purement comptable des bilans et de l'équilibre du budget, ce qui n'indiquerait pas l'existence d'un contrôle actif sur la gestion de ces fédérations (voir, en ce sens, arrêts du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, EU:C:2001:70, point 53, et du 12 septembre 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, point 29), ou bien si cette vérification porte également sur la gestion en cours desdites fédérations, notamment sous l'angle de l'exactitude des chiffres, de la régularité, de la recherche d'économies, de la rentabilité et de la rationalité, ce qui tendrait à démontrer l'existence d'un contrôle actif sur la gestion (voir, en ce sens, arrêt du 27 février 2003, Adolf Truley, C-373/00, EU:C:2003:110, point 73).

67 En ce qui concerne plus particulièrement l'approbation des bilans, la juridiction de renvoi doit vérifier que la seule « sanction » liée au défaut d'approbation des bilans par le CONI consiste dans la non-publication de ces bilans. De tels indices tendraient à démontrer l'absence de pouvoir de coercition du CONI à l'égard des fédérations sportives nationales à ce sujet.

68 S'agissant de l'approbation du budget, il incombera à la juridiction de renvoi de vérifier si, ainsi qu'il ressort des explications fournies par le CONI au cours de l'audience, les fédérations sportives nationales décident, in fine, de leur budget sans que le CONI puisse s'opposer à son adoption et soit ainsi en mesure de contrôler la gestion de ces fédérations sur ce point, ce qui indiquerait là encore l'absence de pouvoir de coercition du CONI.

69 Quant au pouvoir du CONI, visé à l'article 23, paragraphe 2, des statuts de ce dernier, de déterminer les contributions financières affectées aux fédérations sportives nationales et de définir des secteurs particuliers d'allocation pour ces contributions, il incombera à la juridiction de renvoi de vérifier l'incidence de ce pouvoir sur la gestion concrète de la FIGC ainsi que sur la capacité de cette dernière à conserver la maîtrise de ses décisions en matière de passation de marchés. Dans ce cadre, la juridiction de renvoi devra tenir compte du fait que, d'une part, les contributions publiques semblent être réparties, en vertu de cette disposition, selon des catégories très générales au sein de la dimension publique de l'activité sportive, à savoir la promotion du sport chez les jeunes, la préparation aux Jeux olympiques et la préparation à l'activité sportive de haut niveau, et que, d'autre part, dans le cas particulier de la FIGC, ainsi que cela résulte de la décision de renvoi et des indications fournies au cours de l'audience, le financement public de cette fédération est en tout état de cause minoritaire, cette fédération jouissant d'une capacité d'autofinancement importante.

70 S'agissant, cinquièmement, du pouvoir du CONI de nommer, en vertu de l'article 7, paragraphe 5, sous hl), des statuts du CONI, des auditeurs le représentant dans les fédérations sportives nationales, il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier si les auditeurs sont en mesure d'influencer la politique de gestion de cette fédération, notamment en matière de marchés publics, compte tenu du fait que, ainsi qu'il ressort des observations écrites de la FIGC et du CONI, ces auditeurs seraient dépourvus de droit de veto et qu'ils ne détiendraient aucun pouvoir représentatif ni aucun pouvoir de gestion.

71 S'agissant, sixièmement, du pouvoir du CONI, prévu à l'article 5, paragraphe 2, sous e), du décret législatif n° 242 ainsi qu'à l'article 6, paragraphe 4, sous e) et e1), à l'article 7, paragraphe 5, sous e), et à l'article 23, paragraphe 3, des statuts de ce dernier, de contrôler l'exercice des activités à caractère public confiées aux fédérations sportives nationales ainsi que, plus généralement, le bon fonctionnement de ces fédérations, il appartiendra à la juridiction de renvoi de vérifier la portée de ces contrôles sur l'autonomie de gestion desdites fédérations et sur leur capacité de décision en matière de passation de marchés. En particulier, la juridiction de renvoi devra vérifier si, ainsi qu'il est indiqué au point 53 du présent arrêt, le contrôle du bon fonctionnement des fédérations sportives nationales se cantonne essentiellement aux domaines de l'organisation régulière des compétitions, de la préparation olympique, de l'activité sportive de haut niveau et de l'utilisation des aides financières ou bien si un contrôle plus actif sur la gestion de ces fédérations est opéré par le CONI.

72 En ce qui concerne plus particulièrement le pouvoir du CONI de mettre sous tutelle les fédérations sportives nationales en cas de grave irrégularité de gestion, de graves violations du droit du sport, d'impossibilité de fonctionnement de ces fédérations ou de problèmes de régularité des compétitions sportives, il incombera à la juridiction de renvoi, afin d'exclure l'existence d'un contrôle actif sur la gestion desdites fédérations, de déterminer si, à l'instar de ce qu'ont soutenu la FIGC, le CONI et le gouvernement italien tant dans leurs observations écrites qu'au cours de l'audience, ces cas d'intervention du CONI, tels qu'ils résultent de l'article 5, paragraphe 2, sous e ter), et de l'article 7, paragraphe 2, sous f), du décret législatif n° 242 ainsi que de l'article 6, paragraphe 4, sous f1), de l'article 7, paragraphe 5, sous f), et de l'article 23, paragraphe 3, des statuts du CONI, relèvent du simple contrôle de régularité et non de la politique de gestion des fédérations sportives nationales et si, indépendamment du caractère exceptionnel de la mise sous tutelle, l'exercice de ce pouvoir n'implique pas un contrôle permanent sur la gestion de ces fédérations (voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, EU:C:2001:70, points 55 et 56).

73 Il y a lieu de préciser, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé en substance au point 66 de ses conclusions, que, aux fins d'évaluer l'existence d'un contrôle actif du CONI sur la gestion de la FIGC et d'une possibilité d'influence du CONI sur les décisions de cette dernière en matière de marchés publics, l'analyse des différents pouvoirs du CONI doit faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, étant précisé que, en règle générale, c'est un faisceau d'indices qui sera susceptible de révéler cette existence (voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} février 2001, Commission/France, C-237/99, EU:C:2001:70, point 59).

74 Quant à la circonstance, relevée par la juridiction de renvoi, que, dans l'hypothèse où il serait conclu que le CONI contrôle la gestion des fédérations sportives nationales telles que la FIGC au sens de la deuxième branche de l'alternative visée à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous c), de la directive

2014/24, ces fédérations exerceraient, en raison de leur participation majoritaire au sein des principaux organes collégiaux délibérants du CONI en vertu des articles 4 et 6 du décret législatif n° 242, une influence sur l'activité du CONI qui contrebalancerait ce contrôle, il convient de souligner que cette circonstance ne serait pertinente que s'il pouvait être établi que chacune des fédérations sportives nationales, prise isolément, est en mesure d'exercer une influence significative sur le contrôle de gestion exercé par le CONI à son égard avec pour conséquence que ce contrôle serait neutralisé et qu'une telle fédération sportive nationale retrouverait ainsi la maîtrise de sa gestion, et ce nonobstant l'influence des autres fédérations sportives nationales se trouvant dans une situation analogue.

75 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la seconde question que la deuxième branche de l'alternative visée à l'article 2, paragraphe 1, point 4, sous c), de la directive 2014/24 doit être interprétée en ce sens que, dans le cas où une fédération sportive nationale jouit, en vertu du droit national, d'une autonomie de gestion, la gestion de cette fédération ne peut être considérée comme étant soumise au contrôle d'une autorité publique que s'il ressort d'une analyse d'ensemble des pouvoirs dont cette autorité dispose à l'encontre de ladite fédération qu'il existe un contrôle de gestion actif qui, dans les faits, remet en cause cette autonomie au point de permettre à ladite autorité d'influencer les décisions de la même fédération en matière de marchés publics. La circonstance que les différentes fédérations sportives nationales exercent une influence sur l'activité de l'autorité publique concernée en raison de leur participation majoritaire au sein des principaux organes collégiaux délibérants de celle-ci n'est pertinente que s'il peut être établi que chacune de ces fédérations, prise isolément, est en mesure d'exercer une influence significative sur le contrôle public exercé par cette autorité à son égard avec pour conséquence que ce contrôle serait neutralisé et qu'une telle fédération sportive nationale retrouverait ainsi la maîtrise de sa gestion, et ce nonobstant l'influence des autres fédérations sportives nationales se trouvant dans une situation analogue.

CE avis, 11 avril 2024, Région Nouvelle-Aquitaine, n° 489440

1. Aux termes de l'[article L. 1211-1 du code de la commande publique](#) : (...) ».
2. Les dispositions citées au point précédent sont issues de l'[ordonnance du 23 juillet 2015](#) relative aux marchés publics qui a notamment procédé à la transposition, dans l'ordre juridique interne, de l'article 2 de la directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics. Il résulte de ces dispositions, telles qu'éclairées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, notamment l'arrêt du 3 février 2021, *Federazione Italiana Giuoco Calcio* (C-155/19 et C-156/19), que la gestion d'une personne morale de droit privé est regardée comme soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur lorsqu'une autorité publique exerce un contrôle actif de sa gestion qui, dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés. Ce contrôle doit être de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe lorsque l'activité de la personne morale de droit privé est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ou lorsque son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Le fait que l'autorité publique puisse imposer un profil de gestion déterminé est un indice de l'existence d'un tel contrôle, ainsi qu'il résulte de l'arrêt de la Cour de justice du 1er février 2001, *Commission c. France* (C-237/99). En revanche, en principe, un contrôle, a posteriori, de la régularité de l'activité de la personne morale de droit privé par l'autorité publique de tutelle ne s'apparente pas à un contrôle de sa gestion.
3. Aux termes de l'[article L. 311-1 du code de l'action sociale et des familles](#) : « L'action sociale et médico-sociale, au sens du présent code, s'inscrit dans les missions d'intérêt général et d'utilité sociale suivantes : / (...) / 2° Protection administrative ou judiciaire de l'enfance et de la famille, de la jeunesse, des personnes handicapées, des personnes âgées ou en difficulté ; (...) / (...) / Les missions mentionnées aux 1° à 6° du présent article sont accomplies par des personnes physiques ou des institutions sociales et médico-sociales. / Sont des institutions sociales et médico-sociales au sens du présent code les personnes morales de droit public ou privé gestionnaires d'une manière permanente des établissements et services sociaux et médico-sociaux mentionnés à l'article L. 312-1. (...) » Aux termes de l'[article L. 312-1 du même code](#) : « I. - Sont des établissements et services sociaux et médico-sociaux, au sens du présent code, les établissements et les services, dotés ou non d'une personnalité morale propre, énumérés ci-après : / (...) / 2° Les établissements ou services d'enseignement qui

assurent, à titre principal, une éducation adaptée et un accompagnement social ou médico-social aux mineurs ou jeunes adultes handicapés ou présentant des difficultés d'adaptation ; / (...) / 7° Les établissements et les services, y compris les foyers d'accueil médicalisés, qui accueillent des personnes handicapées, quel que soit leur degré de handicap ou leur âge, ou des personnes atteintes de pathologies chroniques, qui leur apportent à domicile une assistance dans les actes quotidiens de la vie, des prestations de soins ou une aide à l'insertion sociale ou bien qui leur assurent un accompagnement médico-social en milieu ouvert ; (...) ».

4. En vertu des dispositions de l'article L. 314-7 du code de l'action sociale et de la famille, les établissements et services sociaux et médico-sociaux soumettent à l'accord de l'autorité compétente en matière de tarification les emprunts dont la durée est supérieure à un an et les programmes d'investissement. Selon les dispositions de l'[article L. 313-12-2 de ce code](#), ces établissements et services doivent conclure un contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens. L'article L. 313-14-2 prévoit que l'autorité compétente en matière de tarification peut demander la récupération de certains montants dès lors qu'elle constate, notamment, des dépenses sans rapport ou manifestement hors de proportion avec le service rendu ou avec les coûts des établissements ou des services fournissant des prestations comparables en termes de qualité de prise en charge ou d'accompagnement. Il résulte aussi des dispositions de l'[article L. 313-14-1 du même code](#) que dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux gérés par des organismes de droit privé à but non lucratif, lorsque la situation financière fait apparaître un déséquilibre financier significatif et prolongé ou lorsque sont constatés des dysfonctionnements dans la gestion financière de ces établissements et de ces services, l'autorité de tarification compétente peut, à l'issue d'une procédure contradictoire, désigner un administrateur provisoire de l'établissement. Les articles L. 313-13 et L. 313-25 prévoient que ces établissements et services sont soumis au contrôle de l'inspection générale des affaires sociales et des autorités de tarification. Enfin, les articles R. 314-21 à R. 314-25 organisent les modalités de transmission des propositions budgétaires arrêtées par l'organe délibérant de l'organisme gestionnaire à l'autorité de tarification, qui peut faire connaître à l'établissement ou au service les modifications qu'elle propose.

5. Il résulte de l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires mentionnées au point précédent que les personnes morales de droit privé gestionnaires des établissements et services sociaux et médico-sociaux énumérés à l'[article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles](#), y compris les organismes à but lucratif, ne sont soumises qu'à un contrôle de régularité, y compris lorsqu'est en cause, s'agissant des établissements à but non lucratif, des dysfonctionnements dans leur gestion financière. Si certains de ces contrôles, en matière de garantie d'emprunt et de programmes d'investissements, sont exercés a priori, ils sont destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont, pas davantage que les autres contrôles, pour objet ou pour effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées. Les établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sont ainsi pas soumis, du fait de ces dispositions, à un contrôle actif de leur gestion permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés.

6. Il résulte de ce qui a été dit au point précédent que le contrôle exercé par l'administration sur ces organismes n'est pas de nature à créer une situation de dépendance à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe notamment lorsque l'organe de direction de la personne morale de droit privé est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur. Les gestionnaires de droit privé des établissements et services sociaux et médico-sociaux ne sauraient dès lors être regardés comme un pouvoir adjudicateur au sens du b du 2° de l'[article L. 1211-1 du code de la commande publique](#).

- Critère matériel

CJUE 25 mars 2010 Helmut Müller, aff. C-451/08

1) La notion de «marchés publics de travaux», au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, n'exige pas que les travaux faisant l'objet du marché soient exécutés matériellement ou physiquement pour le pouvoir adjudicateur, dès lors que ces travaux sont exécutés dans l'intérêt économique direct de ce pouvoir. L'exercice par ce

dernier de compétences de régulation en matière d'urbanisme ne suffit pas pour remplir cette dernière condition.

2) La notion de «marchés publics de travaux», au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, exige que l'adjudicataire assume directement ou indirectement l'obligation de réaliser les travaux faisant l'objet du marché et que l'exécution de cette obligation puisse être réclamée en justice selon les modalités établies par le droit national.

3) Les «besoins précisés par le pouvoir adjudicateur», au sens de la troisième hypothèse énoncée à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, ne peuvent pas consister dans le simple fait qu'une autorité publique examine certains plans de construction qui lui sont soumis ou prend une décision dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbanistique.

4) Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, une concession de travaux publics, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 3, de la directive 2004/18, est exclue.

5) Dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, les dispositions de la directive 2004/18 ne s'appliquent pas à une situation dans laquelle une autorité publique vend un terrain à une entreprise alors qu'une autre autorité publique a l'intention de passer un marché de travaux portant sur ce terrain bien que celle-ci n'ait pas encore formellement décidé de procéder à l'attribution de ce marché.

CE, avis, 22 janv. 2019, passerelles innovantes sur la Seine, n° 296221

1. Le concours urbain objet de la présente demande d'avis comporte, en l'état des informations transmises au Conseil d'Etat, deux volets. Il implique, d'une part, la conception et la réalisation de trois passerelles sur la Seine implantées respectivement entre les 4^e et 5^e arrondissements, les 12^e et 13^e arrondissements et les 15^e et 16^e arrondissements. Il appelle, d'autre part, l'élaboration d'un projet d'animation touristique autour de ces passerelles et des quais attenants, comprenant le développement d'activités récréatives, de loisirs, de restauration et commerciales et, le cas échéant, l'édification de nouvelles constructions susceptibles de les abriter.

2. En l'état des informations disponibles, il apparaît que la Ville de Paris et Port autonome de Paris (PAP) sont intéressés à cette procédure. L'appel à projets a également impliqué l'Etat en tant que propriétaire du domaine public fluvial naturel dont la gestion est confiée à Voies navigables de France (VNF), exception faite du domaine public fluvial naturel géré par PAP, et VNF en tant que gestionnaire de ces dépendances.

I. Sur les questions relatives à la qualification du contrat

a) Sur le risque de requalification des titres d'occupation domaniale en contrat de la commande publique

3. Il résulte des textes applicables au cas d'espèce – ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ainsi que leurs décrets d'application – que sont des contrats de la commande publique les contrats conclus à titre onéreux par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques. Le juge retient la qualification de convention d'occupation domaniale dès lors que le contrat n'a pas pour objet de répondre aux besoins de la personne publique (CE 10 mars 2006 Sté Unibail n° 284802, inédite; CE 3 décembre 2014 *Etablissement public Tissé* n° 384170, aux Tables). Par ailleurs une prestation ne relève de la commande publique que si elle comporte un « intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur », tel n'étant pas le cas lorsqu'elle « vise à satisfaire un objectif public d'intérêt général ».

dont il incombe au pouvoir adjudicateur d'assurer le respect » (CJUE, 25 mars 2010 Helmut Müller n° C-451/08 ; voir également CE 15 mai 2013 Ville de Paris n° 364593, au Recueil). Enfin la CJUE a rappelé récemment que « des contrats [qui] portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale ... ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services » (CJUE 14 juillet 2016 Promoimpresa Srl n° C-458/14, § 47).

4. En l'espèce, la question se pose de savoir si le contrat qu'il est envisagé de conclure à l'issue de l'appel à projets répond à un besoin des personnes publiques associées et, dans l'affirmative, s'il existe une contrepartie onéreuse aux prestations demandées.

5. Or, d'une part, il ressort tout d'abord du cahier des charges que les passerelles envisagées, bien que destinées à plusieurs usages, ont vocation à être utilisées comme axe de déplacement et de franchissement de la Seine. La création de nouvelles voies et leur affectation à la circulation, y compris piétonne, relèvent de la satisfaction d'un besoin public. Les ponts figurent, en outre, sur la « liste des activités qui sont des travaux en droit de la commande publique » publiée au Journal officiel du 27 mars 2016 en application du 1° du I de l'article 5 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du 1° du I de l'article 6 de l'ordonnance du 29 janvier 2016, pour lesquelles existe une forme de présomption de réponse à un besoin de la personne publique. En effet, lorsqu'un pouvoir adjudicateur confie la conception et la réalisation d'un pont à un opérateur économique, il n'est pas nécessaire de vérifier, comme le prévoit le 2° de ces dispositions pour les ouvrages ne figurant pas sur la liste, que ce dernier a fixé des exigences et exercé une influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ouvrage. En tout état de cause, tel semble être le cas des passerelles sur la Seine puisque le cahier des charges de l'appel à projets précise le programme attendu des candidats pour chaque site, en distinguant selon les zones (« au-dessus du fleuve », « sur les emprises des quais hauts »), et leur impose des prescriptions techniques découlant, pour certaines, des règles d'urbanisme et de sécurité, mais tenant également, pour d'autres, au maintien des activités économiques ou industrielles existantes pour lesquelles PAP a délivré des titres d'occupation. Sans être extrêmement précis, les « dix défis à relever » à teneur écologique qui figurent dans le règlement de la manifestation d'intérêt constituent également des éléments complémentaires de cadrage du besoin des personnes publiques associées au projet. Compte tenu des missions respectives de ces personnes publiques, ce contrat répondrait au moins aux besoins de la Ville de Paris.

6. D'autre part, ce même règlement précise, dans son annexe 1, que la proposition financière et le montage financier font partie des éléments de l'offre que les équipes candidates soumettront dans le cadre de la seconde phase de l'appel à projets. Le cahier des charges indique, lui, que les passerelles « seront destiné[e]s à différents usages urbains selon un modèle économique à inventer... ». Ainsi, s'il n'est pas possible de déterminer avec précision les termes de l'équilibre financier du contrat final, qui sont du reste encore inconnus à ce stade, la seule mention du modèle économique suffit pour démontrer que l'opération a un caractère onéreux et que le lauréat de l'appel à projets recevrait, dans ce montage, une contrepartie, qu'il s'agisse d'un prix ou du droit d'exploiter l'ouvrage réalisé.

7. Il résulte de ce qui précède que l'opération envisagée dans le cadre de l'appel à projets lancé par la Ville de Paris relève d'un contrat de la commande publique, sans qu'il soit possible à ce stade de se prononcer sur la nature exacte du contrat final.

8. Il paraît en effet difficile de se prononcer sur sa nature de marché public ou de concession. S'ils semblent pencher vers la qualification de concession en raison de l'exploitation des activités commerciales et de loisirs qui paraît associée à la construction des passerelles, le cahier des charges et le règlement de la manifestation d'intérêt, qui laissent aux candidats toute latitude pour proposer le modèle financier associé à leur offre, ne permettent pas de trancher entre ces deux formes. Il n'est pas possible a fortiori de prendre parti sur le rattachement du contrat final à un marché public, ou une concession, de travaux ou de services dès lors qu'à ce stade l'équilibre retenu entre ces deux prestations et, par suite, l'objet principal du contrat restent inconnus.

b) Sur les conséquences à tirer d'une requalification en contrat de la commande publique

9. La publicité préalable au choix du lauréat a pour l'heure consisté en la mise à disposition du dossier d'informations sur le site internet dédié « Reinventing Cities » et une communication sur les réseaux sociaux. La procédure a été suspendue par la Ville de Paris peu après le dépôt, par les candidats, de leur première expression d'intérêt au titre de la phase de présélection.

10. La mise à disposition ainsi que les démarches rappelées au point précédent ne peuvent être regardées comme l'une quelconque des procédures de publicité prévues par les textes qui doivent être observées préalablement à la conclusion d'un contrat de la commande publique. La procédure lancée n'est pas, compte tenu de ce vice, susceptible d'être poursuivie de manière régulière et la conclusion d'un contrat, quelle qu'en soit la qualification, à son issue, serait par suite nécessairement entachée d'irrégularité. La circonstance que les personnes publiques concernées pourraient consentir au profit de la Ville de Paris à un transfert de gestion de leur domaine public ou à une superposition d'affectations au sens des articles L. 2123-3 ou L. 2123-7 du code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) est à cet égard indifférente.

11. La Ville de Paris peut choisir de renoncer à ce projet. Les dispositions du règlement de phase d'expression d'intérêt qui excluent toute forme d'indemnisation des équipes candidates pour leur participation à l'appel à projets ne feraient toutefois pas obstacle à l'application du droit commun de la responsabilité, si des demandes indemnitaires venaient à être formulées par des candidats établissant l'existence d'un préjudice directement causé par l'abandon de la procédure.

12. Il est également loisible à la Ville de Paris d'engager une nouvelle procédure. Si elle renonçait à préciser l'appel à projets initialement conçu, elle devrait alors respecter la procédure formalisée d'appel d'offres prévue pour les marchés publics pour prévenir tout risque juridique sur ce plan. Il a été jugé en effet que la personne publique qui n'est pas, au moment où elle lance un appel à projets, en mesure de déterminer le type de contrat sur lequel celui-ci doit déboucher, est tenue d'appliquer la procédure de passation la plus rigoureuse (CE 7/2 10 juin 2009 Port autonome de Marseille n° 317671). La modification de l'appel à projets initial sur l'objet du contrat et le mode de rémunération du cocontractant permettrait de déterminer si le contrat envisagé est un marché ou une concession et d'en tirer les conséquences procédurales.

13. Quelle que soit l'option retenue, il incomberait à la Ville de Paris d'accorder une attention particulière au respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Le risque n'est pas négligeable en effet que les candidats à la procédure d'appel à projet se trouvent avantagés par rapport aux autres candidats, comme l'induisent souvent de telles configurations. Cela suppose par exemple d'inviter les anciens candidats à déposer à nouveau leur candidature compte tenu des éléments portés à leur connaissance dans le cadre de la nouvelle procédure et de laisser suffisamment de temps aux nouveaux candidats pour élaborer leur projet.

CAA Nancy, 27 mai 2025, n° 24NC02966, Sté. Passeport Prévention

1. La communauté de communes Territoire de Lunéville à Baccarat a conclu, le 7 mai 2020, avec la société Transalliance un bail à construction, en application des articles L. 251-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, aux termes duquel elle s'engage à financer la réhabilitation et l'extension d'un ancien séminaire situé sur le territoire de la commune de Flin afin d'y accueillir un centre d'innovation et de vie (CIVIT), composé de quatre pôles d'activité. Les parties ont également convenu que pour toute la durée du bail, de trente ans, la communauté de communes était autorisée à sous-louer les biens immobiliers et à percevoir la redevance de location de la société Passeport Prévention. Parallèlement, la communauté de communes Territoire de Lunéville a conclu, le 7 mai 2020, une convention qualifiée d'occupation avec cette dernière société pour un loyer annuel de 85 206,42 euros. Le coût définitif des travaux étant sensiblement supérieur au coût estimé et sur la base duquel le loyer a été déterminé, la communauté de communes a vainement tenté de conclure un avenant

à la convention d'occupation, puis elle a émis le 16 mai 2024 un titre de recette pour un montant de 2 393 174,57 euros correspondant à la différence, sur la durée de location, entre le cumul des loyers et le coût définitif des travaux, déduction faite des subventions dont elle a bénéficié pour l'ensemble de l'opération. Saisie d'une opposition au titre exécutoire, la vice-présidente du tribunal administratif de Nancy a rejeté, par une ordonnance du 5 novembre 2024, cette demande comme portée devant un ordre de juridiction incompétent pour en connaître. La société Passeport Prévention demande à la cour d'annuler cette ordonnance, le titre de recette n° 20004 du 16 mai 2024 pour un montant de 2 393 174,57 euros et de la décharger de l'obligation de payer cette somme.

Sur la compétence de la juridiction administrative :

2. L'opposition à un titre exécutoire, lorsqu'elle n'a pas pour objet de contester la régularité en la forme de l'acte de poursuite, doit être formée devant le juge compétent pour apprécier le bien-fondé de la créance dont ce titre exécutoire tend à assurer le recouvrement.

3. En premier lieu, il résulte de l'instruction que le bail à construction met à la charge de la communauté de communes Territoire de Lunéville à Baccarat la réhabilitation et l'extension d'un ancien séminaire, acquis par la société Transalliance, et lui confère un droit réel sur les constructions édifiées pour la durée du bail. Ce contrat autorise également la communauté de communes à sous-louer les constructions à la société Passeport Prévention, dont le dirigeant est commun à la société Transalliance, en contrepartie du paiement de la totalité des loyers, sans laquelle, ainsi que le stipule le bail, la communauté de communes n'aurait pas contracté. Ce bail à construction stipule enfin qu'il forme un ensemble indissociable avec la convention d'occupation établie avec la société Passeport Prévention. Le même jour, la communauté de communes a conclu une convention d'occupation avec la société Passeport Prévention, d'une même durée que le bail à construction, pour un loyer annuel, calculé sur le coût prévisionnel des travaux à réaliser dans le cadre du bail à construction. Les immeubles donnés en location par la communauté de communes qui ne sont pas affectés directement au public, ni même à un service public, relèvent de son domaine privé. Ainsi, la convention de sous-location, qui ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun et n'a pour objet de confier à la société Passeport Prévention ni la gestion d'un service public, ni la réalisation de travaux publics, revêt le caractère d'un contrat de droit privé.

4. Par ailleurs, le titre exécutoire en litige se fonde sur une délibération du 25 mai 2023 par laquelle le conseil communautaire a confirmé une précédente délibération du 22 novembre 2018 dans laquelle les conseillers communautaires avaient décidé que le loyer définitif, dû au titre de la sous-location accordée à la société Passeport Prévention, serait fixé en tenant compte du coût réel de l'opération de construction, calculé sur la base des factures acquittées et déduction faite des subventions effectivement encaissées. Par cette même délibération, le conseil communautaire a autorisé son président à négocier une révision du montant du loyer annuel afin de permettre à l'établissement public d'amortir, sur la durée de la convention, l'intégralité du coût des travaux de construction et, à défaut d'accord, d'émettre un titre exécutoire correspondant au montant intégral des coûts supplémentaires. Ainsi, le litige, qui oppose la communauté de communes à son co-contractant sur le montant du loyer qu'elle entend mettre à la charge de ce dernier, à la suite de la détermination du coût définitif des travaux de construction, et qui est en lien avec la convention d'occupation d'immeubles appartenant à son domaine privé, met en cause des rapports de droit privé. Par suite, la contestation du titre exécutoire tendant au recouvrement de la créance dont se prévaut la communauté de communes Territoire de Lunéville à Baccarat à l'encontre de la société Passeport Prévention relève de la compétence du juge judiciaire, alors même que la convention d'occupation ne comporte aucune clause de révision du loyer.

5. En second lieu, ont le caractère de travaux publics les travaux immobiliers répondant à une fin d'intérêt général et qui comportent l'intervention d'une personne publique, soit en tant que collectivité réalisant les travaux, soit comme bénéficiaire de ces derniers.

6. Il résulte de l'instruction, notamment d'une délibération du 4 septembre 2017, que la communauté de communes Territoire de Lunéville à Baccarat a accepté, à la demande de la société Transalliance, de faire réaliser et financer, dans le cadre d'un bail à construction, des travaux de réhabilitation et d'extension d'un immeuble acquis par cette dernière en vue d'une sous-location à la société Passeport

Prévention ayant des liens avec celle-ci, avec la perspective de récupérer l'intégralité de leur coût par les loyers versés en contrepartie du contrat de sous-location, et dont le bailleur s'est porté garant. Par ailleurs, il résulte des stipulations contractuelles que cet établissement public ne pouvait pas modifier les caractéristiques du projet telles qu'exposées dans le bail à construction sans l'accord préalable du bailleur et que les constructions avaient, dès l'origine, vocation à être exploitées par la société Passeport Prévention, sans aucune intervention de la communauté de communes, et à devenir, au terme du bail à construction, la propriété de la société Transalliance. Ainsi, si ces travaux, qui répondaient à l'objet statutaire de la communauté de communes, n'étaient pas totalement dépourvus d'une finalité d'intérêt général, ils doivent néanmoins être regardés, en l'espèce, comme ayant été réalisés dans le seul intérêt et pour le compte des sociétés Transalliance et Passeport Prévention, quand bien même la communauté de communes Territoire de Lunéville à Baccarat en a assuré la maîtrise d'ouvrage, les a financés et jouissait d'un droit réel sur les constructions en résultant. Enfin, ces travaux n'ont pas été réalisés par la communauté de communes dans le cadre d'une mission de service public qui lui aurait été dévolue par ses statuts. Dans ces conditions, ces travaux, contrairement à ce que soutient la société Passeport Prévention, ne constituent pas des travaux publics. Il s'ensuit que la requérante n'est, en tout état de cause, pas fondée à soutenir que le litige relatif au financement de ces travaux relèverait de la compétence du juge administratif.

7. Il résulte de tout ce qui précède que la société Passeport Prévention n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, la vice-présidente du tribunal administratif de Nancy a rejeté sa demande comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître.

- **Critère de l'onérosité**

CJUE 18 juin 2020, Porin Kaupunki, aff. C-328/19

(...) ⁴⁵ Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'un accord, aux termes duquel les communes parties à cet accord confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services à leur profit, est exclu du champ d'application de la directive 2004/18 au motif qu'il constitue un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, tel qu'interprété dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15), ou une coopération entre pouvoirs adjudicateurs soustraite à l'obligation de mise en concurrence, au sens de l'arrêt du 13 juin 2013, Piepenbrock (C-386/11).

⁴⁶ Ainsi que la Cour l'a relevé dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, points 40 et 41), la répartition des compétences au sein d'un État membre bénéficie de la protection conférée par l'article 4, paragraphe 2, TUE, selon lequel l'Union est tenue de respecter l'identité nationale des États membres, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Par ailleurs, cette répartition des compétences n'étant pas figée, la protection conférée par cette disposition porte également sur les réorganisations de compétences à l'intérieur d'un État membre. De telles réorganisations, qui peuvent notamment prendre la forme de transferts volontaires de compétences entre autorités publiques, ont pour conséquence qu'une autorité précédemment compétente se décharge de l'obligation et du droit d'exécuter une mission publique donnée tandis qu'une autre autorité est désormais investie de cette obligation et de ce droit.

⁴⁷ Il ressort également des points 42 à 44 de l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985), qu'un tel transfert de compétences ne remplit pas l'ensemble des conditions qu'impose la définition de la notion de « marché public ». En effet, seul un contrat conclu à titre onéreux peut constituer un marché public relevant de la directive 2004/18. Ce caractère onéreux implique que le pouvoir adjudicateur qui conclut un marché public reçoive en vertu de celui-ci, moyennant une contrepartie, une prestation devant comporter un intérêt économique direct pour ce pouvoir adjudicateur. Le caractère synallagmatique du contrat est ainsi une caractéristique essentielle d'un marché public. Or, le fait même qu'une autorité publique soit déchargée d'une compétence dont elle était précédemment investie fait disparaître, dans son chef, tout intérêt économique à la réalisation des missions qui correspondent à cette compétence.

⁴⁸ Cela étant, pour être considéré comme un acte d'organisation interne, couvert par l'article 4, paragraphe 2, TUE, un transfert de compétences entre autorités publiques requiert que l'autorité

publique qui se voit investie d'une compétence ait le pouvoir d'organiser l'exécution des missions qui relèvent de cette compétence ainsi que d'établir le cadre réglementaire relatif à ces missions et, enfin, qu'elle dispose d'une autonomie financière permettant d'en assurer le financement. L'autorité initialement compétente ne saurait donc conserver la responsabilité principale concernant ces mêmes missions, ni se réserver le contrôle financier de celles-ci ou approuver au préalable les décisions qui sont envisagées par l'entité qu'elle s'adjoint. Un transfert de compétences postule donc que l'autorité publique nouvellement compétente exerce cette compétence de manière autonome et sous sa propre responsabilité (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2016, Remondis, C-51/15, points 49 et 51).

49 L'autonomie d'action de l'autorité publique qui se voit investie d'une compétence ne signifie cependant pas que l'entité nouvellement compétente doive être soustraite à toute influence de la part d'une quelconque autre entité publique. En effet, une entité qui transfère une compétence peut conserver un certain droit de regard sur les missions liées au service public ainsi transféré. Toutefois, une telle influence, qui peut s'exercer par l'intermédiaire d'un organe, telle une assemblée générale, composée de représentants des collectivités territoriales précédemment compétentes, exclut, en principe, toute immixtion dans les modalités concrètes d'exécution des missions qui relèvent de la compétence transférée (voir, en ce sens, arrêt du 21 décembre 2016, Remondis, C-51/15, point 52).

50 En l'occurrence, premièrement, il ressort de la décision de renvoi que l'accord de coopération sur les services de santé procède au transfert, par les communes parties à cet accord au profit de la ville de Pori, de la responsabilité de l'organisation des services sociaux et de santé de ces communes. Ce transfert de compétences volontaire puise son origine dans la loi (169/2007).

51 Deuxièmement, la gestion de la zone de coopération ainsi instaurée est organisée selon les modalités prévues aux articles 76 et 77 de la loi sur les communes de 1995. Il s'ensuit que l'accord de coopération sur les services de santé confère ainsi à la commune responsable la responsabilité d'évaluer et de définir les besoins des résidents des communes concernées en matière de services sociaux et de santé, de décider de l'ampleur et du niveau de qualité de ces services offerts à ces résidents et de veiller à ce que ceux-ci disposent des services nécessaires. La commune responsable décide également de la manière dont ces services sont fournis, de la disponibilité, de l'accessibilité et de la qualité desdits services, ainsi que du contrôle et du suivi de ceux-ci.

52 Troisièmement, la responsabilité de l'organisation des services sociaux et de santé relevant de la zone de coopération est confiée, en pratique, à une institution commune, en l'occurrence la commission de garantie des droits sociaux fondamentaux de la ville de Pori, dont la composition et les missions sont décrites au point 29 du présent arrêt.

53 Quatrièmement, l'accord de coopération sur les services de santé prévoit que l'assemblée communale de la ville de Pori approuve le statut de cette commission et détermine le champ d'action ainsi que les missions de cette dernière.

54 Cinquièmement, cet accord de coopération prévoit que la gestion économique des services sociaux et de santé repose sur un budget, un plan financier et un plan de ces services préparés conjointement par les communes parties audit accord, ainsi que sur un suivi des dépenses et de l'utilisation desdits services.

55 Sixièmement, les coûts des services sociaux et de santé sont répartis en fonction de l'utilisation de ces services, de sorte que chaque commune paie le coût réel desdits services utilisés par sa propre population et les résidents dont elle est responsable.

56 Ainsi, sous réserve des vérifications qu'il appartiendra à la juridiction de renvoi d'effectuer, les conditions d'un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, semblent réunies de sorte que l'accord de coopération sur les services de santé ne paraît pas constituer un « marché public », au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18. Partant, cet accord de coopération devrait être exclu du champ d'application de la directive 2004/18.

57 Dans ces conditions, il n'apparaît pas nécessaire d'examiner si l'accord de coopération sur les services de santé est également susceptible de constituer une coopération entre pouvoirs adjudicateurs soustraite à l'obligation de mise en concurrence, au sens des arrêts du 9 juin 2009, Commission/Allemagne (C-480/06), et du 13 juin 2013, Piepenbrock (C-386/11).

58 Il convient donc de répondre à la première question que l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'un accord, aux termes duquel les communes parties à cet accord confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, est exclu du champ d'application de cette directive au motif qu'il constitue un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, tel qu'interprété dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15).

(...) 1) L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens qu'un accord, aux termes duquel les communes parties à cet accord confient à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, est exclu du champ d'application de cette directive au motif qu'il constitue un transfert de compétences, au sens de l'article 4, paragraphe 2, TUE, tel qu'interprété dans l'arrêt du 21 décembre 2016, Remondis (C-51/15, EU:C:2016:985).

2) L'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens qu'un accord de coopération, aux termes duquel les communes parties à cet accord transfèrent à l'une d'elles la responsabilité de l'organisation de services au profit de ces communes, permet de considérer cette commune, lors des attributions postérieures audit transfert, comme un pouvoir adjudicateur et l'habilite à confier, sans mise en concurrence préalable, à une entité *in house*, des services couvrant non seulement ses propres besoins mais également ceux des autres communes parties audit accord, alors que, sans ce transfert de compétences, lesdites communes auraient dû pourvoir elles-mêmes à leurs propres besoins.

CAA Bordeaux, 17 oct. 2023, n° 21BX02196

1. Par deux contrats signés le 6 décembre 2017, la société Infocom-France s'est engagée à mettre à la disposition du centre communal d'action sociale (CCAS) de la commune du Tampon, pour une durée de quatre ans, deux véhicules minibus de transport de personnes, dont un aménagé pour les personnes à mobilité réduite. Par une délibération du 6 septembre 2018, le conseil d'administration du CCAS du Tampon a décidé de résilier les contrats pour faute de son cocontractant. La société Infocom-France a saisi le tribunal administratif de La Réunion d'une demande contestant la validité de la mesure de résiliation des contrats et tendant à la reprise des relations contractuelles. Par un jugement rendu le 17 mars 2021, le Tribunal a rejeté ses demandes. A l'appui de sa requête d'appel, la société Infocom-France demande à la Cour d'annuler ce jugement ainsi que la décision du 6 septembre 2018 par laquelle le conseil d'administration du CCAS du Tampon a résilié les deux contrats en cause.

(...)

Sur le fond :

4. Le juge du contrat ne peut, en principe, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, que rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. Toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles.

En ce qui concerne la régularité de la résiliation :

5. En cas de manquements de nature à justifier qu'il soit mis fin à son contrat pour faute et sans indemnité, le titulaire doit, en principe, être préalablement mis en demeure de respecter ses obligations, sauf si le contrat en dispose autrement ou s'il n'a pas la possibilité de remédier aux manquements qui lui sont reprochés.

6. Il résulte de l'instruction que, par une lettre du 3 août 2018, le président du CCAS du Tampon a demandé à son cocontractant de respecter les termes du contrat en fournissant les véhicules prévus sous peine de résiliation. Eu égard à son contenu, cette lettre constitue une mise en demeure de respecter les obligations contractuelles, laquelle est, non une décision au sens des articles L. 122-1 et L. 122-2 du code des relations entre le public et l'administration, mais une mesure d'exécution du contrat qui constitue un préalable obligatoire à la résiliation pour faute du contrat. Par ailleurs, ce courrier du 3 août 2018 a fixé au 15 août 2018 la date limite de présentation de ses observations éventuelles par la société Infocom-France, qui disposait ainsi d'un délai suffisant pour répondre à la mise en demeure, et qui a au demeurant répondu par un courriel du 3 août 2018. De plus, ses observations du 20 août 2018, bien que postérieures au délai imparti, ont été visées dans la délibération

résiliant le contrat. Dans ces conditions, la société Infocom-France n'est pas fondée à soutenir que la résiliation de son contrat est intervenue à l'issue d'une procédure irrégulière.

En ce qui concerne le bien-fondé de la résiliation :

7. Par la délibération du 6 septembre 2018, le conseil d'administration du CCAS du Tampon a décidé de résilier les contrats en cause aux motifs que les véhicules n'avaient pas été mis à disposition des services du CCAS, qu'il existait une incertitude quant à la date de livraison des véhicules, que l'exécution des contrats s'avérait compromise, et que la société Infocom-France avait signé avec des annonceurs des contrats d'insertion publicitaires désignant le CCAS comme prescripteur à son insu.

8. Il résulte des stipulations des deux contrats de location sans chauffeur conclus le 6 décembre 2017, qui sont des marchés publics, que la société Infocom-France s'engageait à louer pour quatre ans au CCAS deux véhicules de marque Renault Trafic neuf places pour le transport de personnes, dont l'un équipé pour le transport de personnes à mobilité réduite, pour un loyer correspondant à une rétrocession de recettes publicitaires d'un montant de 500 euros par mois, soit 12 000 euros hors taxes pour une période de deux années, outre un loyer complémentaire pour le véhicule bénéficiant d'un aménagement spécifique. Selon l'article II des contrats en cause, les contrats de location ne produisaient leurs effets que si la société Infocom-France était assurée que le loyer pourrait être payé pour une période d'au moins deux ans et le CCAS devait, afin que la société Infocom-France réalise sa démarche commerciale auprès de sponsors publicitaires, lui fournir la liste de ses patentés et principaux fournisseurs et une lettre de présentation du projet qui serait datée et expédiée par la société Infocom-France. L'article III des contrats stipulait que les véhicules devaient être mis à disposition du CCAS lorsque le paiement du loyer était assuré pour une période d'au moins deux ans. L'article IV des contrats au CCAS d'assurer une exposition publique des véhicules permettant de visualiser les emplacements publicitaires.

9. D'une part, alors que, par courrier du 9 avril 2018 reçu le 15 avril suivant par la société Infocom-France, le CCAS avait sollicité des informations sur les contrats signés par les annonceurs, la société Infocom-France avait alors indiqué au CCAS, par courrier du 18 mai 2018, que le premier véhicule était finalisé et que le second le serait sous deux semaines. Par lettre du 28 juin 2018, la société Infocom-France informait le CCAS qu'elle serait en mesure de respecter prochainement ses engagements contractuels, engagement qu'elle réitérait par courrier du 27 juillet 2018, à l'appui duquel elle adressait au CCAS un projet d'avenant de contrat de location avec le GIE Grance Collectivités Invest que la société Infocom-France indiquait avoir créé pour regrouper son parc de véhicules. En réponse à la mise en demeure du 3 août 2018 qui lui a été adressée, la société Infocom-France se bornait à nouveau à indiquer au CCAS que les deux véhicules étaient terminés et que, s'agissant de leur livraison, elle demeurerait en attente d'une place pour embarquer les véhicules. Il résulte ainsi de l'instruction que la société Infocom-France n'a pas répondu aux demandes du CCAS du Tampon tendant à ce que lui soient communiquées les informations lui permettant de connaître la date de livraison effective des véhicules et de vérifier la date à laquelle le montant du loyer des véhicules serait couvert par les recettes publicitaires et n'a produit que le 20 août 2018 ces éléments, qui faisaient apparaître un montant de recettes publicitaires de 31 920 euros hors taxes pour le premier véhicule et 49 800 euros hors taxes pour le second véhicule, soit des montants très supérieurs au seuil de 12 000 euros hors taxes prévu à l'article III des contrats en cause qui devait entraîner la mise à disposition des deux véhicules. Dans ces conditions, et alors qu'à la date de la résiliation des contrats, les véhicules en question n'avaient toujours pas été mis à la disposition du CCAS du Tampon, il résulte de ce qui précède que la société Infocom-France a méconnu ses obligations contractuelles, ces manquements justifiant que le CCAS du Tampon résilie les marchés en cause.

10. D'autre part, et alors que l'article III des contrats en cause stipulait que " Infocom-France assume seule la responsabilité de facturation et d'encaissement des loyers auprès des annonceurs et recherche sous sa seule et unique responsabilité, directement ou indirectement, les sponsors publicitaires nécessaires au paiement du loyer sur la durée du contrat ", aucune des stipulations du contrat n'autorisait la société Infocom-France à désigner le CCAS du Tampon comme le prescripteur des contrats d'insertion publicitaire proposés aux annonceurs démarchés, ainsi qu'il résulte des pièces produites en défense et la société Infocom-France ne peut se prévaloir utilement de contrats d'insertion

publicitaire types. C'est donc en méconnaissance des stipulations contractuelles que la société Infocom-France a utilisé l'image du CCAS du Tampon, établissement public chargé de missions dans le secteur-médico-social, pour valoriser ses démarches auprès de ses clients.

11. Il résulte de ce qui précède aux points 9 et 10 que les manquements de la société Infocom-France à ses obligations contractuelles étaient de nature à justifier qu'il soit mis fin aux deux contrats pour faute et sans indemnité, les conclusions présentées à ce titre ne pouvant être que rejetées.

12. Il résulte de tout ce qui précède que la société Infocom-France n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de La Réunion a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la délibération du 6 septembre 2018 par laquelle le conseil d'administration du CCAS du Tampon a résilié les deux contrats en cause.

Lire les documents reproduits.

Chercher et lire :

- S. Nicinski, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA* 2023. 162
- C. Bernard et F. Yéo, « Répartition et traitement des risques dans la commande publique », *AJDA* 2025.23
- B. Le Bat-Ferrase, « Réflexions sur les contrats publics dans le contexte de la transition énergétique », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

Travaux possibles (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

_ Dissertation : Le risque d'exploitation

Ou

_ Commentaire conjoint : TA Paris, 12 déc. 2023, *SAS Autolib'*, n° 1919348/3-3 et CAA Paris 21 févr. 2025, *Sté. Autolib'*, n° 24PA00645

_ Extrait de l'examen de mai 2021 :

Souhaitant promouvoir la qualité des installations sportives, la ville d'Auxerre souhaite conclure un contrat avec la société Edit plus, en vue d'éditer un guide, rédigé par la ville, présentant les différents ensembles du complexe sportif. En contrepartie de cette prestation de services, le contrat concède à la société Edit plus l'exploitation, à titre exclusif, de la publicité dans ce guide et prévoit que la société tirera sa rémunération de l'exercice de cette activité économique, en vendant des espaces aux annonceurs publicitaires.

A quelle catégorie ce contrat appartient-il ?

S'agit-il d'un contrat administratif ou d'un contrat de droit privé ?

Code de la commande publique

Art. L.1121-1 : Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix.

La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés.

Art. L.1121-2 :

Un contrat de concession de travaux a pour objet :

1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ;

2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante.

Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Art. L.1121-3 :

Un contrat de concession de services a pour objet la gestion d'un service. Il peut consister à concéder la gestion d'un service public.

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

La délégation de service public mentionnée à l'article [L. 1411-1](#) du CGCT est une concession de services ayant pour objet un service public et conclue par une collectivité territoriale, un établissement public local, un de leurs groupements, ou plusieurs de ces personnes morales.

Art. L.1121-4 :

Un contrat de concession portant sur des travaux et des services est une concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

L.3132-1 : Lorsque le contrat de concession emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée.

L.3132-2 : Le contrat de concession peut attribuer au concessionnaire des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Ces droits lui confèrent les prérogatives et obligations du propriétaire, dans les conditions et les limites définies par les clauses du contrat ayant pour objet de garantir l'intégrité et l'affectation du domaine public.

L.3132-3 : Le concessionnaire peut être autorisé, avec l'accord expressément formulé de l'autorité concédante, à conclure des baux ou droits réels d'une durée excédant celle du contrat de concession. Les autorisations données par l'autorité concédante, ainsi que les baux et droits réels qui en résultent, constituent des accessoires au contrat de concession et sont, à l'issue de la durée du contrat, transférés à l'autorité concédante.

L.3132-4 : Lorsqu'une autorité concédante de droit public a conclu un contrat de concession de travaux ou a concédé la gestion d'un service public :

- 1° Les biens, meubles ou immeubles, qui résultent d'investissements du concessionnaire et sont nécessaires au fonctionnement du service public sont les biens de retour. Dans le silence du contrat, ils sont et demeurent la propriété de la personne publique dès leur réalisation ou leur acquisition ;
- 2° Les biens, meubles ou immeubles, qui ne sont pas remis au concessionnaire par l'autorité concédante de droit public et qui ne sont pas indispensables au fonctionnement du service public sont les biens de reprise. Ils sont la propriété du concessionnaire, sauf stipulation contraire prévue par le contrat de concession ;
- 3° Les biens qui ne sont ni des biens de retour, ni des biens de reprise, sont des biens propres. Ils sont et demeurent la propriété du concessionnaire.

L.3132-5 : Au terme du contrat de concession de travaux ou du contrat concédant un service public, les biens de retour mentionnés à l'article [L. 3132-4](#) qui ont été amortis au cours de l'exécution du contrat de concession font retour dans le patrimoine de la personne publique gratuitement, sous réserve des stipulations du contrat permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L'octroi au concessionnaire, pour la durée du contrat, de la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique ou certains droits réels sur ces biens ne peut faire obstacle au retour gratuit de ces biens dans le patrimoine de la personne publique, sous réserve des stipulations permettant à celle-ci de faire reprendre par le concessionnaire les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public.

L.3132-6 : Le contrat de concession de travaux ou le contrat concédant un service public peut également prévoir une faculté de reprise au profit de la personne publique concédante au terme du contrat, moyennant un prix convenu entre les parties ou, le cas échéant, gratuitement, des biens appartenant au concessionnaire qui ne sont pas nécessaires au fonctionnement du service public.

Code général des collectivités territoriales

L.1411-1 : Les collectivités territoriales, leurs groupements ou leurs établissements publics peuvent confier la gestion d'un service public dont elles ont la responsabilité à un ou plusieurs opérateurs

économiques par une convention de délégation de service public définie à l'article L. 1121-3 du code de la commande publique préparée, passée et exécutée conformément à la troisième partie de ce code.

L.1411-3 : Dès la communication du rapport mentionné à l'article [L. 3131-5](#) du code de la commande publique, son examen est mis à l'ordre du jour de la plus prochaine réunion de l'assemblée délibérante qui en prend acte.

L.1411-4 : 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 après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire.

L.1411-5 : I.-Une commission ouvre les plis contenant les candidatures ou les offres et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux articles [L. 5212-1](#) à [L. 5212-4](#) du code du travail et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public.

Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'article [L. 3124-1](#) du code de la commande publique. Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat.

II.-La commission est composée :

- a) Lorsqu'il s'agit d'une région, de la collectivité territoriale de Corse, d'un département, d'une commune de 3 500 habitants et plus et d'un établissement public, par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ;
- b) Lorsqu'il s'agit d'une commune de moins de 3 500 habitants, par le maire ou son représentant, président, et par trois membres du conseil municipal élus par le conseil à la représentation proportionnelle au plus fort reste.

Il est procédé, selon les mêmes modalités, à l'élection de suppléants en nombre égal à celui de membres titulaires.

Le quorum est atteint lorsque plus de la moitié des membres ayant voix délibérative sont présents. Si, après une première convocation, ce quorum n'est pas atteint, la commission est à nouveau convoquée. Elle se réunit alors valablement sans condition de quorum.

Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission, le comptable de la collectivité et un représentant du ministre chargé de la concurrence peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission. Leurs observations sont consignées au procès-verbal.

Peuvent participer à la commission, avec voix consultative, des personnalités ou un ou plusieurs agents de la collectivité territoriale ou de l'établissement public désignés par le président de la commission, en raison de leur compétence dans la matière qui fait l'objet de la délégation de service public.

L.1411-6 : Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public ne peut intervenir qu'après un vote de l'assemblée délibérante.

Tout projet d'avenant à une convention de délégation de service public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5% est soumis pour avis à la commission visée à l'article [L. 1411-5](#). L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.

L.1411-7 : Deux mois au moins après la saisine de la commission prévue à l'article [L. 1411-5](#), l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et la convention de délégation de service public.

Les documents sur lesquels se prononce l'assemblée délibérante doivent lui être transmis quinze jours au moins avant sa délibération.

L.1411-9 : L'autorité territoriale transmet au représentant de l'Etat dans le département ou, le cas échéant, à son délégué dans l'arrondissement, ou au représentant de l'Etat dans la région, les délégations de service public des collectivités territoriales, en application des articles [L. 2131-2](#), [L. 3131-2](#) et [L. 4141-2](#) du présent code. Elle joint l'ensemble des pièces dont la liste est fixée par décret en Conseil d'Etat dans un délai de quinze jours à compter de la signature du contrat. Elle certifie, par une mention apposée sur la convention notifiée au titulaire de la délégation, que celle-ci a bien été transmise, en précisant la date de cette transmission. Elle informe, dans un délai de quinze jours, le représentant de l'Etat dans le département ou son délégué dans l'arrondissement de la date de notification de cette convention.

L.1411-10 : Les dispositions des [articles L. 1411-1 à L. 1411-9](#) s'appliquent aux groupements des collectivités territoriales et aux autres établissements publics de ces collectivités.

L.1411-19 :

Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales et de leurs groupements se prononcent sur le principe de toute délégation de service public à une société publique locale ou à une société d'économie mixte à opération unique, le cas échéant après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à [l'article L. 1413-1](#). Elles statuent au vu d'un rapport qui présente le document contenant les caractéristiques des prestations déléguées.

Code de l'énergie

Article L.511-6 :

Les installations hydrauliques autorisées peuvent, à toute époque, dans les conditions fixées par la troisième partie du code de la commande publique, être placées par l'Etat sous le régime de la concession.

Elles le sont obligatoirement lorsque, à raison d'une augmentation de puissance, elles viennent à entrer dans la catégorie de celles relevant du régime de la concession par [l'article L. 511-5](#).

La puissance d'une installation autorisée peut être augmentée selon les dispositions applicables aux modifications d'installations existantes soumises aux articles [L. 214-1](#) à [L. 214-11](#) du code de l'environnement. Cette augmentation ne modifie pas le régime sous lequel est placée l'installation, y compris lorsqu'elle a pour effet de porter pour la première fois la puissance de l'installation au-delà de 4 500 kilowatts, dans la limite de 25 % au-delà de ce seuil.

Article L.521-1 :

Les installations placées sous le régime de la concession en application de [l'article L. 511-5](#), les autorisations de travaux et les règlements d'eau pris pour son application sont instruits en application du présent titre selon des modalités définies par décret en Conseil d'Etat.

Ces actes doivent respecter les règles de fond prévues au titre Ier du livre II du code de l'environnement et valent autorisation au titre de [l'article L. 214-1](#) du même code.

La passation et l'exécution des contrats de concession d'énergie hydraulique sont soumises aux dispositions prévues par la troisième partie du code de la commande publique et par le présent titre.

- **Les frontières du contrat de concession**

CE 25 mai 2018 Sté Philippe Védiaud Publicité, n°416825

1. Considérant qu'il ressort des pièces des dossiers soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes a lancé une procédure de passation d'un contrat de mobilier urbain, à l'issue de laquelle le contrat a été attribué à la société Philippe Védiaud Publicité ; qu'à la suite du rejet de son offre, la société Girod Médias a saisi le juge du référé précontractuel d'une demande tendant à l'annulation de cette procédure ; que, par une ordonnance du 11 décembre 2017, contre laquelle la société Philippe Védiaud Publicité et la commune

de Saint-Thibault-des-Vignes se pourvoient en cassation, le juge des référés a annulé la procédure ; qu'il y a lieu de joindre les deux pourvois pour statuer par une seule décision ;

2. Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : " Les contrats de concession sont les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à la présente ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. / La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service " ;

3. Considérant que le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Melun a relevé, d'une part, que le contrat litigieux avait pour objet l'installation, l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale, d'autre part, que le titulaire du contrat devait assurer ces prestations à titre gratuit et était rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires ; que, pour juger que ce contrat était un marché public et non une concession de service, il s'est borné à constater qu'il confiait à titre exclusif l'exploitation des mobiliers à des fins publicitaires à son attributaire, pour en déduire qu'aucun risque n'était transféré à ce dernier ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la société attributaire du contrat assumait un risque réel d'exploitation, il a commis une erreur de droit ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de son pourvoi, la commune de Saint-Thibault-des-Vignes est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée ; qu'il n'y a par suite plus lieu de statuer sur le pourvoi de la société Philippe Védiaud Publicité ;

4. Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, ... de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée par la société Girod Médias ;

5. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le contrat litigieux, dont l'objet et l'équilibre économique ont été rappelés au point 3 ci-dessus, ne comporte aucune stipulation prévoyant le versement d'un prix à son titulaire ; que celui-ci est exposé aux aléas de toute nature qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter ; qu'il suit de là que ce contrat, dont l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer, constitue un contrat de concession et non un marché public ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui vient d'être dit que les moyens tirés de ce que la commune de Saint-Thibault-des-Vignes aurait manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en méconnaissant les dispositions de l'article 99.II et de l'article 62.II du décret du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, ne peuvent être utilement soulevés par la société Girod Médias ;

7. Considérant, par ailleurs, que les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions du code général des collectivités territoriales relatives à la passation des délégations de service public ne peuvent qu'être écartés, dès lors que le contrat en cause ne confie à son attributaire la gestion d'aucun service public ;

8. Considérant, enfin, que le moyen tiré de ce que le contrat litigieux, dont la durée est de dix ans, aurait été passé en méconnaissance des dispositions de l'article 6 du décret du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, n'est pas assorti des précisions permettant d'apprécier l'incidence qu'une telle durée était le cas échéant susceptible d'avoir sur la possibilité, pour la société Girod Médias, de présenter utilement son offre ;

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que le Sénat a conclu, le 12 janvier 2016, une convention d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public en vue de l'exploitation des six courts de tennis situés dans le jardin du Luxembourg par la Ligue de Paris de Tennis pour une durée de quinze ans. Par un jugement du 16 mai 2017, le tribunal administratif de Paris a rejeté la demande de la société Paris Tennis tendant à l'annulation de cette convention. Par l'arrêt attaqué du 10 juillet 2019, la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par la société Paris Tennis contre ce jugement.

2. Aux termes de l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, dans sa rédaction issue de l'article 60 de la loi du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine : " L'Etat est responsable des dommages de toute nature causés par les services des assemblées parlementaires. / Les actions en responsabilité sont portées devant les juridictions compétentes pour en connaître. / Les agents titulaires des services des assemblées parlementaires sont des fonctionnaires de l'Etat dont le statut et le régime de retraite sont déterminés par le bureau de l'assemblée intéressée, après avis des organisations syndicales représentatives du personnel. Ils sont recrutés par concours selon des modalités déterminées par les organes compétents des assemblées. La juridiction administrative est appelée à connaître de tous litiges d'ordre individuel concernant ces agents, et se prononce au regard des principes généraux du droit et des garanties fondamentales reconnues à l'ensemble des fonctionnaires civils et militaires de l'Etat visées à l'article 34 de la Constitution. La juridiction administrative est également compétente pour se prononcer sur les litiges individuels en matière de marchés publics. / Dans les instances ci-dessus visées, qui sont les seules susceptibles d'être engagées contre une assemblée parlementaire, l'Etat est représenté par le président de l'assemblée intéressée, qui peut déléguer cette compétence aux questeurs (...) ".

3. Si l'article 60 de la loi du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine, qui a complété l'article 8 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, n'a explicitement mentionné, au titre des litiges en matière de contrats sur lesquels la juridiction administrative est compétente pour se prononcer, que les litiges relatifs aux marchés publics, il résulte des travaux parlementaires que l'intention du législateur a été de rendre compatibles les dispositions de l'ordonnance avec les exigences de publicité et de mise en concurrence découlant notamment du droit de l'Union européenne. Elles ne sauraient donc être interprétées comme excluant que le juge administratif puisse connaître de recours en contestation de la validité de contrats susceptibles d'être soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

4. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le Sénat, affectataire du palais du Luxembourg, de l'hôtel du Petit Luxembourg, de leurs jardins et de leurs dépendances historiques en application de l'article 2 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaire, a conclu avec la Ligue de Paris de Tennis un contrat ayant pour objet d'autoriser celle-ci à occuper temporairement une partie de ces dépendances domaniales afin d'y exploiter six courts de tennis, ainsi que des locaux d'accueil, des vestiaires et des sanitaires. La cour administrative d'appel, après avoir relevé qu'aucune des stipulations de la convention ne permettait de caractériser l'existence d'une mission de service public que le Sénat aurait entendu déléguer à cet organisme et que si, un certain nombre d'obligations pesaient sur le cocontractant, en termes notamment d'horaires et de travaux d'entretien, le Sénat ne s'était réservé aucun droit de contrôle sur la gestion même de l'activité sportive de la Ligue de Paris de Tennis, n'a pas entaché son arrêt d'erreur de qualification juridique en déduisant de l'ensemble de ces éléments que la convention en cause devait être regardée comme un contrat d'occupation du domaine public et non comme une concession de service public.

5. Par ailleurs, si l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publique, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques, dispose que, sauf dispositions législatives contraires, la délivrance par l'autorité compétente d'un titre permettant à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique doit être précédée d'une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties

d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester, ces dispositions, applicables aux titres délivrés à compter du 1er juillet 2017, ne l'étaient donc pas à la date de signature de la convention contestée.

6. Toutefois, aux termes des dispositions de l'article 12 de la directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dont le délai de transposition expirait le 28 décembre 2009 : " Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ". Ces dispositions, relatives à la liberté d'établissement des prestataires, sont susceptibles de s'appliquer aux autorisations d'occupation du domaine public, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne par son arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl*, aff. C-458/14 et C-67/15, y compris lorsqu'est en cause une situation dont tous les éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul Etat membre, comme l'a jugé la Cour par son arrêt du 30 janvier 2018, *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort contre X BV et Visser Vastgoed Beleggingen BV contre Raad van de gemeente Appingedam*, aff. C-360/15 et C-31/16. La cour administrative d'appel, qui était saisie d'un moyen tiré de ce que la réglementation édictée par le Sénat en matière de contrats d'occupation du domaine public méconnaissait le droit de l'Union européenne à la fois au regard du principe de non-discrimination issu de l'article 49 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et des dispositions de la directive du 12 décembre 2006, s'est bornée à relever que la convention contestée ne présentait pas d'intérêt transfrontalier certain, pour en déduire que le requérant ne pouvait utilement se prévaloir du principe de non-discrimination. En jugeant que l'absence d'intérêt transfrontalier certain avait pu légalement dispenser le Sénat d'organiser une procédure de mise en concurrence avant la signature du contrat, alors qu'une telle circonstance était sans incidence sur l'application de la directive du 12 décembre 2006, la cour a entaché son arrêt d'erreur de droit.

CE 2 déc. 2022, Sté Paris Tennis, n°455033

S'agissant des conclusions contestant la validité du contrat :

11. Il résulte de l'instruction que le Sénat, affectataire du palais du Luxembourg, de l'hôtel du Petit Luxembourg, de leurs jardins et de leurs dépendances historiques, en application de l'article 2 de l'ordonnance du 17 novembre 1958, a conclu avec la Ligue de Paris de Tennis un contrat ayant pour objet d'autoriser celle-ci à occuper temporairement une partie de ces dépendances domaniales afin d'y exploiter six courts de tennis, ainsi que des locaux d'accueil, des vestiaires et des sanitaires.

12. Le vice tiré de ce que de ce que ce contrat aurait été conclu sans procédure de sélection ouverte préalable est en rapport direct avec l'intérêt lésé dont se prévaut la société Paris Tennis, qui a fait connaître son intérêt pour la gestion des courts de tennis en cause avant le terme du titre précédemment accordé à la Ligue de Paris de Tennis.

13. Ainsi qu'il a été jugé dans la décision du 10 juillet 2020 par laquelle le Conseil d'Etat statuant au contentieux a annulé le premier arrêt de la cour administrative d'appel de Paris, d'une part, aucune des stipulations de la convention ne permet de caractériser l'existence d'une mission de service public que le Sénat aurait entendu déléguer à cet organisme. D'autre part, si un certain nombre d'obligations pesaient sur le cocontractant, en termes notamment d'horaires et de travaux d'entretien, le Sénat ne s'est réservé aucun droit de contrôle sur la gestion même de l'activité sportive de la Ligue de Paris de Tennis. Ce contrat doit donc être regardé comme un contrat d'occupation du domaine public et non comme une concession de service public soumise, de ce fait, à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

14. Toutefois, aux termes de l'article 4 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, dont le délai de transposition expirait le 28 décembre 2009 : " Aux fins de la présente directive, on entend par : / 1) "service", toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité ; / (...) 6) " régime d'autorisation ", toute procédure qui a pour effet d'obliger un

prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ; / (...) 9) " autorité compétente ", tout organe ou toute instance ayant, dans un Etat membre, un rôle de contrôle ou de réglementation des activités de service (...) ". Aux termes du 2 de son article 2 : " La présente directive ne s'applique pas aux activités suivantes : / a) les services d'intérêt général non économiques (...) ". Selon le 1 de son article 12 : " Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les Etats membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ". Ces dispositions, relatives à la liberté d'établissement des prestataires, sont susceptibles de s'appliquer aux autorisations d'occupation du domaine public, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne par son arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl* (C-458/14 et C-67/15). Par ailleurs, tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transpositions nécessaires.

15. En premier lieu, d'une part, la convention litigieuse a pour objet, ainsi qu'il ressort des stipulations de son article 1er, de permettre l'exploitation de courts de tennis, laquelle constitue une activité de services au sens de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 et non, contrairement à ce que soutient le Sénat, un service d'intérêt général non économique qui ne relèverait pas de son champ d'application en vertu du a) du paragraphe 2 de son article 2. D'autre part, en autorisant l'occupation d'une partie du jardin du Luxembourg, qui appartient au domaine public, le Sénat doit être regardé comme exerçant un rôle de contrôle ou de réglementation, et donc comme constituant une autorité compétente au sens de cette directive. Le titre d'occupation en litige, qui constitue un acte formel relatif à l'accès à une activité de service ou à son exercice, délivré à la suite d'une démarche auprès d'une autorité compétente, constitue donc une autorisation au sens de la même directive.

16. En deuxième lieu, l'autorisation d'occuper les six courts de tennis en litige doit être regardée comme étant disponible en nombre limité, pour l'application des dispositions de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, dès lors que les biens qui en font l'objet, eu égard à leur localisation, à la faible disponibilité des installations comparables à Paris, en particulier au centre de cette ville, ainsi qu'à leur notoriété, sont faiblement substituables pour un prestataire offrant un service de location de courts de tennis et d'enseignement de ce sport dans la région parisienne.

17. En troisième lieu, contrairement à ce que soutient le Sénat, la spécificité de la Ligue de Paris de Tennis, en tant que délégataire de la Fédération française de tennis, n'implique pas qu'elle constitue le seul attributaire possible de ce titre d'occupation du domaine public et, par suite, que l'organisation d'une procédure de sélection s'avère impossible ou injustifiée. Son argumentaire selon lequel une raison impérieuse d'intérêt général y ferait également obstacle ne peut également qu'être écarté.

18. Il résulte de ce qui a été dit aux points 15 à 17 que le contrat autorisant l'occupation d'une partie des dépendances domaniales du Sénat pour y exploiter six courts de tennis entraine dans les prévisions de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 et devait, par suite, faire l'objet d'une procédure de sélection préalable comportant toutes les garanties d'impartialité et de transparence. Tel n'a pas été le cas en l'espèce, dès lors qu'il est constant que l'attribution du contrat litigieux n'a fait l'objet d'aucune mise en concurrence.

19. La méconnaissance de l'obligation d'organiser une procédure de sélection préalable à l'attribution du contrat en litige, qui n'affecte ni le consentement de la personne publique ni la licéité du contenu de la convention, ne justifie pas, en l'absence de circonstances particulières, l'annulation de celui-ci. En revanche, cette méconnaissance fait obstacle à la poursuite de son exécution. Ce contrat doit, par suite, être résilié. Compte tenu des conséquences de la résiliation du contrat pour son bénéficiaire, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de la différer jusqu'au 1er mars 2023.

20. Il résulte de ce qui précède que la société Paris Tennis est fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande.

- **Critère financier**

CE 27 janv. 2020, Toulouse Métropole, n° 422104

1. ... la commune de Saint-Orens a concédé, par un contrat signé le 19 septembre 1991, les services publics de l'eau et de l'assainissement à la société Orennaise de services, pour une durée de 29 ans, jusqu'au 30 septembre 2020. Deux cahiers des charges, l'un pour l'eau, l'autre pour l'assainissement, fixaient le montant de la rémunération du concessionnaire et les modalités de sa révision et étaient annexés à ce contrat de délégation de service public. La société Lyonnaise des Eaux France, aux droits de laquelle vient Suez Eau France, a succédé à la société Orennaise de services et la communauté urbaine du Grand Toulouse a succédé à la commune de Saint-Orens. Afin d'harmoniser les conditions de rémunération de la concession de Saint-Orens avec celles des autres concessions de son périmètre, la communauté urbaine a mis en oeuvre la procédure contractuelle de révision des tarifs, qui prévoyait l'intervention d'une commission de révision. Cette commission a, par une délibération du 30 novembre 2010, proposé d'opérer une baisse de 25 % des tarifs de base de la concession à compter du 1er janvier 2011. Cette proposition a donné lieu à un projet d'avenant, que le conseil de la communauté urbaine a approuvé par une délibération du 16 décembre 2010. La société Lyonnaise des Eaux France a toutefois refusé de signer cet avenant. A la suite de ce refus, le président de l'établissement public de coopération intercommunale a pris une décision unilatérale en date du 28 décembre 2010 portant avenant n° 6 et baissant la rémunération du concessionnaire à compter du 1er janvier 2011. Estimant que cette baisse de rémunération rompait l'équilibre du contrat, la société Lyonnaise des Eaux France a saisi le tribunal administratif de Toulouse de conclusions tendant, d'une part, à l'annulation des stipulations des cahiers des charges relatives à la commission de révision, de la délibération du 30 novembre 2010 par laquelle cette commission a proposé de réduire sa rémunération, de la délibération du conseil de la communauté du 16 décembre 2010 et de la décision de son président du 28 décembre 2010 modifiant le contrat en conséquence et, d'autre part, à la condamnation de la communauté urbaine à réparer le préjudice tenant à la diminution de sa rémunération

2. Il ressort par ailleurs des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une délibération du 16 décembre 2010, le conseil de la communauté urbaine a approuvé la résiliation anticipée du contrat de concession à compter du 1er janvier 2013 et la reprise en gestion directe des services de l'eau et de l'assainissement. La société Lyonnaise des Eaux France a demandé au tribunal administratif de Toulouse la condamnation de la communauté urbaine du Grand Toulouse, devenue Toulouse Métropole, à l'indemniser des préjudices causés par cette résiliation.

3. Par un jugement du 16 juin 2015, le tribunal administratif de Toulouse a joint les demandes, condamné Toulouse Métropole à verser à la société Lyonnaise des Eaux France la somme de 1 493 000 euros au titre des investissements non amortis à la date de résiliation et rejeté le surplus des conclusions. Par un arrêt du 9 mai 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal de Toulouse Métropole, porté le montant de sa condamnation, au titre de l'indemnisation du concessionnaire pour le retour anticipé des biens nécessaires au fonctionnement de la concession, à la somme de 2 015 000 euros et rejeté le surplus de l'appel incident de la société Lyonnaise des Eaux France. Toulouse Métropole se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il la condamne. La société Suez Eau France, venant aux droits de la société Lyonnaise des Eaux France, conclut, par la voie du pourvoi incident, à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il rejette ses conclusions tendant à l'indemnisation de son manque à gagner.

Sur le pourvoi principal de Toulouse Métropole :

4. Lorsque la collectivité publique résilie une concession de service public avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens nécessaires au fonctionnement du service public à titre gratuit dans le patrimoine de cette collectivité, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur

nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus.

5. Il résulte de ce qui précède qu'en fixant à leur valeur nette comptable le montant de l'indemnisation de la société Suez Eau France au titre du retour gratuit anticipé des biens nécessaires au fonctionnement du service public dans le patrimoine de Toulouse Métropole en l'absence de stipulations contraires du contrat et en jugeant inopérant le moyen tiré de ce que ces biens auraient été économiquement amortis avant la résiliation du contrat grâce aux résultats de l'exploitation de la concession, la cour administrative d'appel de Bordeaux n'a pas commis d'erreur de droit.

6. Par ailleurs, l'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, qui a fixé la règle selon laquelle la durée des conventions de délégation de service public ne doit pas dépasser la durée normale d'amortissement des installations, et celle de la loi du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, qui a prévu que dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les délégations de service public ne peuvent avoir, en principe, une durée supérieure à vingt ans, ne font pas obstacle à l'application des règles définies au point 4 ci-dessus en cas de résiliation d'un contrat conclu antérieurement. Par suite, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant inopérant le moyen tiré de ce que la durée de la concession de service public litigieuse aurait excédé la durée maximale autorisée par la loi.

7. Enfin, les moyens tirés de ce que la cour aurait, d'une part, dénaturé les faits en jugeant que Toulouse Métropole n'apportait pas la preuve de l'amortissement économique de la concession dès 2011 et, d'autre part, commis une erreur de droit en jugeant que les dispositions de la loi du 2 février 1995 faisaient seulement obstacle à ce que des clauses contractuelles postérieures aboutissent à porter la durée du contrat à plus de vingt ans sont dirigés contre des motifs surabondants de l'arrêt attaqué et ne peuvent, par suite, qu'être écartés comme inopérants.

8. Il résulte de ce qui précède que Toulouse Métropole n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.

Sur le pourvoi incident de la société Suez Eau France :

9. A l'appui de ses conclusions tendant à la réparation de son manque à gagner, la société Lyonnaise des Eaux France, aux droits de laquelle vient la société Suez Eau France, faisait valoir devant la cour administrative d'appel, d'une part, que Toulouse Métropole avait commis une faute en modifiant, après l'intervention de la commission de révision, les tarifs de la concession et en portant ainsi atteinte à son équilibre financier et, d'autre part, que sa responsabilité devait également être engagée, même en l'absence de faute, au motif que cette révision des tarifs s'était traduite par un bouleversement de l'équilibre financier du contrat.

10. En premier lieu, pour écarter le moyen tiré de ce que les clauses du contrat de concession relatives à l'intervention, en cas de désaccord entre les parties, d'une commission chargée de procéder à la révision des tarifs étaient contraires aux dispositions de l'article L. 2224-12-2 du code général des collectivités territoriales, aux termes desquelles " dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, les règles relatives aux redevance d'eau potable et d'assainissement (...) sont établies par délibération du conseil municipal ou de l'assemblée délibérante du groupement de collectivités territoriales ", la cour a jugé que ces clauses n'avaient ni pour objet ni pour effet de dessaisir l'organe délibérant de la collectivité de sa compétence, pour fixer les règles relatives aux redevances d'eau potable et d'assainissement. En jugeant ainsi, pour écarter ce moyen, que l'intervention de la commission de révision ne dispensait pas Toulouse Métropole de proposer la conclusion d'un avenant au concessionnaire ou de prendre une décision unilatérale de modification, la cour n'a

entaché son arrêt ni d'insuffisance de motivation, ni d'erreur de droit, ni de contradiction de motifs ou de dénaturation des clauses contractuelles.

11. En deuxième lieu, pour écarter le moyen tiré de ce que Toulouse Métropole avait commis une faute en imposant une baisse des tarifs à son concessionnaire, la cour a relevé que cette révision résultait de la mise en oeuvre d'une procédure à laquelle les parties avaient entendu se soumettre en cas de désaccord et que, par suite, aucune faute ne pouvait être imputée à Toulouse Métropole dans l'exécution du contrat, alors même que cette baisse avait pour conséquence une diminution de la rémunération du concessionnaire. Elle a, en statuant ainsi, suffisamment motivé son arrêt.

12. Enfin, la cour n'a, en tout état de cause, pas entaché son arrêt d'insuffisance de motivation ou de dénaturation en estimant, pour rejeter les conclusions de la société Lyonnaise des Eaux France tendant à la mise en cause de la responsabilité de Toulouse Métropole, même en l'absence de faute, que la révision des tarifs n'avait pas entraîné un bouleversement de l'équilibre financier du contrat.

13. Il résulte de ce qui précède que la société Suez Eau France n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette ses conclusions tendant à l'indemnisation de son manque à gagner.

CE 17 mars 2025, Cne de Béthune, n° 492664

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Béthune et la société Q-Park France ont conclu, le 5 mars 2005, un contrat de délégation du service public du stationnement sur voirie, un contrat de concession pour la construction et l'exploitation d'un parc public de stationnement souterrain sous la Grand'Place de la ville, un contrat d'affermage pour la rénovation et l'exploitation du parc public de stationnement souterrain " Georges Clemenceau " et un quatrième contrat dit " commun " comportant des stipulations applicables à l'ensemble de ces contrats. Par un jugement du 15 juillet 2022, le tribunal administratif de Lille a rejeté la demande de la commune de Béthune tendant à l'annulation de ces contrats. Par un arrêt du 16 janvier 2024, contre lequel la commune de Béthune se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Douai a rejeté l'appel formé par la commune contre ce jugement.

Sur la demande de médiation devant la cour administrative d'appel :

2. Aux termes de l'article L. 213-7 du code de justice administrative : " Lorsqu'un tribunal administratif ou une cour administrative d'appel est saisi d'un litige, le président de la formation de jugement peut, après avoir obtenu l'accord des parties, ordonner une médiation pour tenter de parvenir à un accord entre celles-ci ". Si ces dispositions donnent au juge administratif, saisi d'un litige, la faculté d'ordonner, avec l'accord des parties, une médiation entre elles dans le but de parvenir à un accord sur le règlement du litige, elles ne l'obligent nullement à engager une telle procédure alors même que les parties le lui demanderaient. En ne donnant pas suite à une demande en ce sens, le juge la rejette nécessairement, sans être tenu d'y répondre explicitement.

3. Par suite, la cour administrative d'appel de Douai, qui a visé la demande de la commune tendant à la désignation d'un expert chargé, le cas échéant, d'une mission de médiation, n'a pas entaché son arrêt d'irrégularité en s'abstenant de répondre explicitement à la demande de médiation. En n'y donnant pas suite, la cour administrative d'appel s'est livrée à une appréciation qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation.

Sur l'arrêt attaqué en ce qu'il statue sur les conclusions contestant la validité des contrats :

4. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de

décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation.

En ce qui concerne les vices du consentement allégués :

5. Contrairement à ce que soutient la commune de Béthune, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit en statuant au vu des pièces versées au dossier par les parties sans lui enjoindre de communiquer les rapports d'analyse des offres, qu'elle pouvait au demeurant produire de sa propre initiative. Elle a souverainement constaté, sans dénaturer les pièces versées au dossier qui lui était soumis, que les deux composantes de l'offre de la société attributaire, en base et en variante, avaient été prises en compte dans l'analyse des offres. La cour n'a pas davantage dénaturé les pièces du dossier en jugeant que, malgré les irrégularités et imprécisions relevées par la chambre régionale des comptes et par le cabinet d'audit que la commune avait mandaté, les documents préparatoires à la passation des contrats ne comportaient pas une présentation et une analyse des offres erronées ou biaisées, de nature à induire en erreur ou à tromper le conseil municipal sur les motifs justifiant le choix de l'attributaire ou l'économie générale des contrats, en particulier s'agissant du montant de la subvention d'équipement allouée au délégataire et de l'engagement de la commune à verser une contribution financière dans l'hypothèse où les recettes de stationnement payant sur voirie seraient inférieures aux recettes prévisionnelles. La cour a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit et sans inexactement qualifier les faits de l'espèce, que la commune de Béthune n'était pas fondée à soutenir que son consentement aurait été vicié.

En ce qui concerne la validité du contenu des contrats :

S'agissant de la durée des contrats en litige :

6. Aux termes de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, dans sa rédaction applicable au litige : " Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque les installations sont à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre (...) ". Il résulte de ces dispositions que la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements.

7. Aucune disposition législative ni aucun principe n'impose à la collectivité publique qui entend confier à un opérateur économique la gestion de services dont elle a la responsabilité de conclure autant de conventions qu'il y a de services distincts. Elle ne saurait toutefois, sans méconnaître les impératifs de bonne administration ou les obligations générales de mise en concurrence qui s'imposent à elle, donner à une délégation un périmètre manifestement excessif ni réunir au sein de la même convention des services qui n'auraient manifestement aucun lien entre eux.

8. S'il est ainsi loisible à l'autorité délégante de regrouper au sein d'un même contrat ou d'un unique ensemble contractuel des services différents et de les confier à un même opérateur économique, un tel choix ne saurait lui permettre de déroger aux règles qui s'imposent à elle pour la dévolution et l'exploitation de ces services. En particulier, la durée d'un tel contrat ou ensemble contractuel ne peut, sauf à méconnaître les dispositions de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales précédemment citées, excéder la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir

ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature des services, des exigences du délégant et de la prévision des tarifs payés par les usagers. Dans le cas où la délégation des différents services est prévue pour une durée unique qui n'apparaît pas justifiée pour chacun d'entre eux, une telle durée unique ne peut alors être valablement prévue que si l'exploitation conjointe des services considérés est de nature à assurer une meilleure gestion de ceux-ci et si la durée unique correspond à la durée normalement attendue pour que le concessionnaire puisse couvrir les charges d'exploitation et d'investissement de l'ensemble des services ainsi délégués, compte tenu des contraintes d'exploitation, des exigences du délégant et de la prévision des tarifs payés par les usagers.

9. En l'espèce, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que pour juger que le contrat de concession pour le financement, la conception, la construction et l'exploitation du parc de stationnement souterrain sous la Grand'Place, le contrat d'affermage pour la rénovation, l'entretien et l'exploitation du parc de stationnement " Georges Clemenceau " et le contrat de délégation de service pour l'installation des équipements nécessaires au stationnement sur la voirie et leur exploitation, avec le contrat commun comportant des stipulations applicables aux trois contrats, conclus par la commune de Béthune avec la société Q-Park France, constituaient un ensemble contractuel indissociable, la cour administrative d'appel de Douai a retenu que ces quatre contrats ont fait l'objet d'une même procédure de passation, ont été conclus à la même date pour une même durée et poursuivent le même objectif de répondre à un besoin de la commune en matière de stationnement, visant à atteindre un équilibre économique tenant compte de façon globale des investissements, des recettes et des charges prévisionnelles de toutes les activités liées au stationnement, sur la voirie et dans les parcs souterrains. En jugeant ainsi que les quatre contrats liant la commune de Béthune à la société Q-Park France formaient un ensemble contractuel indissociable, la cour a, sans erreur de droit, exactement qualifié les faits de l'espèce.

10. Pour apprécier si ces contrats avaient pu être valablement conclus pour une durée unique de trente ans et se prononcer sur le moyen tiré de ce que cette durée était excessive pour ce qui concerne la délégation du service relatif au stationnement sur la voirie et le contrat d'affermage portant sur le parc de stationnement existant, la cour, devant laquelle il n'était pas sérieusement contesté que l'exploitation conjointe des trois services répondait à des objectifs de bonne gestion, a recherché si cette durée unique pouvait être regardée comme n'excédant pas la durée normale d'amortissement de l'ensemble des investissements mis à la charge du délégataire dans le cadre de l'ensemble contractuel portant sur le stationnement sur la voirie et dans les parcs. Ce faisant, elle n'a pas commis d'erreur de droit.

11. Pour contester l'appréciation portée, dans ce cadre, sur le caractère excessif de la durée des contrats en cause, la commune de Béthune ne saurait, en tout état de cause, utilement se prévaloir d'éléments qu'elle invoque pour la première fois devant le Conseil d'Etat, juge de cassation, en particulier la circonstance que cette durée serait excessive en ce qu'elle procurerait, selon elle, au délégataire une marge de rentabilité de 30 % anormalement élevée. Au vu des éléments débattus devant elle, la cour a relevé qu'il n'était pas contesté que le montant des investissements initiaux s'établissait à 11 495 000 euros hors taxes et celui des charges d'exploitation à 21 474 000 euros hors taxes, soit un montant total de 32 969 000 euros hors taxes et que la commune de Béthune se bornait à se référer à un rapport de la chambre régionale des comptes sans apporter aucun élément laissant supposer que, eu égard au montant des subventions publiques, le délégataire pourrait couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement en moins de trente ans. La cour a tenu compte, pour évaluer les investissements du délégataire, de la subvention d'équipement versée à hauteur de 1 125 000 euros, conformément à l'article 11 du contrat de concession du parc de stationnement souterrain sous la Grand'Place et a considéré, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, tenant à l'obligation pour la société Q-Park France de ne pas intervenir dans l'organisation et la tarification du stationnement, aux prévisions des tarifs payés par les usagers et à la durée nécessaire à la réalisation des investissements, qu'il n'était pas établi que la durée de trente ans, retenue à l'article 3 du contrat commun, serait en l'espèce excessive. En jugeant ainsi, au vu des éléments versés dans le cadre de l'instruction devant elle et compte tenu de l'argumentation dont elle était saisie, que la durée unique retenue en l'espèce par les contrats en cause n'était pas excessive et ne méconnaissait pas les exigences résultant de l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales, la cour

administrative d'appel s'est livrée, sans erreur de droit, à une appréciation souveraine des faits de l'espèce exempte de dénaturation.

S'agissant de la légalité de la compensation financière prévue par l'article 4.4 du contrat commun :

12. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que l'article 4.4 du contrat commun a prévu un mécanisme de contribution publique venant, sous certaines conditions, compenser une diminution des recettes de stationnement payant sur voirie par rapport aux estimations prévisionnelles calculées par le délégataire. Il a été ainsi contractuellement prévu que si, au titre d'un exercice pris isolément, il ressortait une diminution d'au moins 15% entre les recettes d'exploitation prévisionnelles et les recettes réelles d'exploitation du stationnement payant sur voirie, la commune s'engageait à verser une contribution financière venant compenser la moitié de cette différence et que cette contribution financière vise à compenser l'insuffisance des recettes prises en compte dans l'équilibre économique de l'ensemble des activités déléguées, concédées et affermées, dont le stationnement payant en ouvrage qui présente le caractère d'un service public industriel ou commercial.

13. En premier lieu, aux termes de l'article L. 2224-1 du code général des collectivités territoriales : " Les budgets des services publics à caractère industriel ou commercial exploités en régie, affermés ou concédés par les communes, doivent être équilibrés en recettes et en dépenses ". Aux termes de l'article L. 2224-2 du même code : " Il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des services publics visés à l'article L. 2224 1. / Toutefois, le conseil municipal peut décider une telle prise en charge lorsque celle-ci est justifiée par l'une des raisons suivantes : (...) / 2° Lorsque le fonctionnement du service public exige la réalisation d'investissements qui, en raison de leur importance et eu égard au nombre d'usagers, ne peuvent être financés sans augmentation excessive des tarifs. / (...) ". Il résulte de ces dispositions qu'une commune ne peut, en principe, subventionner un service public industriel ou commercial ou prendre en charge une partie de ses dépenses. Il ne peut être fait exception à cette règle que dans les cas limitativement énumérés à l'article L. 2224-2, notamment lorsque le fonctionnement du service implique la réalisation d'investissements qui ne pourraient être financés, eu égard à leur importance et au nombre des usagers, sans une hausse excessive des tarifs.

14. D'une part, ainsi qu'il a été dit au point 11, la commune requérante ne peut utilement, pour critiquer les motifs de l'arrêt relatifs à l'application de ces dispositions, faire valoir pour la première fois en cassation que l'exécution des contrats permettrait au délégataire de dégager, selon elle, un taux de marge de 30 % et que la contribution versée en application de l'article 4.4 du contrat commun aurait pour effet de compenser un déficit de rentabilité par rapport aux estimations prévisionnelles du délégataire. D'autre part, la cour qui a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, jugé que la commune n'établissait pas que les investissements nécessités par la construction d'un nouveau parc de stationnement souterrain et par la rénovation et l'entretien du parc de stationnement existant pourraient, eu égard à leur importance et au nombre d'usagers, être financés sans augmentation excessive des tarifs, n'a ni commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits en en déduisant qu'en l'espèce les stipulations de l'article 4.4 du contrat commun ne méconnaissaient pas les dispositions des articles L. 2224-1 et L. 2224-2 du code général des collectivités territoriales.

15. En second lieu, aux termes du premier paragraphe de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : " Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. " Aux termes du paragraphe 3 de l'article 108 du même traité : " La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'Etat membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale ". Il résulte des stipulations des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que, s'il ressort à la compétence exclusive de la Commission de décider, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles visées par l'article 107 du traité est ou non, compte tenu

des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché commun, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sanctionner, le cas échéant, l'invalidité des dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation, qu'impose aux Etats membres la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 108 du traité, d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet. L'exercice de ce contrôle implique, notamment, de rechercher si les dispositions contestées ont institué des aides d'Etat au sens de l'article 107 du traité.

16. Par un arrêt du 24 juillet 2003 *Altmark Trans GmbH* (C 280/00), la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que des subventions représentant la contrepartie des prestations effectuées par des entreprises pour exécuter des obligations de service public ne constituaient pas des aides d'Etat, à condition de remplir les quatre conditions cumulatives suivantes : premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ; deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ; troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ; quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public au sens des conventions soumises aux règles communautaires de publicité et de mise en concurrence, permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations.

17. La cour n'a pas commis d'erreur de droit ni inexactement qualifié les faits de l'espèce, en jugeant qu'il n'était pas établi que la compensation versée en vertu de l'article 4.4 du contrat commun dépasserait ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes ainsi que d'un bénéfice raisonnable du délégataire, pour en déduire que cette contribution n'avait pas le caractère d'une aide d'Etat.

Sur la demande d'expertise devant la cour administrative d'appel :

18. En jugeant que l'expertise demandée par la commune requérante ne revêtait pas un caractère utile, la cour administrative d'appel de Douai s'est livrée à une appréciation souveraine des circonstances de l'espèce qui n'est entachée ni d'une dénaturation des pièces du dossier qui lui était soumis, ni d'une erreur de droit. Il ne ressort pas plus des énonciations de l'arrêt attaqué qu'il serait entaché d'une contradiction de motifs à cet égard.

19. Il résulte de tout ce qui précède que la commune de Béthune n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

CJUE 10 juill. 2025, Sté. Farmacija c/ Cne Benedikt, aff. C-715/23

- 25 Le 11 mars 2022, la commune de Benedikt a, sans publication préalable d'un avis de concession, octroyé à MN une autorisation pour l'exploitation d'une succursale d'une officine de pharmacie sur son territoire pour une durée indéterminée.
- 26 Farmacija a introduit une demande de révision de cette autorisation devant la commune de Benedikt. Elle a considéré, en substance, que cette commune avait accordé une concession pour l'exercice d'une activité d'officine de pharmacie sans que la procédure applicable ait été respectée, et ce en violation de la directive 2014/23.

- 27 La commune de Benedikt a rejeté la demande de révision sans examen au fond, estimant que Farmacija ne bénéficiait pas d'un droit de recours ni dans le cadre de la procédure préalable à la révision ni dans le cadre de la procédure de révision proprement dite. Cette commune considère ainsi que la délivrance d'une autorisation pour l'exploitation d'une succursale d'une officine de pharmacie ne constitue pas, sur le fond, une attribution de concession de services.
- 28 Farmacija a introduit un recours contre cette décision, renvoyé devant la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics, Slovénie), qui est la juridiction de renvoi. Farmacija a réitéré, devant cette commission, la position selon laquelle, en délivrant l'autorisation de concession de service sans suivre la procédure établie par le ZNKP et la directive 2014/23, la commune de Benedikt avait violé ces textes.
- 29 La juridiction de renvoi estime que l'autorisation d'exploitation d'une succursale de pharmacie délivrée par la commune de Benedikt correspond à l'attribution d'une concession pour l'exercice d'une activité pharmaceutique. Cette juridiction nourrit toutefois des doutes sur le point de savoir si un service d'exercice d'une activité pharmaceutique relève du champ d'application de la directive 2014/23. Plus particulièrement, elle se demande si un tel service doit être considéré comme étant un service d'intérêt général non économique ou un service d'intérêt économique général.
- 30 À cet égard, la juridiction de renvoi relève, d'une part, que le législateur slovène a prévu que l'activité de santé, dont fait partie l'activité pharmaceutique, constitue un service d'intérêt général non économique. Selon cette juridiction, il est nécessaire de prendre en compte le rôle essentiel que jouent les officines de pharmacie dans la santé publique, ainsi que leur financement, qui les place dans une relation privilégiée avec l'État et les distingue d'autres opérateurs économiques.
- 31 D'autre part, ladite juridiction observe que la Cour a déjà jugé, dans l'arrêt du 14 juillet 2022, [ASADE](#) (C-436/20, EU:C:2022:559), que les prestations de services fournis contre rémunération constituent des activités économiques. Elle relève que, en vertu de la réglementation nationale, les prestataires de services que sont les officines de pharmacie sont rémunérés par des fonds provenant de l'assurance obligatoire de santé, mais également par ceux provenant des utilisateurs.
- 32 Par ailleurs, dans la mesure où des services que sont les officines de pharmacie, tels que ceux en cause dans le litige dont elle est saisie, ne pourraient pas être considérés comme étant constitutifs d'un service d'intérêt général non économique au motif que les prestataires de ces services perçoivent une rémunération, ce qui ferait entrer lesdits services dans le champ d'application de la directive 2014/23, la juridiction de renvoi se demande si les mêmes services seraient susceptibles de relever de la notion de « services sociaux et autres services spécifiques », visée à l'article 19 de cette directive.
- 33 Dans ces conditions, la Državna revizijska komisija za revizijo postopkov oddaje javnih naročil (Commission nationale de contrôle des procédures de passation des marchés publics) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :
- « 1) Le service d'exercice de l'activité pharmaceutique dont l'objet essentiel est la délivrance à l'utilisateur de médicaments à usage humain soumis ou non à prescription médicale, y compris la fourniture de conseils à l'utilisateur aux fins d'une utilisation correcte et sûre de ces médicaments, peut-il être qualifié de "service d'intérêt général non économique", au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23 ?
- 2) Le service d'exercice de l'activité pharmaceutique dont l'objet essentiel est la délivrance à l'utilisateur de médicaments à usage humain soumis ou non à prescription médicale, y compris la fourniture de conseils à l'utilisateur aux fins d'une utilisation correcte et sûre de ces médicaments, relève-t-il des services sociaux et autres services spécifiques, au sens de l'article 19 de la directive 2014/23 ? »

Sur les questions préjudicielles

(...) Sur la première question

- 43 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que l'activité d'exploitation d'une officine de pharmacie, dont la partie essentielle consiste en la délivrance, contre rémunération, de médicaments à usage humain, soumis ou non à prescription médicale, ainsi qu'en la fourniture de conseils concernant l'utilisation correcte et sûre de ces médicaments, relève de la notion de « services d'intérêt général non économiques », visée à cette disposition.
- 44 Afin de répondre à cette question, il convient d'interpréter la notion de « services d'intérêt général non économiques », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23, qui détermine le champ d'application de cette directive en excluant ces services. En effet, il ressort du libellé de cette disposition, lue à la lumière du considérant 6 de ladite directive, que les « services d'intérêt général non économiques » ne relèvent pas du champ d'application de celle-ci.
- 45 Il convient de relever à cet égard que, d'une part, la notion de « services d'intérêt général non économiques » n'a pas été définie dans le traité FUE ni dans le droit dérivé, notamment dans la directive 2014/23.
- 46 D'autre part, il importe de constater que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23 ne contient pas non plus de renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer le sens et la portée de la notion de « services d'intérêt général non économiques ».
- 47 Or, selon une jurisprudence constante, il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit de l'Union que du principe d'égalité que les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union européenne, une interprétation autonome et uniforme qui doit être recherchée en tenant compte du contexte de cette disposition et de l'objectif poursuivi par la réglementation en cause (voir, en ce sens, arrêts du 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, EU:C:1984:11, point 11, et du 13 mars 2025, *APS Beta Bulgaria et Agentsia za kontrol na prosrocheni zadalzhenia*, C-337/23, EU:C:2025:183, point 49 ainsi que jurisprudence citée).
- 48 Dès lors, la question de savoir si les services fournis dans le cadre de l'activité d'une officine de pharmacie constituent des services d'intérêt général non économiques, au sens de la réglementation de l'Union, relève du droit de l'Union. Ainsi, la qualification, par le législateur national, d'une telle activité comme relevant d'un service d'intérêt général non économique, mise en exergue par le gouvernement slovène, ne saurait être déterminante (voir, en ce sens, arrêts du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 40, et du 14 juillet 2022, *ASADE*, C-436/20, EU:C:2022:559, point 55 ainsi que jurisprudence citée).
- 49 En effet, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 59, 61 et 62 de ses conclusions, le bon fonctionnement du marché intérieur de l'Union, qui comporte, entre autres, la libre prestation de services et la liberté d'établissement, comme il ressort de l'article 26, paragraphe 2, TFUE, ne peut être assuré que par une compréhension uniforme de la notion de « services d'intérêt général non économiques ». Dans le cas contraire, il y aurait un risque d'application hétérogène des règles du droit de l'Union concernées, ce qui pourrait entraîner une fragmentation du marché intérieur. Ainsi, compte tenu du fait que les modalités d'activité des officines de pharmacie peuvent varier sensiblement d'un État membre à l'autre, en raison des spécificités de la réglementation nationale applicable, la qualification juridique de sa nature par les États membres ne peut être déterminante. Par conséquent, la compétence des États membres pour fournir, faire exécuter et organiser des services d'intérêt général non économiques, telle que mentionnée au considérant 6 et à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2014/23 et telle que prévue à l'article 2 du protocole n° 26 sur les services d'intérêt général (JO 2012, C 326, p. 308), annexé au traité FUE, ne peut pas faire obstacle à une interprétation autonome de cette notion.

- 50 S'agissant de la définition de la notion de « services d'intérêt général non économiques », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23, il convient de relever, à l'instar de M. l'avocat général au point 53 de ses conclusions, que cette notion comporte deux éléments cumulatifs. Un tel service doit, premièrement, être fourni à des fins d'intérêt général et, deuxièmement, présenter un caractère non économique. Il y a lieu, dès lors, afin de déterminer si les services des officines de pharmacie relèvent du champ d'application de cette disposition, de vérifier s'ils présentent ou non un caractère économique.
- 51 À cet égard, dans la mesure où la notion de « services d'intérêt général non économiques » figure dans la directive 2014/23, elle doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour et, plus particulièrement, de celle relative au respect des libertés consacrées dans le traité FUE ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence qui doivent être garantis en vertu de cette directive dont la base juridique comprend l'article 53, paragraphe 1, et les articles 62 et 114 TFUE.
- 52 En particulier, la notion de « services », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23, doit être interprétée à la lumière de la liberté de prestation de services consacrée à l'article 56 TFUE et dont le champ d'application est limité aux activités économiques (voir, en ce sens, arrêt du 14 juillet 2022, [ASADE](#), C-436/20, EU:C:2022:559, point 59). En outre, cette notion définissant le champ d'application d'une des libertés fondamentales garanties par le traité FUE, elle ne peut pas être interprétée restrictivement (voir, en ce sens, arrêt du 11 avril 2000, [Deliège](#), C-51/96 et C-191/97, EU:C:2000:199, point 52 ainsi que jurisprudence citée).
- 53 Il ressort également de la jurisprudence de la Cour qu'une prestation de services fournie contre rémunération constitue une « activité économique », étant entendu que la caractéristique essentielle de la rémunération réside dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, sans pour autant qu'elle doive être payée par le bénéficiaire de celle-ci (voir, en ce sens, arrêts du 1^{er} février 2017, [Commission/Hongrie](#), C-392/15, EU:C:2017:73, point 100, et du 14 juillet 2022, [ASADE](#), C-436/20, EU:C:2022:559, point 60).
- 54 Ces considérations sont corroborées par le texte même de la directive 2014/23. En effet, l'article 1^{er} de cette directive, intitulé « Objet et champ d'application », précise, en substance, que les accords, décisions ou autres instruments juridiques qui organisent le transfert de compétences et de responsabilités en vue de l'exécution de missions publiques confiées par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices aux opérateurs économiques doivent être rémunérées pour relever du champ d'application de ladite directive.
- 55 S'agissant, en particulier, de l'activité d'une officine de pharmacie, la Cour a précisé que celle-ci constitue l'exercice d'une activité économique, relevant du champ d'application de l'article 49 TFUE (arrêt du 19 décembre 2019, [Comune di Bernareggio](#), C-465/18, EU:C:2019:1125, point 27 et jurisprudence citée), et qu'un pharmacien poursuit l'objectif de la recherche de bénéfices, même s'il est censé exploiter la pharmacie en tenant compte de sa formation, de son expérience professionnelle et de la responsabilité qui lui incombe au vu des règles légales ou déontologiques (voir, en ce sens, arrêt du 19 mai 2009, [Apothekerkammer des Saarlandes e.a.](#), C-171/07 et C-172/07, EU:C:2009:316, point 37).
- 56 Cette constatation ne saurait être remise en cause par les arguments soulevés par le gouvernement slovène selon lesquels l'activité lucrative d'une officine de pharmacie n'est qu'accessoire, est financée en partie par des fonds publics et fait partie intégrante du système de santé, fondé sur le principe de solidarité. En effet, le seul facteur déterminant pour la qualification de l'activité d'une telle officine comme étant un service à caractère économique est celui selon lequel les prestations liées à ladite activité sont fournies contre rémunération.
- 57 Compte tenu du fait que, ainsi qu'il ressort des considérations qui précèdent, les services fournis par des officines de pharmacie ne constituent pas des services de caractère non économique, il n'est pas nécessaire, afin d'évaluer si de tels services relèvent de la notion de « services d'intérêt général non

économiques », au sens de l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23, de vérifier s'ils sont fournis à des fins d'intérêt général.

- 58 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que l'article 4, paragraphe 2, de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que l'activité d'exploitation d'une officine de pharmacie, dont la partie essentielle consiste en la délivrance, contre rémunération, de médicaments à usage humain, soumis ou non à prescription médicale, ainsi qu'en la fourniture de conseils concernant l'utilisation correcte et sûre de ces médicaments, ne relève pas de la notion de « services d'intérêt général non économiques », visée à cette disposition.

Sur la seconde question

- 59 Par sa seconde question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 19 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que l'activité d'exploitation d'une officine de pharmacie, dont la partie essentielle consiste en la délivrance, contre rémunération, de médicaments à usage humain, soumis ou non à prescription médicale, ainsi qu'en la fourniture de conseils concernant l'utilisation correcte et sûre de ces médicaments, relève de la notion de « services sociaux et autres services spécifiques », visée à cet article 19.
- 60 À cet égard, il convient de relever qu'il ressort d'une analyse textuelle de l'annexe IV de la directive 2014/23 que parmi la catégorie des « [s]ervices sanitaires, sociaux et connexes » figurant à cette annexe se trouvent ceux correspondant aux codes 85000000-9 à 85323000-9 de la nomenclature Common Procurement Vocabulary (CPV). Étant donné que les services de pharmacie correspondent au code CPV 85149000-5, ces services doivent donc être considérés comme faisant partie des services spécifiques, au sens de l'article 19 de la directive 2014/23.
- 61 Par ailleurs, l'article 19 de la directive 2014/23 prévoit un régime particulier pour les concessions relatives aux « services sociaux et aux autres services spécifiques ». En effet, cette directive prévoit un « régime assoupli » pour ces services ainsi qu'il est précisé à son considérant 36 dans la mesure où lesdits services sont exemptés de l'application intégrale de ladite directive.
- 62 C'est ainsi que, aux termes de l'article 19 de la directive 2014/23, seules les obligations découlant de l'article 31, paragraphe 3, ainsi que des articles 32, 46 et 47 de celle-ci s'appliquent aux concessions relatives aux services sociaux et aux autres services spécifiques dont la liste figure à l'annexe IV de cette directive. En particulier, d'une part, les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont tenus de faire connaître l'attribution envisagée uniquement au moyen d'un avis de préinformation, qui, conformément à l'article 31, paragraphe 3, de ladite directive, contient les informations indiquées à l'annexe VI de celle-ci. D'autre part, les avis d'attribution de concession, prévus à l'article 32 de la même directive, peuvent être regroupés par trimestre et doivent contenir les informations prévues à l'annexe VIII de celle-ci lorsqu'ils concernent de tels services.
- 63 En l'occurrence, il appartient à la juridiction de renvoi, dans un premier temps, de déterminer si l'autorisation d'exploitation d'une officine de pharmacie, telle que celle en cause dans le litige au principal, correspond à une concession, au sens de la directive 2014/23, et, le cas échéant, si cette concession est soumise au régime simplifié de passation établi à l'article 19 de cette directive (voir, en ce sens, arrêt du 1^{er} août 2022, [Roma Multiservizi et Rekeep](#), C-332/20, EU:C:2022:610, point 96).
- 64 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la seconde question que l'article 19 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que l'activité d'exploitation d'une officine de pharmacie, dont la partie essentielle consiste en la délivrance, contre rémunération, de médicaments à usage humain, soumis ou non à prescription médicale, ainsi qu'en la fourniture de conseils concernant l'utilisation correcte et sûre de ces médicaments, relève de la notion de « services sociaux et autres services spécifiques », visée à cet article 19.

Lire les documents reproduits.

Travaux possibles (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

_ Dissertation : Commande publique et protectionnisme

_ Dissertation : Le principe d'impartialité en droit des contrats administratifs

_ Cas pratique (sujet juin 2023)

Cela fait désormais deux ans que la société Herbert, spécialisée dans la rénovation de bâtiments en vue de leur exploitation touristique, a vu le jour. Toutefois, les affaires ne se portent pas très bien et les actionnaires peinent à voir les profits arriver.

Lors du dernier conseil d'administration, l'un d'entre eux, M. Richard, a soudainement eu une idée originale pour maximiser la visibilité de l'entreprise : se porter candidat à l'appel d'offres formé par la mairie de Lille visant la rénovation des façades de la rue Esquermoise dans une optique de maximisation touristique et commerciale. En effet, la rue a récemment fait face à un effritement de certains de ses bâtiments, faisant craindre à la mairie une fuite des visiteurs dans une ville qui en a cruellement besoin. L'opération est d'autant plus importante que de nombreux musées appartenant à la commune se situent dans cette rue.

Mais la concurrence est rude pour obtenir le marché, et c'est pourquoi M. Richard propose de soumettre une offre à 0€ couvrant l'ensemble des travaux envisagé. Face à la méfiance de ses associés, conscient de l'impossibilité de tirer un bénéfice d'une telle démarche, il avance l'idée que la visibilité tirée de ses travaux permettra à l'entreprise de mieux investir le marché national et ainsi obtenir davantage de contrat à l'avenir. L'offre est formalisée mais la mairie finit par la rejeter du fait de son caractère « anormalement bas » qui fait douter du maintien de la qualification de marché pour l'opération envisagée. M. Richard vient alors vous voir et vous demande si selon vous le raisonnement de la mairie se tient juridiquement. Qu'en pensez-vous ?

Cas pratique (juin 2025)

L'Eurométropole de Strasbourg doit renouveler le contrat de concession de service public portant sur « l'exploitation des services de la mobilité » sur son territoire, comprenant la gestion et l'exploitation du service public de transport urbain (tramway et bus), l'aménagement et l'exploitation d'un système de location de vélos, l'exploitation et la commercialisation de 4 parcs de stationnement, la gestion du service de stationnement payant sur voirie et l'exploitation du service de fourrière automobile. Pendant 10 ans, ce contrat a été confié à la société publique locale (SPL) Grand Est dont elle détient 100% du capital social sans procédure de mise en concurrence.

- 1- Le directeur du service juridique de la métropole vous interroge sur la possibilité d'attribuer ainsi directement un contrat de la commande publique à une société de droit privé sans mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence. (3 points)

Deux sociétés spécialisées dans l'exploitation de parcs de stationnement, Hi Park et Céladon infra, ont déjà fait part de leur intérêt pour ce contrat s'il devait être renouvelé.

- 2- L'Eurométropole se demande s'il peut être reconduit automatiquement. Elle ne connaît pas les règles applicables à la modification de tels contrats (3 points).
- 3- Elle vous interroge également sur la légalité du contrat lui-même, sur son périmètre et sur sa durée. Pensez-vous que ces éléments essentiels du contrat sont entachés d'irrégularité ? (4 points)

Le directeur du service juridique et ses agents se sont récemment rendus à un salon des « mobilités vertes ». Ils ont découvert de nouvelles technologies, en particulier des systèmes de panneaux solaires sur les bus permettant d'économiser du carburant, en échangeant avec des professionnels du secteur. Ils se demandent s'il ne serait pas opportun de mettre en concurrence leur SPL avec les entreprises

spécialisées du secteur afin de développer ces technologies. Ils voudraient, dans l'avis d'appel public à la concurrence, faire référence à ces nouvelles technologies, le cas échéant en faisant référence au brevet développé par l'un des professionnels présents sur le salon.

- 4- Le directeur juridique a toutefois un doute. Il se demande si le professionnel qui les a renseignés peut-être frappé d'un motif d'exclusion de la procédure (3 points) et dans quelle mesure il est possible de faire référence à une technologie particulière dans l'APPC (3 points).
- 5- Conscient du réchauffement climatique, il voudrait surtout insérer un critère environnemental : il sait que cela va de toute façon devenir obligatoire. Il envisage d'insérer un critère relatif à la localisation géographique des installations portant sur des services de dépannage, remorquage et mise à la fourrière de véhicules mais craint qu'il lui soit reproché de favoriser la société publique locale sortante qui dispose déjà de telles installations. Il se demande s'il pourrait mettre un critère plus général qui serait ainsi rédigé : « *le soumissionnaire explicitera l'ensemble des mesures et actions qu'il met en œuvre pour intégrer le volet environnemental au sein de son entreprise et dans le cadre de ce marché* ». Qu'en pensez-vous ? (4 points)

Lectures suggérées :

H. Hoepffner et Ph. Terneyre, « La place des principes dans le CCP », *RFDA* 2019. 206
R. Noguellou et Melleray, « La codification de règles jurisprudentielles », *AJDA* 2019. 381
H. Delzangles, « Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », *CMP* 2023, comm. 1
H. Hoepffner, « La nouvelle neutralité de la commande publique », *CMP* 2023, Repère 7.
C. comptes, *La prise en compte des enjeux du développement durable dans les achats de l'Etat*, Rapport déc. 2024
M. Amilhat, « Marchés publics et protection des entreprises européennes », *RDI* 2025, p.454

• Principes fondamentaux de la commande publique

Article L.3 du Code de la commande publique

Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics.

Article L.3-1 du Code de la commande publique

La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable, dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale, dans les conditions définies par le présent code.

Article L.110-1-1 du Code de la commande publique

La transition vers une économie circulaire vise à atteindre une empreinte écologique neutre dans le cadre du respect des limites planétaires et à dépasser le modèle économique linéaire consistant à extraire, fabriquer, consommer et jeter en appelant à une consommation sobre et responsable des ressources naturelles et des matières premières primaires ainsi que, par ordre de priorité, à la prévention de la production de déchets, notamment par le réemploi des produits, et, suivant la hiérarchie des modes de traitement des déchets, à une réutilisation, à un recyclage ou, à défaut, à une valorisation des déchets. La promotion de l'écologie industrielle et territoriale et de la conception écologique des produits, l'utilisation de matériaux issus de ressources naturelles renouvelables gérées durablement et issus du recyclage, la commande publique durable, l'allongement de la durée du cycle de vie des produits, la prévention des déchets, la prévention, la réduction ou le contrôle du rejet, du

dégagement, de l'écoulement ou de l'émission des polluants et des substances toxiques, le traitement des déchets en respectant la hiérarchie des modes de traitement, la coopération entre acteurs économiques à l'échelle territoriale pertinente dans le respect du principe de proximité et le développement des valeurs d'usage et de partage et de l'information sur leurs coûts écologique, économique et social contribuent à cette nouvelle prospérité.

Article L.541-1 du Code de l'environnement

I. – La politique nationale de prévention et de gestion des déchets est un levier essentiel de la transition vers une économie circulaire. Ses objectifs, adoptés de manière à respecter la hiérarchie des modes de traitement des déchets définie au II, sont les suivants :

1° Donner la priorité à la prévention et à la réduction de la production de déchets, en réduisant de 15 % les quantités de déchets ménagers et assimilés produits par habitant et en réduisant de 5 % les quantités de déchets d'activités économiques par unité de valeur produite, notamment du secteur du bâtiment et des travaux publics, en 2030 par rapport à 2010. Dans cette perspective, des expérimentations peuvent être lancées sur la base du volontariat afin de développer des dispositifs de consigne, en particulier pour réemploi, pour certains emballages et produits, afin de favoriser la conception écologique des produits manufacturés et d'optimiser le cycle de seconde vie des produits. Le développement d'installations de broyeurs d'évier de déchets ménagers organiques peut faire partie de ces expérimentations. A ce titre, la France se dote d'une trajectoire nationale visant à augmenter la part des emballages réemployés mis en marché par rapport aux emballages à usage unique, de manière à atteindre une proportion de 5 % des emballages réemployés mis en marché en France en 2023, exprimés en unité de vente ou équivalent unité de vente, et de 10 % des emballages réemployés mis en marché en France en 2027, exprimés en unité de vente ou équivalent unité de vente. Les emballages réemployés doivent être recyclables. Les pratiques d'économie de fonctionnalité font l'objet de soutiens afin d'encourager leur mise en œuvre, qui peut permettre d'optimiser la durée d'utilisation des matériels et ainsi présenter un gain de productivité globale, tout en préservant les ressources dans une logique de consommation sobre et responsable ;

2° Lutter contre l'obsolescence programmée des produits manufacturés grâce à l'information des consommateurs. Des expérimentations peuvent être lancées, sur la base du volontariat, sur l'affichage de la durée de vie des produits afin de favoriser l'allongement de la durée d'usage des produits manufacturés grâce à l'information des consommateurs. Elles contribuent à la mise en place de normes partagées par les acteurs économiques des filières concernées sur la notion de durée de vie. La liste des catégories de produits concernés ainsi que le délai de mise en œuvre sont fixés en tenant compte des temps de transition technique et économique des entreprises de production ;

3° Développer le réemploi et augmenter la quantité de déchets faisant l'objet de préparation à la réutilisation, notamment des équipements électriques et électroniques, des textiles et des éléments d'ameublement afin d'atteindre l'équivalent de 5 % du tonnage de déchets ménagers en 2030. Les cahiers des charges des filières à responsabilité élargie des producteurs définissent des objectifs en ce sens adaptés à chaque filière ;

4° Augmenter la quantité de déchets faisant l'objet d'une valorisation sous forme de matière, notamment organique, en orientant vers ces filières de valorisation, respectivement, 55 % en 2020 et 65 % en 2025 des déchets non dangereux non inertes, mesurés en masse.

4° bis Augmenter la quantité de déchets ménagers et assimilés faisant l'objet d'une préparation en vue de la réutilisation ou d'un recyclage en orientant vers ces filières 55 % en 2025, 60 % en 2030 et 65 % en 2035 de ces déchets mesurés en masse ;

4° ter Tendre vers l'objectif de 100 % de plastique recyclé d'ici le 1er janvier 2025 ;

5° Etendre progressivement les consignes de tri à l'ensemble des emballages plastique sur l'ensemble du territoire avant 2022, en vue, en priorité, de leur recyclage ;

6° Valoriser sous forme de matière 70 % des déchets du secteur du bâtiment et des travaux publics en 2020 ;

7° Réduire de 30 % les quantités de déchets non dangereux non inertes admis en installation de stockage en 2020 par rapport à 2010, et de 50 % en 2025. Dans ce cadre, la mise en décharge des déchets non dangereux valorisables est progressivement interdite ;

7° bis Réduire les quantités de déchets ménagers et assimilés admis en installation de stockage en 2035 à 10 % des quantités de déchets ménagers et assimilés produits mesurées en masse ;

8° Réduire de 50 % les quantités de produits manufacturés non recyclables mis sur le marché avant 2020 ;

8° bis Développer les installations de valorisation énergétique de déchets de bois pour la production de chaleur, afin d'exploiter pleinement le potentiel offert par les déchets de bois pour contribuer à la décarbonisation de l'économie, sous réserve du respect des critères de durabilité et de réduction des émissions de gaz à effet de serre ;

9° Assurer la valorisation énergétique d'au moins 70 % des déchets ne pouvant faire l'objet d'une valorisation matière d'ici 2025. Cet objectif est atteint notamment en assurant la valorisation énergétique des déchets qui ne peuvent être recyclés en l'état des techniques disponibles et qui résultent d'une collecte séparée ou d'une opération de tri, y compris sur des ordures ménagères résiduelles, réalisée dans une installation prévue à cet effet. Dans ce cadre, la préparation et la valorisation de combustibles solides de récupération font l'objet d'un cadre réglementaire adapté. Afin de ne pas se faire au détriment de la prévention ou de la valorisation sous forme de matière, la valorisation énergétique réalisée à partir de combustibles solides de récupération doit être pratiquée soit dans des installations de production d'énergie telle que la production de chaleur, d'électricité ou de gaz intégrées dans un procédé industriel de fabrication, soit dans des installations ayant pour finalité la production d'énergie telle que la production de chaleur, d'électricité ou de gaz, présentant des capacités de production d'énergie telle que la production de chaleur, d'électricité ou de gaz dimensionnées au regard d'un besoin local et étant conçues de manière à être facilement adaptables pour brûler de la biomasse ou, à terme, d'autres combustibles afin de ne pas être dépendantes d'une alimentation en déchets. L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie remet tous les trois ans un rapport au Gouvernement sur la composition des combustibles solides de récupération et sur les pistes de substitution et d'évolution des techniques de tri et de recyclage ;

10° Réduire le gaspillage alimentaire, d'ici 2025, de 50 % par rapport à son niveau de 2015 dans les domaines de la distribution alimentaire et de la restauration collective et, d'ici 2030, de 50 % par rapport à son niveau de 2015 dans les domaines de la consommation, de la production, de la transformation et de la restauration commerciale.

Le service public de gestion des déchets décline localement les objectifs visés au 4° et au 4° bis du présent I pour réduire les quantités d'ordures ménagères résiduelles après valorisation. L'autorisation de nouvelles installations de tri mécano-biologiques, de l'augmentation de capacités d'installations existantes ou de leur modification notable est conditionnée au respect, par les collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale, de la généralisation du tri à la source des biodéchets. Ces installations ne font pas l'objet d'aides de personnes publiques. A compter du 1er janvier 2027, il est interdit d'utiliser la fraction fermentescible des déchets issus de ces installations dans la fabrication de compost. Les collectivités territoriales progressent vers la généralisation d'une tarification incitative en matière de déchets, avec pour objectif que quinze millions d'habitants soient couverts par cette dernière en 2020 et vingt-cinq millions en 2025.

Les soutiens et les aides publiques respectent la hiérarchie des modes de traitement des déchets définie au II du présent article et la hiérarchie de l'utilisation dans les ressources définie à l'article [L. 110-1-2](#).

Les politiques publiques promeuvent le développement de l'écologie industrielle et territoriale, qui consiste, sur la base d'une quantification des flux de ressources, et notamment des matières, de l'énergie et de l'eau, à optimiser les flux de ces ressources utilisées et produites à l'échelle d'un territoire pertinent, dans le cadre d'actions de coopération, de mutualisation et de substitution de ces flux de ressources, limitant ainsi les impacts environnementaux et améliorant la compétitivité économique et l'attractivité des territoires.

Afin de lutter contre la pollution des plastiques dans l'environnement et de réduire l'exposition des populations aux particules de plastique, les politiques publiques fixent les actions à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs mentionnés au présent I, en prenant en compte les enjeux sanitaires, environnementaux et économiques. Elles favorisent la recherche et développement, s'appuyant chaque fois que cela est possible sur le savoir-faire et les ressources ou matières premières locales, et les substituts ou alternatives sains, durables, innovants et solidaires. Elles intègrent une dimension spécifique d'accompagnement dans la reconversion des entreprises concernées par les obligations résultant des objectifs mentionnés au présent I. Un rapport d'évaluation est remis au Parlement en même temps que le plan prévu à l'article L. 541-11.

La **commande publique durable** est mise au service de la transition vers l'économie circulaire et de l'atteinte des objectifs mentionnés au présent I. Par son effet d'entraînement, elle contribue à faire émerger et à déployer des pratiques vertueuses, notamment en matière d'économie de la fonctionnalité,

de réemploi des produits et de préparation à la réutilisation des déchets, et de production de biens et services incorporant des matières issues du recyclage.

Article L.228-5 du Code de l'énergie

La commande publique tient compte, lors de l'achat de dispositifs de production d'énergies renouvelables, de leur empreinte carbone et environnementale tout au long de leur processus de fabrication, de leur utilisation et de leur valorisation après leur fin de vie.

CJUE 3 oct. 2019, Ville de Kaunas, aff. C-285/18

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 1er, paragraphe 2, sous a), et de l'article 2 de la directive 2004/18/CE, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, des articles 1er, 12 et 18 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18 (JO 2014, L 94, p. 65), des articles 18, 49, 56 et 106 TFUE, ainsi que de l'article 36 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la « Charte »).

2 Cette demande a été introduite dans le cadre d'une procédure engagée par la Kauno miesto savivaldybė (commune de la ville de Kaunas, Lituanie) (ci-après la « ville de Kaunas ») et la Kauno miesto savivaldybės administracija (administration communale de la ville de Kaunas, ci-après le « pouvoir adjudicateur ») au sujet de la conclusion, entre UAB « Kauno švara » et le pouvoir adjudicateur, d'un contrat de prestation de services.

(...)

Sur la première question

30 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si une situation, telle que celle en cause au principal, dans laquelle un marché public a été attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, dans le cadre d'une procédure engagée alors que la directive 2004/18 était encore en vigueur et qui a donné lieu à la conclusion d'un contrat postérieurement à l'abrogation de cette directive, relève du champ d'application de la directive 2004/18 ou de celui de la directive 2014/24.

31 Ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, la directive applicable à un marché public est, en principe, celle en vigueur au moment où le pouvoir adjudicateur choisit le type de procédure qu'il va suivre et où il tranche définitivement la question de savoir s'il est tenu de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public (voir, notamment, arrêts du 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, C-213/13, EU:C:2014:2067, point 31, et du 7 avril 2016, *Partner Apelski Dariusz*, C-324/14, EU:C:2016:214, point 83).

32 La directive 2004/18 ayant, conformément à l'article 91, premier alinéa, de la directive 2014/24, été abrogée avec effet au 18 avril 2016, il convient d'examiner si, à cette date, le pouvoir adjudicateur avait déjà pris, dans l'affaire au principal, la décision définitive de recourir à une opération interne.

33 En l'occurrence, il ressort de la décision de renvoi que le pouvoir adjudicateur a sollicité, le 1er avril 2016, l'autorité des marchés publics en vue d'obtenir l'autorisation de conclure l'opération interne en cause au principal et que cette autorisation lui a été délivrée le 20 avril 2016, soit postérieurement à l'abrogation de la directive 2004/18.

34 Dès lors, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 34 de ses conclusions, l'autorité des marchés publics ayant délivré son autorisation postérieurement à l'abrogation de la directive 2004/18, la situation en cause au principal relève nécessairement du champ d'application de la directive 2014/24.

35 En outre, dans la mesure où cette autorisation était subordonnée à l'évaluation par le pouvoir adjudicateur de la possibilité de se procurer les services en cause au principal au moyen d'une procédure classique de marché public, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas avoir définitivement tranché la question de savoir s'il était tenu de procéder à une mise en concurrence préalable à l'adjudication du marché public en cause au principal à la date d'abrogation de la directive 2004/18, soit le 18 avril 2016.

36 Dans ces conditions, il y a lieu de répondre à la première question qu'une situation, telle que celle en cause au principal, dans laquelle un marché public est attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, dans le cadre d'une procédure engagée alors que la directive 2004/18 était encore en vigueur et qui a donné lieu à la conclusion d'un contrat postérieurement à l'abrogation de cette directive, soit le 18 avril 2016, relève du champ d'application de la directive 2014/24 lorsque le pouvoir adjudicateur a définitivement tranché la question de savoir s'il était tenu de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public après cette date.
(...)

Sur la troisième question, sous a)

38 À titre liminaire, il y a lieu de relever que la troisième question, sous a), se réfère, notamment, à l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2014/24 ainsi qu'à l'article 36 de la Charte, qui visent les services d'intérêt économique général.

39 Pour autant, la décision de renvoi ne contenant aucun élément de nature à justifier que l'interprétation de la notion de « services d'intérêt économique général » soit pertinente en vue de la résolution du litige au principal, elle n'est pas de nature à mettre la Cour en mesure de répondre utilement à la troisième question, sous a), en tant qu'elle vise l'article 1er, paragraphe 4, de la directive 2014/24 et l'article 36 de la Charte.

40 Il convient donc de reformuler la troisième question, sous a), et de considérer que, par celle-ci, la juridiction de renvoi demande si l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'opérations internes, notamment, à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité.

41 Il y a lieu de relever, d'emblée, que la directive 2014/24 a pour objet, ainsi que l'énonce son considérant 1, de coordonner les procédures nationales de passation de marchés dépassant un certain montant.

42 C'est à la lumière de cette considération qu'il y a lieu d'interpréter l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, aux termes duquel « [u]n marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions [énoncées aux points a) à c) de ce paragraphe] sont réunies ».

43 Cette disposition, qui se limite ainsi à préciser les conditions qu'un pouvoir adjudicateur doit respecter lorsqu'il souhaite conclure une opération interne, a seulement pour effet d'habiliter les États membres à exclure une telle opération du champ d'application de la directive 2014/24.

44 Elle ne saurait, par conséquent, priver les États membres de la liberté de privilégier un mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement en fournitures au détriment des autres. En effet, cette liberté implique un choix qui s'effectue à un stade antérieur à celui de la passation d'un marché et qui ne saurait, dès lors, relever du champ d'application de la directive 2014/24.

45 La liberté des États membres quant au choix du mode de prestation de services par lequel les pouvoirs adjudicateurs pourvoient à leurs propres besoins découle également du considérant 5 de la directive 2014/24, qui énonce que « rien dans la présente directive ne fait obligation aux États membres de confier à des tiers ou d'externaliser la fourniture de services qu'ils souhaitent fournir eux-mêmes ou organiser autrement que par la passation d'un marché public au sens de la présente directive », consacrant, en cela, la jurisprudence de la Cour antérieure à ladite directive.

46 Ainsi, de même que la directive 2014/24 n'oblige pas les États membres à recourir à une procédure de passation de marché public, elle ne saurait les contraindre à recourir à une opération interne lorsque les conditions prévues à l'article 12, paragraphe 1, sont remplies.

47 D'ailleurs, la liberté ainsi laissée aux États membres est plus nettement mise en lumière à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession (JO 2014, L 94, p. 1), aux termes duquel : « La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics.

Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques. »

48 La liberté dont disposent les États membres quant au choix du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services ne saurait toutefois être illimitée. Elle doit, au contraire, s'exercer dans le respect des règles fondamentales du traité FUE, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que des principes qui en découlent comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence (voir, par analogie, arrêts du 9 juillet 1987, CEI et Bellini, 27/86 à 29/86, EU:C:1987:355, point 15 ; du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, point 60, ainsi que du 10 septembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, point 38).

49 Dans ces limites, il est loisible à un État membre d'imposer à un pouvoir adjudicateur des conditions, non prévues à l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, pour qu'il conclue une opération interne, notamment afin de garantir la continuité, la bonne qualité et l'accessibilité du service.

50 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la troisième question, sous a), que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

Sur la troisième question, sous b)

51 Par sa troisième question, sous b), la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics.

52 Ainsi que cela a été relevé au point 44 du présent arrêt, la directive 2014/24 n'a pas pour effet de priver les États membres de la liberté de privilégier, à un stade antérieur à celui de la passation d'un marché public, un mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement en fournitures au détriment des autres.

53 Il s'ensuit que, lorsqu'un État membre introduit des règles suivant lesquelles un tel mode de prestation de services, d'exécution de travaux ou d'approvisionnement de fournitures est privilégié par rapport à d'autres, comme il a été fait, en l'occurrence, s'agissant des conditions auxquelles le droit lituanien subordonne la conclusion d'opérations internes au sens de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, l'introduction de ces règles ne saurait relever de la transposition de cette directive.

54 Il n'en reste pas moins que, lorsque les États membres décident de procéder de la sorte, ils demeurent soumis, ainsi que cela a été souligné au point 48 du présent arrêt, au respect de divers principes, dont le principe de transparence.

55 Le principe de transparence exige, à l'instar du principe de sécurité juridique, que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes soient énoncées au moyen de règles suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire.

56 Eu égard aux considérations qui précèdent, il appartient à la juridiction de renvoi d'apprécier si l'évolution de l'interprétation des dispositions de la loi sur la concurrence opérée par les juridictions suprêmes lituaniennes à partir du milieu de l'année 2015 s'est manifestée avec suffisamment de clarté et de précision et si elle a fait l'objet d'une publicité suffisante pour que tant les pouvoirs adjudicateurs que les opérateurs économiques intéressés aient raisonnablement pu en être informés.

57 Il convient donc de répondre à la troisième question, sous b), que l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, qui

doivent être suffisamment accessibles et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire, ce qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de vérifier.

Sur la quatrième question

58 Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la conclusion d'une opération interne qui remplit les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24 est, en soi, conforme au droit de l'Union.

59 Il résulte de l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24 que ne relève pas du champ d'application de cette directive un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public lorsque, premièrement, le pouvoir adjudicateur exerce sur cette personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres activités, deuxièmement, plus de 80 % des activités de ladite personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle et, troisièmement, la même personne morale ne comporte, en principe, pas de participation directe de capitaux privés.

60 Toutefois, cette disposition porte uniquement sur le champ d'application de la directive 2014/24 et ne saurait être comprise comme fixant les conditions dans lesquelles un marché public doit être attribué dans le cadre d'une opération interne.

61 Ainsi que cela découle, en substance, du point 48 du présent arrêt, le fait qu'une opération interne, au sens de l'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, ne relève pas du champ d'application de cette directive ne saurait affranchir les États membres mais aussi les pouvoirs adjudicateurs du respect, notamment, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de proportionnalité et de transparence.

62 Il convient d'ailleurs de relever que le considérant 31 de cette directive énonce, à propos des coopérations entre entités appartenant au secteur public, qu'il convient de veiller à ce qu'aucune coopération de ce type, qui est exclue du champ d'application de ladite directive, n'entraîne de distorsion de concurrence à l'égard des opérateurs économiques privés.

63 En l'occurrence, il incombe tout particulièrement à la juridiction de renvoi d'apprécier si, en concluant l'opération interne en cause au principal, dont l'objet chevauche celui d'un marché public en cours d'exécution par Irgita, en sa qualité d'adjudicataire, le pouvoir adjudicateur n'a pas méconnu ses obligations contractuelles issues de ce marché, ainsi que le principe de transparence, s'il devait s'avérer que ce dernier n'a pas défini suffisamment clairement ses besoins, notamment en ne garantissant pas la fourniture d'un volume minimal de services à l'adjudicataire, ou encore si ladite opération constitue une modification substantielle de l'économie générale du marché conclu avec Irgita.

64 Il convient donc de répondre à la quatrième question que la conclusion d'une opération interne qui remplit les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24 n'est pas en soi conforme au droit de l'Union. (...)

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

1) Une situation, telle que celle en cause au principal, dans laquelle un marché public est attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, dans le cadre d'une procédure engagée alors que la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, était encore en vigueur et qui a donné lieu à la conclusion d'un contrat postérieurement à l'abrogation de cette directive, soit le 18 avril 2016, relève du champ d'application de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18, lorsque le pouvoir adjudicateur a définitivement tranché la question de savoir s'il était tenu de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public après cette date.

2) L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une règle nationale par laquelle un État membre subordonne la conclusion d'une opération interne, notamment à la condition que la passation d'un marché public ne permette pas de garantir la qualité des services réalisés, leur accessibilité ou leur continuité, tant que le choix exprimé en faveur d'un mode de prestation de services en particulier, et effectué à un stade antérieur à celui de la passation de marché public, respecte les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de proportionnalité et de transparence.

3) L'article 12, paragraphe 1, de la directive 2014/24, lu à la lumière du principe de transparence, doit être interprété en ce sens que les conditions auxquelles les États membres subordonnent la conclusion d'opérations internes doivent être énoncées au moyen de règles précises et claires du droit positif des marchés publics, qui doivent être suffisamment accessibles et prévisibles dans leur application afin d'éviter tout risque d'arbitraire, ce qu'il appartiendra, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi de vérifier.

4) La conclusion d'une opération interne qui remplit les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 1, sous a) à c), de la directive 2014/24 n'est pas en soi conforme au droit de l'Union.

CE 24 Juillet 2024, n° 491268

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 juin 2023, la commune de Sevrans a lancé une procédure ouverte tendant à la conclusion d'une délégation de service public pour la gestion du marché forain de la ville pour une durée de soixante mois non renouvelable. Deux candidatures ont été déposées, émanant de la société SOMAREP, délégataire sortant, et de la société Les Fils de Madame A.... Ces deux sociétés ont été admises à présenter des offres. Le conseil municipal de Sevrans a décidé d'attribuer cette délégation à la seconde de ces sociétés par une délibération adoptée le 14 décembre 2023. Saisi par la société SOMAREP, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a, sur le fondement de l'[article L. 551-1 du code de justice administrative](#), annulé cette procédure de passation par une ordonnance du 12 janvier 2024. Le pourvoi de la commune de Sevrans doit être regardé comme dirigé contre les articles 1er et 2 de cette ordonnance, qui seuls lui font grief.

2. Aux termes, d'une part, de l'[article L. 3 du code de la commande publique](#) : " Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code (...)" .

3. Aux termes, d'autre part, de l'[article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales](#) : " I. - Une commission analyse les dossiers de candidature et dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières, de leur respect de l'obligation d'emploi des travailleurs handicapés prévue aux [articles L. 5212-1 à L. 5212-4 du code du travail](#) et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. / Au vu de l'avis de la commission, l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public peut organiser librement une négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans les conditions prévues par l'[article L. 3124-1 du code de la commande publique](#). Elle saisit l'assemblée délibérante du choix de l'entreprise auquel elle a procédé. Elle lui transmet le rapport de la commission présentant notamment la liste des entreprises admises à présenter une offre et l'analyse des propositions de celles-ci, ainsi que les motifs du choix de la candidate et l'économie générale du contrat. / II. - La commission est composée : / a) Lorsqu'il s'agit (...) d'une commune de 3 500 habitants et plus (...), par l'autorité habilitée à signer la convention de délégation de service public ou son représentant, président, et par cinq membres de l'assemblée délibérante élus en son sein à la représentation proportionnelle au plus fort reste ; (...) ". Aux termes du premier alinéa de l'article L. 1411-7 de ce même code : " Deux mois au moins après la saisine de la commission prévue à l'article L. 1411-5, l'assemblée délibérante se prononce sur le choix du délégataire et la convention de délégation de service public " .

4. Au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

5. Il résulte des pièces du dossier soumis au juge des référés que le message d'un internaute publié sur le réseau social " Facebook " le 7 août 2023, relatif au marché de Sevrans, a suscité une réaction du conseiller municipal, président délégué de la commission prévue par l'[article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales](#), lequel a déclaré en commentaire sous ce message que : " Ce marché est mal géré. C'est dommage car il est très fréquenté. Et les incivilités font fuir les clients du centre-ville.

Le bail de concessionnaire du marché doit être renouvelé en janvier prochain, c'est l'occasion de le réformer pour qu'il soit plus diversifié et qu'on y trouve plus de commerces de qualité ".

6. En jugeant que ce commentaire constituait une atteinte à l'impartialité de l'autorité concédante, alors que la modération des propos et le contexte de cette publication ne révélaient ni parti pris ni animosité personnelle à l'encontre de la société SOMAREP, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis.

7. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen du pourvoi, que la commune de Sevrans est fondée à demander l'annulation des articles 1er et 2 de l'ordonnance qu'elle attaque.

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée, en application des dispositions de l'[article L. 821-2 du code de justice administrative](#).

9. En premier lieu, ainsi qu'il a été dit au point 6, le commentaire publié par le conseiller municipal, président délégué de la commission prévue par l'[article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales](#), ne constitue pas un manquement à l'impartialité.

10. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que l'avis de concession publié par la commune de Sevrans estimait une valeur de la concession à 1 euro. Toutefois, le moyen tiré de ce que la commune n'a pas mentionné la valeur estimée du contrat de concession ne peut être regardé, dans les circonstances de l'espèce, comme ayant été susceptible de léser la société SOMAREP qui n'a pas été dissuadée de remettre une candidature, et qui était, au surplus, en mesure de demander des précisions au cours des négociations.

11. En troisième lieu, aux termes de l'[article R. 3123-16 du code de la commande publique](#) : " Le candidat produit, à l'appui de sa candidature, une déclaration sur l'honneur attestant : / 1° Qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14 ; / 2° Que les renseignements et documents relatifs à ses capacités et à ses aptitudes, exigés en application des articles L. 3123-18, L. 3123-19 et L. 3123-21 et dans les conditions fixées aux articles R. 3123-1 à R. 3123-8, sont exacts ". Aux termes de l'article R. 3123-17 du même code : " Le candidat produit, au plus tard avant l'attribution du contrat, tout document attestant qu'il ne fait l'objet d'aucune exclusion de la participation à la procédure de passation des contrats de concession prévue aux articles L. 3123-1 à L. 3123-14 ". Aux termes de l'article R. 3123-20 du même code : " Avant de procéder à l'examen des candidatures, l'autorité concédante qui constate que manquent des pièces ou informations dont la production était obligatoire conformément aux dispositions des articles R. 3123-1 à R. 3123-8 et aux articles R. 3123-16 à R. 3123-19 peut demander aux candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié. (...) ".

12. Il résulte de l'instruction que, contrairement à ce que soutient la société SOMAREP, la société Les fils de Madame A..., attributaire de la concession en litige, a remis, en temps utile, la déclaration sur l'honneur prévue à l'[article R. 3123-16 du code de la commande publique](#) et les documents requis par l'article R. 3123-17 du même code. Par ailleurs, aucun texte ni aucun principe n'impose aux acheteurs publics de reproduire dans le règlement de la consultation les dispositions de ce code. Enfin, il résulte de l'article 23 du règlement de la consultation que, sauf dans le cas où la commune en demandait la production sous huit jours, le candidat attributaire pouvait produire jusqu'à la signature du contrat les certificats délivrés par les administrations et organismes compétents prouvant qu'il a satisfait à ses obligations fiscales et sociales. Par suite, les moyens tirés de la méconnaissance de ces dispositions et stipulations doivent être écartés.

13. En quatrième lieu, la société SOMAREP n'apporte aucun élément qui permettrait d'estimer qu'un manquement de la commune à son obligation, prévue à l'[article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales](#), de vérification du respect, par les entreprises candidates, de leurs obligations d'emploi de travailleurs handicapés, eu égard à sa portée et au stade de la procédure auquel ce manquement se rapporte, l'avait lésée ou était susceptible de la léser, fût-ce de façon indirecte, en

avantageant une entreprise concurrente. Il en résulte que le moyen tiré de ce que la procédure de passation de la concession serait irrégulière pour s'être déroulée en méconnaissance des dispositions de cet article doit être écarté, y compris en ce qu'il est tiré de ce que l'attestation de l'URSSAF produite ne concerne pas la société Les fils de Madame A..., attributaire, mais la société A... gestion sur les capacités de laquelle elle avait au demeurant déclaré s'appuyer pour présenter sa candidature.

14. En cinquième lieu, contrairement à ce que soutient la société SOMAREP, il résulte de l'instruction que c'est le maire de la commune qui a saisi le conseil municipal du choix de l'entreprise auquel il avait procédé et non la commission prévue à l'[article L. 1411-5 du code général des collectivités territoriales](#). Le moyen tiré de la méconnaissance de ces dispositions doit dès lors, et en tout état de cause, être écarté.

15. En sixième lieu, il n'appartient pas au juge du référé précontractuel, qui doit seulement se prononcer sur le respect, par l'autorité concédante, des obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation d'un contrat, de se prononcer sur l'appréciation portée sur la valeur d'une offre ou les mérites respectifs des différentes offres. Il lui appartient, en revanche, lorsqu'il est saisi d'un moyen en ce sens, de vérifier que l'autorité concédante n'a pas dénaturé le contenu d'une offre en en méconnaissant ou en en altérant manifestement les termes et procédé ainsi à la sélection de l'attributaire du contrat en méconnaissance du principe fondamental d'égalité de traitement des candidats. Il ne résulte pas de l'instruction que le contenu de l'offre finale de la société SOMAREP aurait été dénaturé par la commune de Sevrans.

16. En septième lieu, l'autorité concédante définit librement la méthode d'évaluation des offres au regard de chacun des critères d'attribution qu'elle a définis et rendus publics. Elle peut ainsi déterminer tant les éléments d'appréciation pris en compte pour son évaluation des offres que les modalités de leur combinaison. Une méthode d'évaluation est toutefois entachée d'irrégularité si, en méconnaissance des principes fondamentaux d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, les éléments d'appréciation pris en compte pour évaluer les offres au titre de chaque critère d'attribution sont dépourvus de tout lien avec les critères dont ils permettent l'évaluation ou si les modalités d'évaluation des critères d'attribution par combinaison de ces éléments sont, par elles-mêmes, de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et sont, de ce fait, susceptibles de conduire, pour la mise en œuvre de chaque critère, à ce que la meilleure offre ne soit pas la mieux classée, ou, au regard de l'ensemble des critères, à ce que l'offre présentant le meilleur avantage économique global ne soit pas choisie. Il en va ainsi alors même que l'autorité concédante, qui n'y est pas tenue, aurait rendu publique, dans l'avis d'appel à concurrence ou les documents de la consultation, une telle méthode d'évaluation. Si la société SOMAREP soutient que la méthode d'évaluation du critère financier mise en œuvre par la commune conduirait, selon elle, à évaluer plus favorablement un candidat qui aurait moins bien construit son programme de travaux et moins bien négocié le prix de ceux-ci, elle n'établit pas que cette méthode serait irrégulière.

17. Il résulte de ce qui précède que la demande présentée par la société SOMAREP devant le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil doit être rejetée.

- **L'exemple des marchés publics : la procédure formalisée**

G. Eckert, « Faut-il permettre de recourir librement à la négociation lors de la passation des marchés publics ? », CMP 2025, repère 10

La question de savoir si la négociation, après publicité et mise en concurrence, doit devenir une procédure formalisée de droit commun, au côté de l'appel d'offres ouvert ou restreint, a ressurgi cet été. La Commission d'enquête sénatoriale sur les coûts et les modalités effectifs de la commande publique s'est expressément prononcée en ce sens en recommandant « *de permettre aux pouvoirs adjudicateurs de recourir librement à une procédure formalisée avec négociation, sans justification, dans le cadre de la révision des directives européennes* » (Rapp. 8 juill. 2025 : Doc. Sénat, n° 830, recomm. n° 42, p. 304). De

fait, l'engagement d'un processus de réforme du droit européen des marchés publics ouvre le « *champ des possibles* » et permet d'envisager des transformations dont la portée est loin de n'être que technique.

Le débat n'est pas récent et il a conduit à une extension constante des possibilités de négociation au sein des procédures formalisées. C'est ainsi qu'est librement autorisé le recours à la « *procédure négociée avec publication d'un avis de marché* » en matière de marchés de défense et de sécurité (*dir. 2009/81/CE, 13 juill. 2009, art. 25, pt 2 : JOUE n° L 216, 20 août 2009, p. 76*) et aux procédures « *négociées avec mise en concurrence préalable* » pour les marchés des entités adjudicatrices (*dir. 2014/25/UE, 26 fév. 2014, art. 44, pt 2 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 298*). De même, pour les concessions, l'absence de procédure formalisée imposée par le droit de l'Union européenne n'empêche pas de préciser que « *le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice est libre d'organiser une négociation avec les candidats et les soumissionnaires* » (*dir. 2014/23/UE, 26 fév. 2014, art. 37, pt 6 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1*).

Il reste que, malgré la pression de certains États, les institutions européennes avaient refusé de franchir le pas pour les marchés publics de droit commun. Certes, le domaine de la procédure concurrentielle avec négociation a été notablement étendu mais elle reste d'exception et n'est permise qu'en raison de la nature particulière de l'achat ou des circonstances propres à celui-ci (*dir. 2014/24/UE, 26 fév. 2014, art. 26, pt 4 : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65*). Au-delà, le droit de l'Union européenne a maintenu une forte réserve à l'égard de la généralisation du recours à la négociation en raison des risques que celle-ci présenterait. Risque de violation du principe d'égalité de traitement, tout d'abord, du fait des contacts entre les protagonistes de la procédure et des possibilités d'orientation des prescriptions initialement fixées. Risque à l'égard de l'acheteur public dont la culture juridique n'est pas la meilleure formation à la négociation. Risque, enfin, au détriment des entreprises dont la confidentialité des offres et le secret des affaires pourraient être fragilisés.

Mais, à bien y regarder, les critiques traditionnelles affectent plus les modalités de la négociation que le principe même de celle-ci. Elles ne fondent pas plus le maintien du « *compris* » de 2014, lequel semble devoir être dépassé au profit de la consécration de la procédure concurrentielle avec négociation parmi les procédures formalisées de passation des marchés publics. Une telle réforme est possible et opportune. Elle permettrait également au droit des marchés publics d'atteindre « *pleinement l'âge de maturité sur ce point* », selon l'expression de la professeure Ubaud-Bergeron (*La négociation : Contrats-Marchés publ.* 2014, étude 7).

La réforme est, tout d'abord, possible dans la mesure où ni les principes généraux issus des Traités européens, ni le droit international économique n'y font obstacle. En particulier, l'accord sur les marchés publics de l'OMC, adopté en 2012 et entré en vigueur le 1er janvier 2021, n'impose que des contraintes très limitées sur ce point, se contentant de stipuler qu'« *une Partie pourra prévoir que ses entités contractantes procèdent à des négociations... dans les cas où l'entité aura indiqué son intention de procéder à des négociations dans l'avis de marché envisagé* » (*art. XII, pt 1 a*).

La réforme est, ensuite et surtout, opportune dans la mesure où elle contribuera à améliorer l'efficacité de l'achat public. Il est vrai que la négociation, du fait de son caractère chronophage, ne saurait être mise en œuvre pour tous les marchés publics. Dès lors, on pourrait penser que la démarche d'exceptions, adoptée en 2014, suffit à répondre aux besoins. Il n'en est rien. Comme l'a observé la Commission d'enquête sénatoriale, la possibilité de négocier reste « *trop peu utilisée par les acheteurs publics* » et cela notamment en raison du « *risque juridique lié au recours à ces procédures* », découlant en partie des imprécisions de leur domaine d'application (*Rapp. 8 juill. 2025 : Doc. Sénat, n° 830, p. 302*). La généralisation de la procédure concurrentielle avec négociation, laissée à la libre détermination de l'acheteur, apparaît donc comme la seule solution pour dépasser ces frilosités et permettre qu'émerge une véritable culture de la négociation dans l'achat public. Il en est d'autant plus ainsi que l'expérience acquise, par exemple en matière de concession, montre que la liberté de négocier ne porte pas nécessairement atteinte à l'égalité de traitement ou aux intérêts des parties à la procédure. Sous réserve des conditions de sa mise en œuvre, elle constitue, comme le soulignait là encore la Commission sénatoriale, « *un des leviers les plus adaptés d'optimisation des offres* » (*Rapp. 8 juill. 2025 : Doc. Sénat, n° 830, p. 302*).

Cette efficacité prêtée à la négociation s'inscrit, plus largement, dans une certaine banalisation des techniques d'achat public. Après la quasi-disparition de l'adjudication avec le Code des marchés publics de 2001, ce serait la procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint, qui perdrait son monopole au sein des procédures de droit commun. C'est là une rupture historique qui conduit à rapprocher les acheteurs publics des acheteurs du secteur privé qui peuvent recourir à l'appel d'offres (*L. Bettoni, L'appel d'offres privé : LexisNexis, Bibl. de droit de l'entreprise, vol. 92, 2018*). Une telle réforme revient, en effet, à considérer que pour garantir le comportement concurrentiel des autorités publiques et préserver le bon fonctionnement des marchés économiques, il n'est plus besoin de soumettre leurs procédures d'achat à autant de contraintes exorbitantes. C'est pourquoi la réforme fait écho à la professionnalisation croissante des acheteurs publics qui en est la condition *sine qua non*. Elle interroge également sur l'organisation des structures d'achat, à l'instar du recours aux groupements de commandes par les petites collectivités, et, plus largement, sur la place des élus dans le processus de négociation.

De ce point de vue, la simplification des procédures de passation ne doit pas être comprise comme emportant la remise en cause de l'exorbitance des finalités de l'achat public. En effet, même si cela n'est pas sans susciter de débats (*à l'instar du rapport sur la passation des marchés publics adoptés le 18 juillet 2025 par la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen : Doc. A10-0147/2025*), la commande publique est de plus en plus marquée par la prise en compte des préoccupations d'intérêt général et, en particulier, de développement durable, dans la perspective de la pleine entrée en vigueur de l'article 35 de la loi n°2021-1104 du 22 août 2021, dite « Climat et Résilience ». L'achat public n'est donc pas réductible à l'achat privé. Il est une politique publique.

Il reste que la simplification des procédures ne fait nullement obstacle, bien au contraire, à la prise en compte des préoccupations économiques, sociales et environnementales de l'achat public, un peu comme en droit administratif, la gestion privée peut être le meilleur moyen pour satisfaire l'intérêt général.

Articles L.2120-1 et s. du Code de la commande publique

Art. L.2120-1 :

Les marchés sont passés, selon leur montant, leur objet ou les circonstances de leur conclusion :

- 1° Soit sans publicité ni mise en concurrence préalables, dans les conditions prévues au chapitre II ;
- 2° Soit selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues au chapitre III ;
- 3° Soit selon une procédure formalisée, dans les conditions prévues au chapitre IV.

Article L.2123-1 :

Une procédure adaptée est une procédure par laquelle l'acheteur définit librement les modalités de passation du marché, dans le respect des principes de la commande publique et des dispositions du présent livre, à l'exception de celles relatives à des obligations inhérentes à un achat selon une procédure formalisée.

L'acheteur peut passer un marché selon une procédure adaptée :

- 1° Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe du présent code ;
- 2° En raison de l'objet de ce marché, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat ;
- 3° Lorsque, alors même que la valeur estimée du besoin est égale ou supérieure aux seuils de procédure formalisée, la valeur de certains lots est inférieure à un seuil fixé par voie réglementaire.

Article L.2124-1 :

Lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens mentionnés dans un avis qui figure en annexe au présent code, l'acheteur passe son marché selon l'une des procédures formalisées définies par le présent chapitre, dans les conditions et selon les modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

Article L.2124-2 :

L'appel d'offres, ouvert ou restreint, est la procédure par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

Article L.2124-3 :

La procédure avec négociation est la procédure par laquelle l'acheteur négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs opérateurs économiques.

Article L.2124-4 :

Le dialogue compétitif est la procédure par laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à y participer en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

Article L.2152-7 (issu de la loi du 23 oct. 2023, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi Climat le 21 août 2026)

Le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base du critère du prix ou du coût. L'offre économiquement la plus avantageuse peut également être déterminée sur le fondement d'une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Les modalités d'application du présent alinéa sont prévues par voie réglementaire.

(...) Le lien avec l'objet du marché ou ses conditions d'exécution s'apprécie conformément aux articles [L. 2112-2](#) à [L. 2112-4](#).

(à partir du 21 août 2026) : le marché sera attribué à celui qui a « présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. Au moins un de ces critères prend en compte les caractéristiques environnementales de l'offre ».

Article R2152-7 :

Pour attribuer le marché au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde :

1° Soit sur un critère unique qui peut être :

- a) Le prix, à condition que le marché ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre ;
- b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie défini à l'article [R. 2152-9](#) ;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir des critères suivants :

- a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal ;
- b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ;
- c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution.

Les critères d'attribution retenus doivent pouvoir être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base.

- **L'exemple des conventions domaniales**

Directive 2006/123/CE du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur

Article 4

Définitions

Aux fins de la présente directive, on entend par:

1)«service», toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité;

...

6)«régime d'autorisation», toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice;

...

9)«autorité compétente», tout organe ou toute instance ayant, dans un État membre, un rôle de contrôle ou de réglementation des activités de services, notamment les autorités administratives, y compris les tribunaux agissant à ce titre, les ordres professionnels et les associations ou autres organismes professionnels qui, dans le cadre de leur autonomie juridique, réglementent de façon collective l'accès aux activités de services ou leur exercice;

Article 12

Sélection entre plusieurs candidats

1. Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture.

2. Dans les cas visés au paragraphe 1, l'autorisation est octroyée pour une durée limitée appropriée et ne doit pas faire l'objet d'une procédure de renouvellement automatique, ni prévoir tout autre avantage en faveur du prestataire dont l'autorisation vient juste d'expirer ou des personnes ayant des liens particuliers avec ledit prestataire.

3. Sous réserve du paragraphe 1 et des articles 9 et 10, les États membres peuvent tenir compte, lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection, de considérations liées à la santé publique, à des objectifs de politique sociale, à la santé et à la sécurité des salariés ou des personnes indépendantes, à la protection de l'environnement, à la préservation du patrimoine culturel et autres raisons impérieuses d'intérêt général, conformément au droit communautaire.

CJUE, 14 juillet 2016, Promoimpresa, C-458/14 et C-67/15

L'affaire C-458/14

11 Par décisions du 16 juin et du 17 août 2006, le consortium a attribué à Promoimpresa une concession pour l'exploitation d'une zone domaniale à des fins de kiosque, de véranda, de bains, de quai et de ponton, faisant partie du domaine du lac de Garde.

- 12L'article 3 de cette concession prévoyait la cessation de plein droit de celle-ci au 31 décembre 2010, sans nécessité de passer par un acte de mise en demeure et sans que le concessionnaire puisse invoquer des us et coutumes pour continuer à bénéficier de la concession.
- 13Parallèlement, la Commission européenne a estimé, dans une lettre de mise en demeure notifiée à la République italienne le 2 février 2009, que l'article 37 du code italien de la navigation était contraire à l'article 49 TFUE en ce qu'il prévoyait un droit de préférence en faveur du concessionnaire sortant dans le cadre de la procédure d'attribution des concessions du domaine public maritime. Le législateur italien est intervenu afin de supprimer ce droit de préférence. Par la suite, lors de la conversion du décret-loi n° 194/2009 en loi n° 25/2010, le législateur italien a inséré un renvoi à un autre texte législatif permettant, de ce fait, le renouvellement automatique des concessions de six ans en six ans. Par une lettre de mise en demeure complémentaire du 5 mai 2010, la Commission a estimé que ce renvoi, d'une part, privait de tout effet la suppression du droit de préférence et, d'autre part, était contraire à l'article 12 de la directive 2006/123 ainsi qu'à l'article 49 TFUE. Le législateur italien ayant décidé d'abroger la disposition permettant ledit renvoi, la Commission a estimé pouvoir clôturer la procédure d'infraction le 27 février 2012.
- 14Le 14 avril 2010, Promoimpresa a introduit une demande de renouvellement de la concession dont elle bénéficiait que le consortium a rejeté par décision du 6 mai 2011. Ce refus se fondait sur le fait, d'une part, que la nouvelle concession ne pouvait être obtenue sur la base d'une simple demande de renouvellement, mais uniquement au terme d'une procédure publique d'appel d'offres et, d'autre part, que la concession venue à expiration était limitée à une durée de cinq ans et excluait toute forme de renouvellement automatique.
- 15Promoimpresa a attaqué cette décision du consortium devant le Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie, Italie) en se fondant, notamment, sur une violation de l'article 1^{er}, paragraphe 18, du décret-loi n° 194/2009, converti en loi n° 25/2010, cette disposition prévoyant la prorogation de la date d'échéance des concessions.
- 16La juridiction de renvoi précise que le rapport de droit existant entre Promoimpresa et le consortium présente les caractéristiques d'une « concession », au sens du droit de l'Union, dès lors que Promoimpresa dispose d'un droit d'utiliser un bien public domanial moyennant le versement d'une redevance périodique à l'administration propriétaire de ce bien et que le risque d'exploitation de ce dernier reste à la charge de Promoimpresa.
- 17Cette juridiction estime que la législation italienne, en ce qu'elle prévoit la prorogation répétée de la durée de ces concessions domaniales, crée une restriction injustifiée à la liberté d'établissement, en particulier en ce qu'elle rend pratiquement impossible l'accès aux concessions arrivant à expiration à tout autre concurrent.
- 18Dans ces circonstances, le Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (tribunal administratif régional de Lombardie) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :
- « Les principes de la liberté d'établissement, de non-discrimination et de protection de la concurrence visés aux articles 49, 56 et 106 TFUE, ainsi que le principe de raison compris dans ceux-ci, font-ils obstacle à une réglementation nationale qui, par l'effet d'interventions législatives successives, prévoit une prorogation répétée de la date d'échéance de concessions de biens du domaine maritime, lacustre et fluvial, importants sur le plan économique, dont la durée est augmentée d'au moins onze ans par une loi, de sorte que le même concessionnaire garde un droit exclusif d'exploitation économique du bien, malgré l'expiration de la durée de la concession antérieurement octroyée audit concessionnaire, avec pour conséquence l'exclusion des opérateurs économiques intéressés de toute possibilité d'obtenir l'attribution du bien à l'issue de procédures publiques d'appel d'offres? »

L'affaire C-67/15

- 19M. Melis e.a. sont, pour la plupart, gestionnaires d'activités touristique-récréatives dans la zone de la plage de la commune, en vertu de concessions de biens du domaine public maritime attribuées au cours de l'année 2004 pour une période de six ans, par la suite prorogées pour une durée d'un an.

20En 2012, M. Melis e.a. ont introduit une demande de décision formelle de prorogation auprès de la commune. Cette dernière est restée sans réponse. M. Melis e.a. ont déduit de ce silence qu'ils pouvaient légalement poursuivre leurs activités, à compter du mois de mai 2012, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 18, du décret-loi n° 194/2009 qui prévoyait la prorogation automatique des concessions sur le domaine public maritime pour les activités touristique-récréatives.

21Le 11 mai 2012, la commune, après approbation du plan d'utilisation du littoral, a publié un avis en vue de l'attribution de sept nouvelles concessions portant sur des biens du domaine public maritime, certaines d'entre elles étant situées dans des zones qui faisaient déjà l'objet de concessions attribuées à M. Melis e.a.

22Le 5 juin 2012, M. Melis e.a. ont saisi le Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (tribunal administratif régional de Sardaigne, Italie) d'une demande d'annulation de ces décisions de la commune. Ils ont ensuite présenté des moyens additionnels, notifiés le 11 juin 2012, étendant ainsi leurs griefs à la décision par laquelle la commune a procédé à l'attribution des concessions faisant l'objet de l'avis du 11 mai 2012. M. Melis e.a. ont également attaqué les mesures par lesquelles la police municipale de la commune leur avait ordonné de retirer leurs équipements du domaine public maritime.

23La juridiction de renvoi précise que le rapport existant entre M. Melis e.a. et la commune présente les caractéristiques d'une concession au sens du droit de l'Union, dès lors qu'est en cause la prestation d'un service et que le risque de gestion est assumé par les concessionnaires.

24Elle estime, en outre, que la prorogation automatique prévue par la législation nationale fait échec à l'application du droit de l'Union, notamment de l'article 12 de la directive 2006/123 ainsi que des dispositions du traité FUE relatives à la libre prestation de services et à la liberté d'établissement.

Sur la seconde question dans l'affaire C-67/15

36Par sa seconde question, qu'il convient d'examiner en premier lieu, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 12 de la directive 2006/123 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet une prorogation automatique des concessions en cours sur le domaine maritime et lacustre et destinées à l'exercice d'activités touristique-récréatives.

Sur les conditions d'application de l'article 12 de la directive 2006/123

37L'article 12 de la directive 2006/123 figure sous la section 1 du chapitre III de cette directive, relative aux autorisations, et vise l'hypothèse spécifique dans laquelle le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables. Dans le cadre de cette même section, l'article 9 de ladite directive régit la possibilité, pour les États membres, de subordonner l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation. L'article 10 de la même directive porte sur les conditions d'octroi de ces autorisations et l'article 11 de celle-ci traite de leur durée.

38Il convient, d'une part, de relever, que l'article 4, point 6, de cette directive définit un régime d'autorisation comme toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice.

39En outre, le considérant 39 de ladite directive indique que la notion de « régime d'autorisation » recouvre notamment les procédures administratives par lesquelles sont octroyées des concessions.

40Or, font l'objet des affaires au principal des concessions octroyées par les autorités publiques dans le domaine maritime et lacustre qui visent l'exploitation d'une zone domaniale à des fins touristique-récréatives.

41Ces concessions peuvent dès lors être qualifiées d'« autorisations », au sens des dispositions de la directive 2006/123, en ce qu'elles constituent des actes formels, quelle que soit leur qualification en

droit national, devant être obtenus par les prestataires, auprès des autorités nationales, afin de pouvoir exercer leur activité économique.

42 Il convient, d'autre part, de souligner que les concessions en cause au principal concernent des ressources naturelles, au sens de l'article 12 de la directive 2006/123, puisque les zones domaniales visées sont situées soit sur les bords du lac de Garde, soit sur les côtes maritimes italiennes.

43 S'agissant, plus spécifiquement, de la question de savoir si lesdites concessions doivent faire l'objet d'un nombre limité d'autorisations en raison de la rareté des ressources naturelles, c'est à la juridiction nationale qu'il incombe de vérifier si cette condition est remplie. À cet égard, le fait que les concessions en cause au principal sont octroyées non pas au niveau national mais au niveau communal doit, notamment, être pris en considération afin de déterminer si lesdites zones pouvant faire l'objet d'une exploitation économique sont en nombre limité.

44 Par ailleurs, dans la mesure où les juridictions de renvoi estiment que les concessions en cause au principal peuvent constituer des concessions de services, il y a lieu de préciser que, selon le considérant 57 de la directive 2006/123, les dispositions de cette directive relatives aux régimes d'autorisation ne concernent pas la conclusion de contrats par les autorités compétentes pour la fourniture d'un service donné qui relève de règles relatives aux marchés publics.

45 Il en résulte que les dispositions relatives aux régimes d'autorisation de la directive 2006/123 ne sauraient s'appliquer à des concessions de services publics pouvant, notamment, relever de la directive 2014/23.

46 À cet égard, il convient de rappeler qu'une concession de services est caractérisée, notamment, par une situation dans laquelle un droit d'exploitation d'un service déterminé est transféré par un adjudicateur à un concessionnaire, ce dernier disposant, dans le cadre du contrat conclu, d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit et étant parallèlement, largement exposé aux risques liés à cette exploitation (voir, en ce sens, arrêt du 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns*, [C-300/07](#), [EU:C:2009:358](#), point 71).

47 Or, dans les affaires au principal, ainsi que le souligne la Commission, les concessions portent non pas sur une prestation de services déterminée par l'entité adjudicatrice, mais sur l'autorisation d'exercer une activité économique dans une zone domaniale. Il en découle que les concessions en cause au principal ne relèvent pas de la catégorie des concessions de services (voir, par analogie, arrêt du 14 novembre 2013, *Belgacom*, [C-221/12](#), [EU:C:2013:736](#), points 26 à 28).

48 Une telle interprétation est, en outre, corroborée par le considérant 15 de la directive 2014/23. Ce dernier précise en effet que certains accords dont l'objet est le droit, pour un opérateur économique, d'exploiter certains domaines ou ressources publics, en droit privé ou public, tels que des biens fonciers par lesquels l'État fixe uniquement les conditions générales d'utilisation des domaines ou ressources en question, sans acquisition de travaux ou de services spécifiques, ne devraient pas être qualifiés de « concessions de services », au sens de cette directive.

Sur l'application de l'article 12 de la directive 2006/123

49 Dans l'hypothèse où les concessions en cause au principal entreraient dans le champ d'application de l'article 12 de la directive 2006/123 – ce qu'il incombe au juge de renvoi de déterminer, ainsi qu'il ressort du point 43 du présent arrêt – il convient de relever que, selon le paragraphe 1 de cette disposition, l'octroi d'autorisations, lorsque leur nombre est limité en raison de la rareté des ressources naturelles, doit être soumis à une procédure de sélection entre les candidats potentiels, laquelle doit répondre à toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment de publicité adéquate.

50 Or, ainsi que le souligne M. l'avocat général au point 83 de ses conclusions, une législation nationale, telle que celle en cause au principal, en ce qu'elle prévoit une prorogation ex lege de la date d'échéance des autorisations équivaut à un renouvellement automatique de ces dernières, lequel est exclu par les termes mêmes de l'article 12, paragraphe 2, de la directive 2006/123.

- 51 En outre, la prorogation automatique d'autorisations relatives à l'exploitation économique du domaine maritime et lacustre ne permet pas l'organisation d'une procédure de sélection, telle que décrite au point 49 du présent arrêt.
- 52 Les requérantes dans les affaires au principal ainsi que le gouvernement italien font cependant valoir que la prorogation automatique des autorisations est nécessaire afin de préserver la confiance légitime des titulaires de ces autorisations, en ce qu'elle permet d'amortir les investissements effectués par ces derniers.
- 53 À cet égard, il y a lieu de constater que l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2006/123 prévoit, expressément, que les États membres peuvent tenir compte de considérations liées à des raisons impérieuses d'intérêt général lors de l'établissement des règles régissant la procédure de sélection.
- 54 Toutefois, la prise en compte de telles considérations n'est prévue que lors de l'établissement des règles pour la procédure de sélection des candidats potentiels et sous réserve, notamment, de l'article 12, paragraphe 1, de cette directive.
- 55 Ainsi, l'article 12, paragraphe 3, de ladite directive ne saurait être interprété comme permettant de justifier une prorogation automatique d'autorisations alors même qu'aucune procédure de sélection visée au paragraphe 1 de cet article n'a été organisée lors de l'octroi initial desdites autorisations.
- 56 En outre, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 92 et 93 de ses conclusions, une justification tirée du principe de protection de la confiance légitime suppose une appréciation au cas par cas, visant à démontrer que le titulaire de l'autorisation a pu légitimement s'attendre à ce que son autorisation soit renouvelée et qu'il a fait les investissements correspondants. Partant, une telle justification ne saurait être valablement invoquée à l'appui d'une prorogation automatique instaurée par le législateur national et appliquée de manière indifférenciée à l'ensemble des autorisations concernées.
- 57 Il résulte de ce qui précède que l'article 12, paragraphes 1 et 2, de la directive 2006/123 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit la prorogation automatique des autorisations en cours sur le domaine maritime et lacustre et destinées à l'exercice d'activités touristico-récréatives, en l'absence de toute procédure de sélection entre les candidats potentiels.

Sur la question dans l'affaire C-458/14 et sur la première question dans l'affaire C-67/15

- 58 Par leurs questions, qu'il convient d'examiner ensemble, les juridictions de renvoi demandent, en substance, si les articles 49, 56 et 106 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet une prorogation automatique des concessions sur le domaine public en cours et destinées à l'exercice d'activités touristico-récréatives.
- 59 À titre liminaire, il convient de préciser que toute mesure nationale dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation complète à l'échelle de l'Union doit être appréciée au regard non pas des dispositions du droit primaire, mais de celles de cette mesure d'harmonisation (arrêt du 30 avril 2014, UPC DTH, [C-475/12](#), [EU:C:2014:285](#), point 63 et jurisprudence citée).
- 60 Or, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général aux points 41 à 43 de ses conclusions, les articles 9 à 13 de la directive 2006/123 établissent une série de dispositions qui doivent être respectées par l'État membre lorsque l'activité de service est subordonnée à l'octroi d'une autorisation.
- 61 À l'instar de ce qui a déjà été jugé à propos de l'article 14 de cette directive, lequel prévoit une liste des exigences « interdites » dans le cadre de l'exercice de la liberté d'établissement, il doit être considéré que les articles 9 à 13 de cette même directive procèdent à une harmonisation exhaustive concernant les services relevant de leur champ d'application (voir, par analogie, arrêt du 16 juin 2015, Rina Services e.a., [C-593/13](#), [EU:C:2015:399](#), points 37 et 38).
- 62 Dès lors, les questions préjudicielles, en ce qu'elles portent sur l'interprétation du droit primaire, ne se posent que dans l'hypothèse où l'article 12 de la directive 2006/123 ne serait pas applicable dans les affaires en cause au principal, ce qu'il incombe aux juridictions de renvoi de déterminer, ainsi

qu'il ressort du point 43 du présent arrêt. Partant, c'est sous cette réserve que la Cour répond aux questions posées.

63 Il y a également lieu de préciser que les concessions en cause au principal concernent un droit d'établissement dans la zone domaniale en vue d'une exploitation économique à des fins touristique-récréatives, de sorte que les situations concernées par les affaires au principal relèvent, de par leur nature même, de l'article 49 TFUE.

64 À cet égard, il a été jugé que les autorités publiques sont tenues, lorsqu'elles envisagent d'attribuer une concession qui n'entre pas dans le champ d'application des directives relatives aux différentes catégories de marchés publics, de respecter les règles fondamentales du traité FUE en général et le principe de non-discrimination en particulier (voir, en ce sens, 17 juillet 2008, ASM Brescia, [C-347/06](#), [EU:C:2008:416](#), points 57 et 58 ainsi que jurisprudence citée).

65 Plus particulièrement, dans la mesure où une telle concession présente un intérêt transfrontalier certain, son attribution, en l'absence de toute transparence, à une entreprise située dans l'État membre dont relève le pouvoir adjudicateur est constitutive d'une différence de traitement au détriment des entreprises susceptibles d'être intéressées par celle-ci et qui sont situées dans un autre État membre. Une telle différence de traitement est, en principe, interdite par l'article 49 TFUE (voir, par analogie, arrêts du 17 juillet 2008, ASM Brescia, [C-347/06](#), [EU:C:2008:416](#), points 59 et 60, ainsi que du 14 novembre 2013, Belgacom, [C-221/12](#), [EU:C:2013:736](#), point 37).

66 S'agissant, tout d'abord, de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain, il y a lieu de rappeler que ce dernier doit être apprécié sur la base de l'ensemble des critères pertinents, tels que l'importance économique du marché, le lieu géographique de son exécution ou ses aspects techniques, en ayant égard aux caractéristiques propres du marché concerné (voir, en ce sens, arrêts du 14 novembre 2013, Belgacom, [C-221/12](#), [EU:C:2013:736](#), point 29 et jurisprudence citée, ainsi que du 17 décembre 2015, UNIS et Beaudout Père et Fils, [C-25/14](#) et [C-26/14](#), [EU:C:2015:821](#), point 30).

67 Ainsi, dans l'affaire C-458/14, les indications fournies par la juridiction de renvoi permettent à la Cour de constater que la concession en cause dans cette affaire présente un intérêt transfrontalier certain, compte tenu notamment de la situation géographique du bien et de la valeur économique de cette concession.

68 En revanche, dans l'affaire C-67/15, la juridiction de renvoi n'a pas indiqué les éléments nécessaires permettant à la Cour de considérer qu'il existe un intérêt transfrontalier certain. Or, ainsi qu'il résulte de l'article 94 du règlement de procédure, la Cour doit pouvoir trouver dans une demande de décision préjudicielle un exposé des données factuelles sur lesquelles les questions sont fondées ainsi que du lien existant notamment entre ces données et ces questions. Dès lors, la constatation des éléments nécessaires permettant la vérification de l'existence d'un intérêt transfrontalier certain devrait être réalisée, par la juridiction de renvoi, préalablement à la saisine de la Cour (voir, en ce sens, arrêt du 17 décembre 2015, UNIS et Beaudout Père et Fils, [C-25/14](#) et [C-26/14](#), [EU:C:2015:821](#), point 28).

69 Dans ces conditions, la première question préjudicielle posée dans l'affaire C-67/15 est irrecevable.

70 S'agissant de l'affaire C-458/14, il y a lieu, ensuite, de constater qu'une législation, telle que celle en cause au principal, compte tenu du report qu'elle introduit, retarde l'attribution des concessions par une procédure transparente d'appel d'offres, si bien qu'il doit être considéré qu'une telle législation introduit une différence de traitement, au détriment des entreprises, situées dans un autre État membre, susceptibles d'être intéressées par ces concessions, prohibée, en principe, par l'article 49 TFUE.

71 Enfin, dans la mesure où le gouvernement italien fait valoir que les prorogations mises en œuvre par la législation nationale visent à permettre aux concessionnaires d'amortir leurs investissements, il convient de préciser qu'une telle différence de traitement peut être justifiée, par des raisons impérieuses d'intérêt général, notamment, par la nécessité de respecter le principe de sécurité juridique (voir, en ce sens, arrêts du 17 juillet 2008, ASM Brescia, [C-347/06](#), [EU:C:2008:416](#), point 64, ainsi que du 14 novembre 2013, Belgacom, [C-221/12](#), [EU:C:2013:736](#), point 38).

72 Il a ainsi été jugé que le principe de sécurité juridique, s'agissant d'une concession attribuée en 1984, alors qu'il n'avait pas encore été établi que les contrats qui présentaient un intérêt transfrontalier

certain pourraient être soumis à une obligation de transparence, impose que la résiliation d'une telle concession soit assortie d'une période transitoire permettant aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables, notamment du point de vue économique (voir, en ce sens, arrêts du 17 juillet 2008, ASM Brescia, [C-347/06](#), [EU:C:2008:416](#), points 70 et 71, ainsi que du 14 novembre 2013, Belgacom, [C-221/12](#), [EU:C:2013:736](#), point 40).

73Cependant, les concessions en cause au principal ont été attribuées alors qu'il avait déjà été établi que les contrats qui présentaient un intérêt transfrontalier certain devaient être soumis à une obligation de transparence, si bien que le principe de sécurité juridique ne peut être invoqué afin de justifier une différence de traitement interdite au titre de l'article 49 TFUE.

74Il résulte des considérations qui précèdent que l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet une prorogation automatique des concessions sur le domaine public en cours et destinées à l'exercice d'activités touristique-récréatives, dans la mesure où ces concessions présentent un intérêt transfrontalier certain.

CE 2 déc. 2022, n° 460100

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que l'hôtel du Palais, situé à Biarritz, a été acquis par cette commune en 1956. Aux termes de deux baux commerciaux portant respectivement sur les murs et sur le fonds de commerce, elle en a confié l'exploitation d'abord à la société Sobadex puis, à compter de l'année 1961, à la société d'économie mixte Socomix, dont elle possédait, jusqu'au 15 octobre 2018, 68 % des actions. Par une délibération du 30 juillet 2018, le conseil municipal de Biarritz a autorisé le maire de la commune à signer avec la société Socomix un bail emphytéotique d'une durée de soixante-quinze ans portant sur les murs et dépendances de l'hôtel du Palais. Par quatre délibérations du 15 octobre 2018, le conseil municipal a également approuvé le traité d'apport du fonds de commerce de l'hôtel du Palais à la société Socomix, approuvé l'entrée au capital de cette société de la société DF collection, approuvé le pacte d'actionnaires devant être conclu entre la société Socomix, la société DF collection et sa société mère, la société JC Decaux, et approuvé la modification des statuts de la société Socomix. Par un jugement du 5 juillet 2019, le tribunal administratif a rejeté les demandes de Mme A... et de M. E..., conseillers municipaux de Biarritz, tendant à l'annulation de ces délibérations. M. D... se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 2 novembre 2021 de la cour administrative de Bordeaux en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à l'annulation de la délibération du 30 juillet 2018 approuvant la conclusion du bail emphytéotique.

2. En premier lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales : " Dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal ". L'article L. 2121-13 du même code précise que : " Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ". Cette obligation, qui doit être adaptée à la nature et à l'importance des affaires, doit permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions. Elle n'impose pas de joindre à la convocation adressée aux intéressés une justification détaillée du bien-fondé des propositions qui leur sont soumises.

3. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué, dont il n'est pas soutenu qu'elles seraient entachées de dénaturation sur ce point, d'une part, que la convocation à la séance du conseil municipal du 30 juillet 2018 était accompagnée de l'avis du service des domaines concernant le montant du loyer annuel correspondant à ce bail ainsi que d'une note explicative très détaillée, portant sur les éléments essentiels du bail concerné et, d'autre part, que l'ensemble des membres du conseil municipal avait été invité à participer à une réunion d'information qui s'est tenue le 18 juillet 2018, en présence des représentants de la société Socomix, et qui portait précisément sur le descriptif du programme de rénovation de l'hôtel, sur le financement envisagé de celui-ci, sur la présentation du contrat de gestion entre la Socomix et le groupe hôtelier pressenti pour participer à l'exploitation et sur la présentation du projet de bail emphytéotique. C'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour en a déduit que les conseillers municipaux avaient été suffisamment

informés sur ce bail et sur les motifs pour lesquels sa signature devait intervenir préalablement aux autres éléments de l'opération.

4. En deuxième lieu, aux termes de l'article 4 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, dont le délai de transposition s'achevait le 28 décembre 2009 : " Aux fins de la présente directive, on entend par : / (...) 6) " régime d'autorisation ", toute procédure qui a pour effet d'obliger un prestataire ou un destinataire à faire une démarche auprès d'une autorité compétente en vue d'obtenir un acte formel ou une décision implicite relative à l'accès à une activité de service ou à son exercice ; / (...) 9) " autorité compétente ", tout organe ou toute instance ayant, dans un Etat membre, un rôle de contrôle ou de réglementation des activités de service (...) ". Et selon le 1 de son article 12 : " Lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, les États membres appliquent une procédure de sélection entre les candidats potentiels qui prévoit toutes les garanties d'impartialité et de transparence, notamment la publicité adéquate de l'ouverture de la procédure, de son déroulement et de sa clôture ".

5. Aux termes de l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques, issu de l'article 3 de l'ordonnance du 19 avril 2017 : " Sauf dispositions législatives contraires, lorsque le titre mentionné à l'article L. 2122-1 permet à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique, l'autorité compétente organise librement une procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence, et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester. / Lorsque l'occupation ou l'utilisation autorisée est de courte durée ou que le nombre d'autorisations disponibles pour l'exercice de l'activité économique projetée n'est pas limité, l'autorité compétente n'est tenue que de procéder à une publicité préalable à la délivrance du titre, de nature à permettre la manifestation d'un intérêt pertinent et à informer les candidats potentiels sur les conditions générales d'attribution ".

6. Tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires. Si les dispositions de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, transposées à l'article L. 2122-1-1 du code général de la propriété des personnes publiques cité ci-dessus, impliquent des obligations de publicité et mise en concurrence préalablement à la délivrance d'autorisations d'occupation du domaine public permettant l'exercice d'une activité économique, ainsi que l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne par son arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa Srl* (C-458/14 et C-67/15), il ne résulte ni des termes de cette directive ni de la jurisprudence de la Cour de justice que de telles obligations s'appliqueraient aux personnes publiques préalablement à la conclusion de baux portant sur des biens appartenant à leur domaine privé, qui ne constituent pas une autorisation pour l'accès à une activité de service ou à son exercice au sens du 6) de l'article 4 de cette même directive. Il suit de là qu'en n'imposant pas d'obligations de publicité et mise en concurrence à cette catégorie d'actes, l'Etat ne saurait être regardé comme n'ayant pas pris les mesures de transposition nécessaires de l'article 12 de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006. Par suite, en écartant comme inopérant le moyen tiré de ce que la conclusion du bail en litige méconnaîtrait cette directive, la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui n'a pas inexactement qualifié les faits de l'espèce, n'a pas commis d'erreur de droit.

7. En troisième lieu, la cour n'ayant relevé qu'à titre surabondant que le bail ne portait pas sur l'utilisation de ressources naturelles ou de capacités techniques rares, les moyens tirés de ce qu'en statuant ainsi, la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt ou aurait inexactement qualifié les faits, sont inopérants.

8. En dernier lieu, aux termes de l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : " (...) les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites. Cette interdiction s'étend également aux restrictions à la création d'agences, de succursales ou de filiales, par les ressortissants d'un État membre établis sur le territoire d'un État membre. / La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, et notamment de sociétés au sens de l'article 54, deuxième alinéa, dans les conditions

définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, sous réserve des dispositions du chapitre relatif aux capitaux ". En écartant le moyen tiré de ce que la conclusion du bail emphytéotique en litige méconnaîtrait les stipulations de cet article au motif que ce bail ne porte, par lui-même, aucune atteinte à la liberté d'établissement sur le territoire de la commune de Biarritz, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

- **L'exemple des ventes de biens publics**

CAA Nancy, 27 mai 2025, n° 23NC00851

1. La commune de Strasbourg est propriétaire d'un terrain situé avenue Herrenschmidt sur lequel elle a consenti le 29 janvier 1973 un bail emphytéotique en vue de permettre la construction d'un hôtel, exploité sous l'enseigne " Mercure Wacken ". Par une délibération n° 24 du 24 juin 2019, le conseil municipal de la ville de Strasbourg a, notamment, approuvé la cession à la SARL Foncière Grand Est de l'emprise de l'hôtel, constituée par les parcelles cadastrées en section BY n° 232 et n° 210/116, pour un montant de 14 773 000 euros, en vue de favoriser la reconstruction de l'hôtel par la réunion des droits du preneur et du bailleur de l'emphytéose. La société Sogeho, qui était intéressée par le rachat du fond de commerce exploité sous l'enseigne " Mercure Wacken ", fait appel du jugement du 16 janvier 2023 par lequel le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la délibération n° 24 du 24 juin 2019 en tant qu'elle approuve cette cession, ainsi que de la décision du 26 septembre 2019 rejetant son recours gracieux contre ladite délibération.

Sur la question prioritaire de constitutionnalité :

2. Aux termes de l'article 61-1 de la Constitution : " Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. / Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article ". Aux termes de l'article 23-1 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 : " Devant les juridictions relevant du Conseil d'Etat (...), le moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution est, à peine d'irrecevabilité, présenté dans un écrit distinct et motivé. Un tel moyen peut être soulevé pour la première fois en cause d'appel. Il ne peut être relevé d'office ". Aux termes de l'article 23-2 de la même ordonnance : " La juridiction statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat (...). Il est procédé à cette transmission si les conditions suivantes sont remplies : 1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ; 2° Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ; 3° La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux. En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat (...). Le refus de transmettre la question ne peut être contesté qu'à l'occasion d'un recours contre la décision réglant tout ou partie du litige ".

3. Il résulte des dispositions combinées des premiers alinéas des articles 23-1 et 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, que la juridiction saisie d'un moyen tiré de ce qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution présenté dans un écrit distinct et motivé, statue sans délai par une décision motivée sur la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité au Conseil d'Etat et procède à cette transmission si est remplie la triple condition que la disposition contestée soit applicable au litige ou à la procédure, qu'elle n'ait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances et que la question ne soit pas dépourvue de caractère sérieux.

4. La société Sogeho demande à la cour de transmettre au Conseil d'Etat la question de la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution des dispositions de l'article L. 2241-1 du code général des collectivités territoriales, qui sont applicables au litige, et selon lesquelles : " Le conseil municipal délibère sur la gestion des biens et les opérations immobilières effectuées par la commune, sous réserve, s'il s'agit de biens appartenant à une section de commune, des dispositions des articles L. 2411-1 à L. 2411-19. / Le bilan des acquisitions et cessions opérées sur le territoire d'une commune de plus de 2 000 habitants par celle-ci, ou par une personne publique ou privée agissant dans le cadre d'une convention avec cette commune, donne lieu chaque année à une délibération du conseil municipal. Ce bilan est annexé au compte administratif de la commune. / Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis de l'autorité compétente de l'Etat. Cet avis est réputé donné à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la saisine de cette autorité ".

5. D'une part, les dispositions des deux premiers alinéas de l'article L. 2241-1 du code général des collectivités territoriales qui ont pour objet respectivement de déterminer l'organe compétent de la commune pour délibérer sur la gestion des biens et des opérations immobilières et d'imposer un bilan annuel de ces opérations soumis à délibération du conseil municipal ne portent pas, par elles-mêmes, atteinte à la liberté d'entreprendre et au principe d'égalité devant la loi. En outre, les dispositions du deuxième alinéa de cet article L. 2241-1 ne sont pas applicables au litige. La question concernant ces dispositions est, dès lors, dépourvue de caractère sérieux.

6. D'autre part, la société requérante critique la constitutionnalité des dispositions de l'article L. 2241-1 du code général des collectivités territoriales en tant qu'elles n'imposent pas à une commune de faire précéder la vente d'une dépendance de son domaine privé d'une procédure de publicité et de mise en concurrence. Il est vrai que les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 2241-1 du code général des collectivités territoriales imposent seulement aux communes de plus de 2 000 habitants d'adopter une délibération portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles sans soumettre cette cession à une quelconque formalité de publicité et de mise en concurrence. Toutefois, ces dispositions sont la reprise à l'identique de celles du I de l'article L. 311-8 du code des communes créées par l'article 11 de la loi du 8 février 1995. Or, le Conseil constitutionnel, dans les motifs et le dispositif de sa décision n° 95-361 DC du 2 février 1995, a déclaré conforme à la Constitution la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, dont l'article 11. Ainsi, les dispositions critiquées par la société Sogeho ont déjà été déclarées conformes à la Constitution. Par ailleurs, si, ainsi que le soutient la requérante, le Conseil constitutionnel n'a pas, dans sa décision du 2 février 1995, expressément statué sur la conformité des dispositions en cause aux normes constitutionnelles qu'elle invoque dans la présente instance et qui au demeurant existaient déjà à l'époque, cette circonstance ne peut être regardée comme constituant un changement de circonstances de droit de nature à justifier un nouvel examen par le Conseil constitutionnel. De même, en se bornant à faire valoir que le droit et la jurisprudence de l'Union européenne se montrent de plus en plus favorables à l'application de règles garantissant le respect de la liberté d'entreprendre à l'occasion de la vente de leurs biens immobiliers par les collectivités publiques, la société requérante n'établit pas l'existence d'un changement de circonstance de nature à justifier un nouvel examen par le Conseil constitutionnel de sa conformité à la Constitution. Il suit de là que la condition posée au 2° de l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 n'est pas satisfaite.

7. Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil d'Etat la question prioritaire de constitutionnalité invoquée par la société Sogeho.

Sur le bien-fondé du jugement :

8. En premier lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 2121-17 du code général des collectivités territoriales : " Le conseil municipal ne délibère valablement que lorsque la majorité de ses membres en exercice est présente ". En vertu de l'article L. 2121-2 du même code, le conseil municipal de Strasbourg, ville de 250 000 à 299 999 habitants, compte 65 membres.

9. Il ressort des pièces du dossier produites par la ville de Strasbourg, et notamment du compte-rendu de la séance du 24 novembre 2024 du conseil municipal, que 35 conseillers municipaux ont pris part au vote de la délibération n° 24, soit la majorité des membres en exercice. Si la société Sogeho soutient que le quorum n'aurait pas été atteint durant toute la durée de l'examen du point n° 24 et, notamment, qu'il aurait fallu aller chercher des élus pour l'atteindre en toute fin de vote, elle ne l'établit pas, alors que les mentions de la délibération font foi jusqu'à preuve contraire. Il s'ensuit, comme l'ont relevé les premiers juges, que le moyen tiré de ce que la délibération attaquée aurait été irrégulièrement adoptée doit être écarté.

10. En deuxième lieu, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose aux collectivités locales de faire précéder la simple cession d'un immeuble du domaine privé de mesures de publicité et d'organiser une mise en concurrence des acquéreurs éventuels. Toutefois, la conclusion par ces personnes publiques de contrats emportant cession d'un immeuble de leur domaine privé dont l'objet principal est de confier à un opérateur économique la réalisation de travaux en vue de la construction, selon des spécifications précises imposées par lesdites personnes publiques, d'ouvrages qui, même destinés à des tiers, répondent à un besoin d'intérêt général défini par lesdites collectivités, est soumise aux obligations de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux du droit de la commande publique.

11. En l'espèce, si la délibération contestée assortit la vente de la triple condition de maintenir l'activité hôtelière pendant une durée de quinze ans, de déposer le permis de construire correspondant à la reconstruction de l'hôtel dans un délai de trois ans et de satisfaire à un quota d'heures d'insertion pendant la réalisation des travaux, cette seule exigence n'est pas suffisante pour considérer que les caractéristiques du projet ont été établies de manière précise et détaillée par la commune afin de répondre à un besoin d'intérêt général préalablement défini par elle. Par suite, et comme l'ont relevé les premiers juges, la société requérante n'est pas fondée à soutenir que la délibération en litige aurait dû être précédée de règles minimales de publicité et de mise en concurrence résultant des principes généraux du droit de la commande publique.

12. En troisième lieu, aux termes de l'article L. 1121-1 du code de la commande publique : " Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ". Il ressort des pièces du dossier que la commune de Strasbourg a cédé à la société Foncière Grand Est le terrain d'assiette comportant l'hôtel exploité sous l'enseigne " Mercure Wacken " et sur lequel cette société envisage de réaliser un nouvel hôtel. Contrairement à ce que soutient la requérante, quand bien même la vente comporte une stipulation imposant le maintien d'une activité hôtelière durant quinze ans adossée à un droit de résolution au profit de la commune, l'exploitation du futur hôtel ne constitue ni la contrepartie de travaux répondant à un besoin de la commune, ainsi qu'il a été exposé précédemment, ni la gestion d'un service mais résulte du transfert de propriété du terrain d'assiette du futur bâtiment à la société Foncière Grand Est qui a également vocation à réunir les droits de l'emphytéote. Par suite, la société Sogeho n'est pas fondée à soutenir que cette cession devrait être requalifiée en concession de service qui aurait dû être précédée d'une mise en concurrence.

13. En dernier lieu, aux termes du premier alinéa de l'article L. 2121-12 du code général des collectivités territoriales : " Dans les communes de 3 500 habitants et plus, une note explicative de synthèse sur les affaires soumises à délibération doit être adressée avec la convocation aux membres du conseil municipal ". Aux termes de l'article L. 2121-13 du même code : " Tout membre du conseil municipal a le droit, dans le cadre de sa fonction, d'être informé des affaires de la commune qui font l'objet d'une délibération ". Cette obligation, qui doit être adaptée à la nature et à l'importance des affaires, doit permettre aux intéressés d'appréhender le contexte ainsi que de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées et de mesurer les implications de leurs décisions. Elle n'impose pas de joindre à la convocation adressée aux intéressés une justification détaillée du bien-fondé des propositions qui leur sont soumises.

14. D'une part, la société requérante soutient que les membres du conseil municipal auraient été induits en erreur dans la mesure où la délibération indique qu'elle a pour objet la confusion des droits de l'emphytéote et du bailleur alors que la société Foncière Grand Est n'était pas encore, à la date de la délibération, détentrice du bail emphytéotique. S'il ressort des pièces du dossier que la fusion absorption entre la société Foncière Grand Est et la société S.H.I., qui était titulaire du bail emphytéotique, n'est effectivement intervenue qu'en octobre 2020, soit postérieurement à la délibération, cette dernière mentionne toutefois que la société Foncière Grand Est bénéficiait, au moment de son adoption, d'une promesse de cession des parts de la société S.H.I., et fait également état de l'existence d'un contrat d'apport conclu antérieurement à la délibération. Aussi, dès lors que les membres du conseil municipal ont été informés de ce schéma juridique clairement exposé dans la délibération litigieuse, la seule circonstance que la fusion absorption entre les sociétés Foncière Grand Est et S.H.I. soit intervenue postérieurement à la délibération en litige ne suffit pas à démontrer que les membres du conseil municipal n'auraient pas été en mesure d'appréhender le contexte ou de comprendre les motifs de fait et de droit des mesures envisagées, ni de mesurer les implications de leurs décisions.

15. D'autre part, la délibération litigieuse rappelle que le bail emphytéotique était d'une durée de cinquante-deux ans, que son échéance était fixée au 31 décembre 2026 et que les droits de l'emphytéote et du bailleur " sont séparés et valorisables séparément ". La délibération précise également, en se fondant sur l'avis de France Domaine du 12 avril 2019, que " la valeur vénale de l'ensemble immobilier a été fixée au prix de 17 770 000 euros répartie comme suit : 3 037 000 pour les droits de l'emphytéote actuel, et 14 733 000 euros pour les droits de la Ville ". La délibération précise enfin que cette estimation se base, d'une part, sur la valeur du terrain et, d'autre part, sur une quote-part de la valeur des constructions réalisées par le titulaire du bail. Dans ces conditions, les membres du conseil municipal doivent être regardés comme ayant été suffisamment informés de ce que, en résiliant avant son terme le bail emphytéotique, la ville de Strasbourg renonçait à une indemnité d'environ 3 millions d'euros représentative de la quote-part de la valeur des constructions réalisées par l'emphytéote.

16. Il s'ensuit que le moyen, pris en ses deux branches, tiré de ce que les conseillers municipaux n'ont pas été suffisamment informés de la portée effective de la délibération adoptée doit être écarté.

17. Il résulte de ce qui précède que la société Sogeho n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Strasbourg a rejeté sa demande. Par suite, ses conclusions à fin d'annulation doivent être rejetées.

Lire les documents reproduits.

Lectures suggérées

L. Richer, « Retour sur la cession des contrats de la commande publique », *AJDA* 2021. 1183

L. Sourzat, « La mutabilité du contrat administratif : une théorie renouvelée », *AJDA* 2022 p.2175

F. Lichère, R. Michalef, C. Bernard, « La modification des contrats de la commande publique », *AJDA* 2023. 1594

M. Ubaud-Bergeron, « L'évolution du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs », *RFDA* 2023. 470

H. Hoepffner, « *Un angle mort du Code de la commande publique : la modification des "autres" marchés et contrats de concessions*, *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

M. Ubaud-Bergeron, « Le principe d'immutabilité de la nature juridique du contrat en cours d'exécution en droit administratif », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

Travail possible (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

- _ Dissertation : Le pouvoir de modification unilatérale à l'épreuve du droit de la commande publique.
- _ Commentaire : CJUE 29 avr. 2025, *Fastned Deutschland GmbH*, aff. C-452/23
- _ Cas pratique :

(sujet de mai 2023) :

Par un marché public conclu le 3 janvier 2020, la commune de Lille a confié à la société Sotraphy l'exécution des travaux de terrassement nécessaires à la réalisation d'un lotissement. La mise en concurrence a été rapidement menée à son terme grâce à l'efficacité des services de la mairie : la commune s'est basée sur des plans utilisés lors de la réalisation antérieure de lotissement voisins et n'a pas réalisé de relevé topographique du terrain ou d'étude de sols supplémentaires.

Dès le mois de septembre 2020 cependant, la commune a conclu avec la société titulaire un avenant portant sur des travaux de terrassement supplémentaires rendus nécessaires par l'obligation d'atteindre une cote plus profonde que celle initialement prévue afin de trouver un sol stable apte à recevoir des constructions. Cet avenant ayant augmenté de 39% le montant du marché initial, il a, à la suite de sa transmission au préfet dans le cadre du contrôle de légalité, été contesté par le préfet par un déféré préfectoral auprès du TA de Lille. Que pensez-vous de la légalité de cet avenant ?

(sujet de mai 2024) :

La ville de Strasbourg a conclu, en mai 2022, pour la réhabilitation de la place Kléber, un marché de travaux publics avec un groupement conjoint non doté de la personnalité morale de cinq sociétés, représenté par l'une d'entre elles, mandataire du groupement. Un an après la fin du chantier, la société Bâtitou, en proie à des difficultés financières, a décidé de se retirer du groupement. La ville se demande si elle pourrait conclure un avenant avec un autre constructeur afin de la remplacer et quels seraient les risques contentieux.

- **Influences européennes**

CJCE 19 juin 2008, aff. C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur GmbH

(...) 1) Le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle des services fournis au pouvoir adjudicateur par le prestataire initial sont transférés à un autre prestataire constitué sous la forme d'une société de capitaux, dont le prestataire initial est l'actionnaire

unique, contrôlant le nouveau prestataire et lui donnant des instructions, pour autant que le prestataire initial continue à assumer la responsabilité du respect des obligations contractuelles.

2) Le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une adaptation du contrat initial à des circonstances extérieures modifiées, telles que la conversion en euros des prix initialement exprimés en monnaie nationale, la réduction minimale de ces prix en vue de les arrondir et la référence à un nouvel indice de prix dont la substitution à l'indice fixé précédemment était prévue dans le contrat initial.

3) Le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle un pouvoir adjudicateur, au moyen d'un avenant, convient avec l'adjudicataire, pendant la période de validité d'un marché de services conclu avec lui pour une durée indéterminée, de reconduire pour une durée de trois ans une clause de renonciation à résiliation devenue caduque à la date à laquelle la nouvelle clause a été convenue et convient avec lui de fixer des rabais plus importants que ceux initialement prévus sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier.

CJUE 3 fév. 2022, Advania Sverige, C-461/20

- 7 Quatre accords-cadres avec remise en concurrence, pour l'achat de différents matériels informatiques, ont été attribués par l'agence nationale des services juridiques en vertu d'une procédure restreinte au titre de la lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (loi n° 1091 de 2007 sur les marchés publics), entre-temps abrogée. Dans cette procédure, dix-sept candidats se sont qualifiés pour la sélection, parmi lesquels Advania, Dustin et Misco AB. Alors que Dustin et Misco ont figuré parmi les neuf candidats qui ont été invités à soumissionner, Advania ne l'a pas été. À l'issue de cette procédure, Misco s'est vu attribuer des accords-cadres dans les quatre domaines en cause et Dustin s'est vu attribuer des accords-cadres dans deux domaines.
- 8 Par lettre du 4 décembre 2017, Misco a demandé à l'agence nationale des services juridiques d'autoriser la cession à Advania des quatre accords-cadres dont elle était titulaire. Le 12 décembre 2017 Misco a été déclarée en faillite et, le 18 janvier 2018, l'administrateur judiciaire de celle-ci a conclu un accord avec Advania prévoyant la cession de ces accords-cadres. L'agence nationale des services juridiques a autorisé cette cession au mois de février 2018.
- 9 Dustin a alors saisi le Förvaltningsrätten i Stockholm (tribunal administratif siégeant à Stockholm, Suède) d'un recours tendant à ce que les accords-cadres entre Advania et l'agence nationale des services juridiques soient déclarés nuls.
- 10 Le Förvaltningsrätten i Stockholm (tribunal administratif siégeant à Stockholm) a rejeté ce recours. Il a considéré que l'agence nationale des services juridiques avait correctement constaté que la succession en cause résultait de l'opération de restructuration de Misco et qu'Advania avait obtenu les accords-cadres en cause et avait acquis les branches d'activité permettant l'exécution de ceux-ci, dans les conditions visées au chapitre 17, article 13, de la loi sur les marchés publics, qui transpose dans le droit suédois l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24.
- 11 Dustin a interjeté appel du jugement du Förvaltningsrätten i Stockholm (tribunal administratif siégeant à Stockholm) devant le Kammarrätten i Stockholm (cour d'appel administrative de Stockholm, Suède) qui a accueilli cet appel en prononçant la nullité des quatre accords-cadres entre Advania et l'agence nationale des services juridiques. Cette juridiction a estimé qu'Advania ne pouvait pas être considérée comme ayant succédé à titre universel ou à titre particulier à Misco, au sens du chapitre 17, article 13, de la loi sur les marchés publics, dès lors que, excepté les accords-cadres en cause, Misco n'a pratiquement pas cédé d'activité à Advania. À l'appui de cette conclusion, le Kammarrätten i Stockholm (cour d'appel administrative de Stockholm) a relevé qu'un seul salarié de Misco a subséquemment rejoint Advania, que la liste des clients de Misco n'était pas entièrement actualisée ou pertinente, que des clients de Misco avaient déjà changé de fournisseur et qu'aucun élément ne tendait à prouver qu'Advania avait repris certains des sous-traitants de Misco ou que

d'autres accords-cadres publics avaient été cédés à Advania, bien que Misco ait été partie à au moins un autre accord-cadre public.

- 12 Advania et l'agence nationale des services juridiques ont formé chacune un pourvoi contre l'arrêt du Kammarrätten i Stockholm (cour d'appel administrative de Stockholm) devant le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative, Suède). Dans leurs pourvois, elles ne contestent pas l'appréciation de la juridiction d'appel sur la nature et l'étendue des éléments couverts par la cession en cause. Néanmoins, elles font valoir qu'une telle cession remplit la condition d'une succession universelle ou partielle au titre du chapitre 17, article 13, de la loi sur les marchés publics.
- 13 Devant la juridiction de renvoi, Advania soutient que la directive 2014/24 n'exige pas que soit cédée, outre les accords-cadres, une activité d'une certaine nature ou d'une certaine ampleur au nouveau contractant qui remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché.
- 14 L'agence nationale des services juridiques fait valoir dans son recours devant la juridiction de renvoi que la notion de « succession universelle ou partielle », qui constitue l'une des modalités de cession prévue par les dispositions en cause de la loi sur les marchés publics et de la directive 2014/24, devrait être interprétée en ce sens que le contractant cessionnaire est seulement tenu de se substituer au contractant initial dans les droits et les obligations résultant du marché ou de l'accord-cadre en cause. En exigeant en plus de cette substitution le transfert d'activités ou le transfert de patrimoine, l'applicabilité de ces dispositions s'en trouverait fortement limitée. Le point fondamental serait que le nouveau contractant puisse exécuter le marché ou l'accord-cadre en cause conformément aux conditions et aux exigences établies initialement.
- 15 Dustin soutient, pour sa part, devant cette juridiction que la condition relative à la succession universelle ou partielle du contractant initial à la suite d'opérations de restructuration de société prévue à l'article 72, paragraphe 1, sous d, ii), de la directive 2014/24 couvre les situations dans lesquelles les branches d'activité concernées par le marché ou l'accord-cadre en cause sont transférées au nouveau contractant. Le transfert du marché ou de l'accord-cadre en cause est seulement accessoire par rapport au transfert d'activité. La cession de marchés ou d'accords-cadres ayant fait l'objet d'appels d'offres sans la cession simultanée des branches d'activité concernées conduirait non seulement au trafic de tels marchés ou accords-cadres, mais permettrait également le transfert de droits et d'obligations partiel découlant de ces marchés ou accords-cadres.
- 16 Dans ces conditions, le Högsta förvaltningsdomstolen (Cour suprême administrative) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« Le fait qu'un nouveau fournisseur a repris les droits et les obligations du fournisseur initial découlant d'un accord-cadre après que cet accord lui a été cédé par l'administrateur judiciaire à la suite de la mise en faillite du fournisseur initial implique-t-il que le nouveau fournisseur doit être considéré comme ayant succédé au fournisseur initial dans les conditions visées à l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 ? »

Sur la question préjudicielle

- 17 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un opérateur économique qui, à la suite de la mise en faillite du contractant initial ayant abouti à la liquidation de celui-ci, n'a repris que les droits et les obligations de ce dernier découlant d'un accord-cadre conclu avec un pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant succédé à ce contractant initial dans les conditions visées à cette disposition.
- 18 À titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, en général, la substitution d'un nouveau contractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné et, par suite,

comme une modification substantielle du marché, qui doit donner lieu à une nouvelle procédure de passation portant sur le marché ainsi modifié, conformément aux principes de transparence et d'égalité de traitement qui sous-tendent l'obligation de concurrence entre les candidats potentiellement intéressés des différents États membres (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, points 40 et 47). Ce principe a été codifié à l'article 72, paragraphe 4, sous d), de la directive 2014/24.

- 19 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle font obstacle à ce que, après l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire apportent aux dispositions de ce marché des modifications telles que ces dispositions présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial (voir, en ce sens, arrêt du 7 septembre 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, point 28).
- 20 À titre d'exception, l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de ladite directive prévoit qu'un nouveau contractant peut, sans nouvelle procédure de passation de marché conformément à la même directive, remplacer celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de cette directive.
- 21 Il ressort ainsi du libellé de cet article qu'il subordonne notamment l'application de l'exception en cause à la condition selon laquelle le remplacement de l'ancien contractant est dû à une succession universelle ou partielle qui intervient à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment d'insolvabilité.
- 22 En l'occurrence, la juridiction de renvoi s'interroge sur le point de savoir si la condition de succession universelle ou partielle du contractant initial à la suite d'une insolvabilité est remplie lorsque le nouveau contractant ne reprend que les droits et les obligations découlant de l'accord-cadre conclu avec le pouvoir adjudicateur et ne reprend pas tout ou partie de l'activité du contractant initial entrant dans le champ de cet accord-cadre.
- 23 À cet égard, il y a lieu de relever, s'agissant du libellé de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24, premièrement, que le remplacement du contractant auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché n'est autorisé qu'« à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial ». Il en découle que cette succession peut impliquer la reprise, par le nouveau contractant, de l'ensemble ou d'une partie seulement du patrimoine du contractant initial et peut donc impliquer, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 43 de ses conclusions, le transfert seulement d'un marché public ou d'un accord-cadre relevant du patrimoine du contractant initial.
- 24 De plus, il convient d'observer, à l'instar de M. l'avocat général au point 95 de ses conclusions, qu'imposer un transfert de patrimoine dans le but d'éviter un contournement des règles d'attribution ne s'avère pas nécessaire dès lors que la cession du marché public ou de l'accord-cadre est, en tout état de cause, soumise à la condition, inscrite à l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24, de ne pas constituer un moyen de se soustraire à l'application de cette directive.
- 25 En outre, s'il est vrai qu'une telle interprétation de la notion de « succession partielle » figurant à l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 ne suffit pas à assurer, à elle seule, que le nouveau contractant exécute le marché ou l'accord-cadre en question avec une capacité équivalente à celle du contractant initial, ainsi que le fait valoir Dustin, il n'en reste pas moins que cette disposition prévoit qu'une telle succession est soumise à la condition que le nouveau contractant remplisse les critères de sélection qualitative établis initialement.

- 26 Partant, il ressort du libellé de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 que la notion d'« insolvabilité », relevant de la notion d'« opérations de restructuration », englobe les modifications structurelles du contractant initial, notamment l'insolvabilité qui comprend la faillite aboutissant à la liquidation.
- 27 Deuxièmement, s'agissant de la portée de la notion d'« insolvabilité », relevant de la notion d'« opérations de restructuration », il y a lieu d'examiner si celle-ci suppose que le nouveau contractant reprenne tout ou partie de l'activité entrant dans le champ de l'accord-cadre en cause.
- 28 Bien que les trois premières situations énumérées à titre d'exemples d'« opérations de restructuration » à l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24, à savoir le rachat, la fusion et l'acquisition, puissent impliquer le maintien d'au moins une partie de l'activité du contractant initial, il n'en reste pas moins que cette disposition énumère également l'insolvabilité comme exemple de restructuration, laquelle peut aboutir, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 47 de ses conclusions, à la dissolution de la société insolvable. Or, il n'y a aucune indication dans le libellé de cette disposition en ce sens que la notion d'« insolvabilité » devrait être entendue non pas dans son sens habituel susmentionné, mais comme étant limitée aux situations dans lesquelles l'activité du contractant initial qui permet l'exécution du marché public est poursuivie, à tout le moins en partie.
- 29 Une telle indication ne figure pas davantage au considérant 110 de cette directive, lequel mentionne l'insolvabilité ensemble avec les restructurations purement internes, le rachat, les fusions et les acquisitions, en tant que situations impliquant « certaines modifications structurelles » de l'adjudicataire.
- 30 À cet égard, il convient, certes, de relever que l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24, et par là-même la notion d'« insolvabilité », doit être interprété de manière stricte dans la mesure où, ainsi qu'il ressort des points 20 et 21 du présent arrêt, cet article énonce une exception. Pour autant, ainsi que l'a observé M. l'avocat général au point 62 de ses conclusions, cette interprétation ne saurait priver cette exception de son effet utile. Or, tel serait le cas si la notion d'« insolvabilité » était limitée aux seules situations dans lesquelles l'activité du contractant initial entrant dans le champ de l'accord-cadre en cause était reprise par le nouveau contractant, à tout le moins en partie, et si cette notion n'était pas entendue dans son sens habituel plus large.
- 31 Partant, il ressort du libellé de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 que la notion de « restructuration » englobe les modifications structurelles du contractant initial, notamment l'insolvabilité qui comprend la faillite aboutissant à la liquidation.
- 32 Cette interprétation textuelle de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 est, en outre, conforme à l'objectif principal poursuivi par l'article 72 de cette directive, tel qu'il est énoncé aux considérants 107 et 110 de celle-ci. Selon ces considérants, la directive 2014/24 vise à préciser des conditions dans lesquelles des modifications apportées à un marché en cours d'exécution imposent une nouvelle procédure de passation de marché, tout en tenant compte de la jurisprudence de la Cour en la matière et des principes de transparence et d'égalité de traitement.
- 33 À cet égard, il y a lieu de relever, en premier lieu, que cette interprétation de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 repose sur le sens habituel des notions figurant à cette disposition, sans requérir, à la différence de l'interprétation proposée par Dustin et la Commission, des critères additionnels n'y figurant pas.
- 34 En deuxième lieu, ladite interprétation tient compte de la jurisprudence de la Cour, notamment de l'arrêt du 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351), dont il résulte que les réorganisations internes du contractant initial sont susceptibles de constituer des modifications non substantielles des termes du marché public concerné qui n'imposent pas l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public.

- 35 En effet, au considérant 110 de la directive 2014/24, l'insolvabilité est sans réserve énumérée comme l'un des exemples de modifications structurelles du contractant initial n'étant pas contraires aux principes de transparence et d'égalité de traitement sur lesquels cette jurisprudence se fonde. Ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 84 et 85 de ses conclusions, l'insolvabilité du contractant initial, y compris la faillite qui aboutit à la liquidation de celui-ci, représente une circonstance extraordinaire avant la survenance de laquelle le marché public ou l'accord-cadre en cause a déjà fait l'objet d'une mise en concurrence conforme à la directive 2014/24 et, en vertu de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de cette directive, ne peut ni entraîner d'autres modifications substantielles, notamment celles relatives aux critères de sélection qualitative établis initialement, ni viser à soustraire à l'application de ladite directive.
- 36 Cependant, la jurisprudence mentionnée au point 34 du présent arrêt ne porte ni sur l'insolvabilité du contractant initial ni, d'une manière générale, sur les situations où une modification substantielle du contractant initial ne requiert pas une remise en concurrence. Partant, cette jurisprudence ne s'oppose pas à l'interprétation qui ressort du point 31 du présent arrêt.
- 37 L'interprétation de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 dans le sens établi au point 31 du présent arrêt est également corroborée par l'objectif spécifique de l'exception prévue à cette disposition, qui est, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 82 et 83 de ses conclusions, d'introduire une certaine souplesse dans l'application des règles afin de répondre de manière pragmatique à un ensemble de situations extraordinaires, telles que l'insolvabilité de l'adjudicataire, laquelle l'empêche d'exécuter le marché public en cause. Or, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 83 de ses conclusions, le problème créé par l'insolvabilité, auquel le législateur de l'Union a cherché à répondre, ne se pose pas différemment selon que les activités de l'adjudicataire devenu insolvable sont poursuivies, tout au moins en partie, ou sont complètement arrêtées.
- 38 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un opérateur économique qui, à la suite de la mise en faillite du contractant initial ayant abouti à la liquidation de celui-ci, n'a repris que les droits et les obligations de ce dernier découlant d'un accord-cadre conclu avec un pouvoir adjudicateur doit être regardé comme ayant succédé à titre partiel à ce contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, au sens de cette disposition.

CJUE, 7 déc. 2023, aff. n° C-441/22 et C-443/22, Obshtina Razgrad

L'affaire C-441/22

14 Le 3 juillet 2018, afin de mettre en œuvre les activités financées par les fonds ESI, la commune de Razgrad, en sa qualité d'entité publique adjudicatrice, a lancé une procédure ouverte d'attribution d'un marché public ayant pour objet la construction d'une salle de sport dans un lycée professionnel de cette commune. Une seule offre a été soumise, à savoir celle émanant de « SAV – Razgrad » OOD.

15 Par contrat du 13 septembre 2018, la commune de Razgrad a attribué le marché public à cette société. En vertu de l'article 5, paragraphes 1 et 2, de ce contrat, la période d'exécution des travaux de construction était de 235 jours et ne pouvait s'étendre au-delà du 30 novembre 2019.

16 En cours d'exécution du marché, le 29 novembre 2019, les parties sont convenues d'un avenant n° 1 au contrat, remplaçant la date initiale du 30 novembre 2019 prévue pour la fin des travaux par celle du 30 janvier 2020. La justification de cette modification avancée par les parties était la survenance de circonstances imprévues donnant lieu à la nécessité d'adapter le projet d'investissement.

17 Au cours de la période d'exécution, six constats de suspension des travaux ont été dressés, dont cinq en raison de conditions météorologiques défavorables et un en raison de la nécessité de remanier le projet d'investissement.

18 Un constat attestant de la conformité de la construction a été établi le 24 février 2020.

19 Après déduction de la durée de la période d'exécution effective de 525 jours, des périodes de suspension des travaux de construction pour lesquelles un constat avait été dûment établi sans être contesté par l'autorité de gestion, un délai d'exécution de 264 jours a été retenu.

20 Pour ce qui concerne la période de retard allant du 30 janvier au 24 février 2020, aucune justification n'a été avancée et le pouvoir adjudicateur n'a pas calculé de pénalités de retard.

21 Faisant état, notamment, des considérations exposées aux points 14 à 20 du présent arrêt, le chef de l'autorité de gestion a décidé d'appliquer une correction financière de 25 % à la commune de Razgrad sur les dépenses éligibles au titre des fonds ESI, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi relative à la gestion des fonds ESI, en raison de la violation de la loi sur les marchés publics. Selon le chef de l'autorité de gestion, la durée d'exécution du contrat est un élément essentiel de ce dernier. En effet, le pouvoir adjudicateur aurait prévu, dans les documents de marché, une durée maximale et une date à ne pas dépasser pour l'exécution du contrat, ces éléments constituant par ailleurs des critères d'attribution en vue de l'évaluation des offres. Dès lors, un dépassement de ces délais non objectivement justifié et accepté par le pouvoir adjudicateur sans remarques et sans pénalité de retard serait constitutif d'une modification illicite des conditions du marché public en cause.

22 La commune de Razgrad a introduit un recours contre cette décision devant l'Administrativen sad – Razgrad (tribunal administratif de Razgrad, Bulgarie). Ce dernier a considéré qu'une modification du contrat d'attribution d'un marché public ne peut être réalisée que moyennant la conclusion d'un accord écrit, ce qui n'avait pas été le cas en l'occurrence s'agissant de la dernière période de retard. Dès lors, un tel cas de figure ne serait pas constitutif d'une modification des conditions du marché, en violation de l'article 116, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, mais d'une exécution non conforme du contrat d'attribution du marché public. Quand bien même ce dernier aurait-il contenu une clause prévoyant des pénalités de retard, la question de savoir si le pouvoir adjudicateur a réclamé celles-ci à l'adjudicataire serait sans pertinence. L'Administrativen sad – Razgrad (tribunal administratif de Razgrad) a, partant, jugé que le chef de l'autorité de gestion avait considéré à tort que la situation en cause au principal était constitutive d'une modification illicite des conditions du marché, de telle sorte que sa décision en ce sens devait être annulée.

23 Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême, Bulgarie), la juridiction de renvoi, est saisi d'un pourvoi en cassation formé par le chef de l'autorité de gestion contre ce jugement.

24 Selon la juridiction de renvoi, la question de savoir si une situation telle que celle en cause au principal est constitutive d'une modification illicite des conditions du marché fait débat au sein des juridictions nationales. Selon une première approche, cette question devrait être examinée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, ce qui inclurait, outre un accord écrit, les déclarations et le comportement des parties lors de l'exécution du contrat. Selon une seconde approche, pour qu'il y ait modification du contrat, il serait nécessaire que les parties parviennent à un accord, qui soit consigné par écrit. En l'absence d'un tel accord, dans le cas où le retard dans l'exécution du marché public est imputable à l'adjudicataire, il s'agirait plutôt d'une situation d'exécution non conforme du marché.

25 La juridiction de renvoi se demande, partant, quelle est l'interprétation de l'article 72, paragraphe 1, sous e), de la directive 2014/24, lu en combinaison avec le paragraphe 4, sous a) et b), de celui-ci, qu'il convient de retenir afin de déterminer, en particulier, si une modification substantielle du contrat de marché public, au sens de ces dispositions, ne peut être constatée que s'il existe un accord écrit en ce sens entre les parties ou si elle peut également être déduite d'agissements de celles-ci.

L'affaire C-443/22

27 Le 2 janvier 2019, la commune de Balchik a lancé une procédure ouverte d'attribution d'un marché public dans le cadre de projets financés par les fonds ESI, ayant pour objet l'aménagement de la promenade côtière de cette commune. Deux offres ont été soumises, dont celle émanant de Infra Expert AD.

28 Le marché ayant été attribué à cette dernière, les parties ont signé un contrat en date du 19 avril 2019, déterminant notamment le délai d'exécution conformément à la proposition technique de l'adjudicataire, à savoir à 45 jours calendaires.

29 Pendant l'exécution du contrat, des actes suspendant le délai d'exécution sont intervenus en raison, d'une part, de mauvaises conditions météorologiques et, d'autre part, de l'interdiction, en vertu de l'article 15, paragraphe 1, de la loi sur l'aménagement du littoral de la mer Noire, d'effectuer des travaux de construction et d'installation dans les stations balnéaires nationales de la côte de la mer Noire durant la saison touristique, entre le 15 mai et le 1^{er} octobre.

30 La durée effective d'exécution du contrat a, de ce fait, été portée à 250 jours. Le pouvoir adjudicateur n'a pas réclamé de dommages-intérêts pour défaut d'exécution dans les délais.

31 S'appuyant notamment sur des motifs analogues à ceux en cause dans l'affaire C-441/22, le chef de l'autorité de gestion a appliqué, par décision du 26 octobre 2020, une correction financière de 25 % à la commune de Balchik au titre des dépenses éligibles aux fonds ESI, au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, de la loi relative à la gestion des fonds ESI, en raison de la violation de la loi sur les marchés publics. Selon le chef de l'autorité de gestion, conformément à l'article 107, paragraphe 1, de la loi sur les marchés publics, le délai d'exécution des travaux est fixé dans les documents de marché d'une manière et dans des limites qui, si elles ne sont pas respectées, entraînent l'exclusion du soumissionnaire. Compte tenu de la suspension répétée des travaux, alors qu'il s'agissait de conditions météorologiques défavorables habituelles et d'une interdiction réglementaire raisonnablement prévisible, conformément à l'article 116, paragraphe 1, point 3, de cette loi, le chef de l'autorité de gestion a considéré que le dépassement du délai d'exécution initialement convenu était constitutif, dans les faits, d'une modification substantielle du contrat de marché public, en violation de ladite loi.

32 La commune de Balchik a introduit un recours contre cette décision du chef de l'autorité de gestion devant l'Administrativen sad Dobrich (tribunal administratif de Dobrich, Bulgarie). Ce dernier a jugé, en substance, que, en vertu de l'article 20a de la loi relative aux obligations et aux contrats, les contrats entre les parties peuvent être modifiés du commun accord de celles-ci ou pour les motifs prévus par la loi. En outre, la seule forme autorisée pour que des modifications du contrat de marché public soient valides serait l'accord écrit. En l'occurrence, le contrat aurait été modifié par un accord tacite, ce qui constituerait non pas une modification de celui-ci, mais une exécution inadéquate du marché, laquelle permettrait uniquement au pouvoir adjudicateur d'imposer la pénalité convenue expressément et préalablement dans le contrat. Il ne serait pas pertinent en droit de savoir quels étaient les motifs de la suspension des travaux et s'ils étaient ou non prévisibles pour les parties.

33 Le Varhoven administrativen sad (Cour administrative suprême), la juridiction de renvoi, a été saisi d'un pourvoi en cassation formé par le chef de l'autorité de gestion contre le jugement de l'Administrativen sad Dobrich (tribunal administratif de Dobrich).

34 Outre ce qui a déjà été exposé au point 24 du présent arrêt, la juridiction de renvoi estime que la résolution du litige au principal dans l'affaire C-443/22 nécessite que soit précisée la portée des notions de « diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial », de « circonstances imprévisibles » et de « circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir », au sens de la directive 2014/24.

35 Il serait ainsi souhaitable d'interpréter l'article 72, paragraphe 1, sous c) et e), ainsi que paragraphe 4, sous a) et b), de la directive 2014/24, lu en combinaison avec son considérant 109, afin de déterminer, en particulier, d'une part, si une modification substantielle du contrat de marché public requiert un accord écrit ou si elle peut également être déduite des agissements conjoints des parties et, d'autre part, si la définition de la notion de « circonstances imprévisibles » figurant à l'article 116, paragraphe 1, points 2 et 3, de la loi sur les marchés publics constitue une transposition correcte en droit bulgare des dispositions pertinentes de la directive 2014/24.

Sur les premières et deuxième questions dans les affaires C-441/22 et C-443/22

55 Par ses premières et deuxième questions dans les affaires C-441/22 et C-443/22, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 72, paragraphe 1, sous e), et paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, aux fins de qualifier une modification d'un contrat de marché public de « substantielle », au sens de cette disposition, les parties au contrat doivent avoir signé un accord écrit ayant pour objet cette modification ou s'il suffit qu'existent d'autres éléments écrits émanant de ces parties et établissant une volonté commune de procéder à ladite modification.

56 Il convient de faire observer que, dans chacune des situations ayant donné lieu aux litiges au principal, la date effective de fin des travaux n'a pas fait l'objet d'un accord écrit signé par les parties au contrat de marché public.

57 La juridiction de renvoi s'interroge ainsi sur le point de savoir si l'absence d'accord écrit portant modification du délai d'exécution des travaux tel que fixé dans le contrat initial de marché public fait obstacle à ce que la prolongation de fait de ce délai résultant de retards dans l'exécution de ces travaux soit considérée comme constituant une modification « substantielle » du marché concerné, au sens de l'article 72, paragraphe 4, de la directive 2014/24.

58 À cet égard, il est vrai que l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2014/24 définit, d'une part, à son point 5, un « marché public » comme étant un contrat à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, à son point 18, les termes « écrit(e) » ou « par écrit » comme visant tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué, y compris les informations transmises et stockées par un moyen électronique. Par ailleurs, le considérant 58 de la directive 2014/24 énonce, en particulier, que, si les aspects essentiels d'une procédure de passation de marché tels que les documents de marché, les demandes de participation, les confirmations d'intérêt et les offres doivent toujours revêtir une forme écrite, il devrait néanmoins rester possible de communiquer oralement avec les opérateurs économiques, pour autant que le contenu de ces communications soit consigné d'une manière suffisante.

59 En revanche, l'article 72 de la directive 2014/24 ne prévoit pas, s'agissant d'une modification d'un contrat de marché en cours d'exécution, qu'une telle modification ne pourrait être qualifiée de « substantielle », au sens du paragraphe 1, sous e), et du paragraphe 4, de celui-ci, que si elle est constatée par un accord écrit portant modification du contrat, et que pareil constat ne pourrait, partant, pas être déduit d'éléments écrits établis au cours de communications entre les parties.

60 Cette interprétation de l'article 72 de la directive 2014/24 est corroborée par les objectifs poursuivis par cette disposition et le contexte dans lequel celle-ci s'inscrit.

61 En particulier, en encadrant les conditions dans lesquelles les marchés publics en cours peuvent être modifiés, l'article 72 de la directive 2014/24 vise à assurer le respect des principes de transparence des procédures et d'égalité de traitement des soumissionnaires. En effet, ces principes font obstacle à ce que, après l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire apportent aux dispositions de ce marché des modifications telles que ces dispositions présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial (voir, en ce sens, arrêts du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, point 37 et jurisprudence citée, ainsi que du 3 février 2022, Advania Sverige et Kammarkollegiet, C-461/20, EU:C:2022:72, point 19 ainsi que jurisprudence citée). Le respect de ces principes s'inscrit, à son tour, dans l'objectif plus général des règles de l'Union en matière de marchés publics consistant à assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voir, en ce sens, arrêts du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, points 31 et 32 ainsi que jurisprudence citée ; du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, point 37 et jurisprudence citée, ainsi que du 12 mai 2022, Comune di Lerici, C-719/20, EU:C:2022:372, point 42 et jurisprudence citée).

62 Or, ainsi que l'ont fait valoir, en substance, les gouvernements tchèque et estonien ainsi que la Commission européenne dans leurs observations écrites, afin de garantir l'effet utile des règles prévues à l'article 72 de la directive 2014/24 et, partant, le respect des principes que cette disposition vise à assurer, la qualification d'une modification d'un marché public en tant que « modification substantielle » de celui-ci ne saurait dépendre de l'existence d'un accord écrit signé par les parties au contrat de marché public et ayant pour objet une telle modification. En effet, une interprétation selon laquelle la constatation d'une modification substantielle serait conditionnée par l'existence d'un tel accord écrit faciliterait le contournement des règles relatives à la modification de marchés en cours, prévues à ladite disposition, en permettant aux parties au contrat de marché public de modifier, à leur gré, les conditions d'exécution de ce contrat, alors que ces conditions auraient été énoncées de manière transparente dans les documents de marchés publics et étaient censées s'appliquer de manière égale à tous les soumissionnaires potentiels afin de garantir une concurrence équitable et non faussée sur le marché.

63 S'agissant du contexte dans lequel s'inscrit l'article 72 de la directive 2014/24, le considérant 107 de cette directive indique que les modifications apportées au contrat sont considérées comme substantielles lorsqu'elles « attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles du marché ». Il s'ensuit que, comme la Cour a déjà eu l'occasion de le préciser, par principe, une modification substantielle, au sens de l'article 72 de la directive 2014/24, revêt un caractère consensuel (voir, en ce sens, arrêt du 17 juin 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, point 70).

64 Or, l'intention de renégocier les conditions du marché peut être révélée sous d'autres formes qu'un accord écrit portant expressément sur la modification concernée, une telle intention pouvant notamment être déduite d'éléments écrits établis au cours de communications entre les parties au contrat de marché public.

65 Par conséquent, il convient de répondre aux premières et deuxième questions dans les affaires C-441/22 et C-443/22 que l'article 72, paragraphe 1, sous e), et paragraphe 4, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que, aux fins de qualifier une modification d'un contrat de marché public de « substantielle », au sens de cette disposition, les parties au contrat ne doivent pas avoir signé un accord écrit ayant pour objet cette modification, une volonté commune de procéder à la modification en question pouvant également être déduite, notamment, d'autres éléments écrits émanant de ces parties.

Sur les troisième à cinquième questions dans l'affaire C-443/22

66 Par ses troisième à cinquième questions dans l'affaire C-443/22, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 72, paragraphe 1, sous c), i), de la directive 2014/24, lu à la lumière du considérant 109 de celle-ci, doit être interprété en ce sens que la diligence dont doit avoir fait preuve le pouvoir adjudicateur pour pouvoir se prévaloir de cette disposition exige notamment que celui-ci ait pris en considération, lors de la préparation du marché public concerné, les risques que font peser sur le respect du délai d'exécution de ce marché les conditions météorologiques habituelles ainsi que des interdictions réglementaires d'exécution de travaux publiées à l'avance et applicables durant une période incluse dans la période d'exécution dudit marché. Cette juridiction demande, en outre, d'une part, si les « circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir », au sens de ladite disposition, comprennent uniquement celles survenues après l'attribution du marché en question et, d'autre part, si, même dans le cas où de telles conditions météorologiques et interdictions réglementaires devaient être considérées comme prévisibles, elles constitueraient néanmoins une justification objective de l'exécution du contrat au-delà du délai fixé dans les documents qui régissent la procédure d'attribution et dans le contrat initial de marché public.

67 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, conformément à l'article 72, paragraphe 1, sous c), i), de la directive 2014/24, il est possible de modifier un marché sans nouvelle procédure de passation de marché lorsque « la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir » et que certaines autres conditions prévues à ce paragraphe 1 sont également remplies, lesquelles ne font pas l'objet des questions posées dans les présentes affaires.

68 Ainsi qu'il découle du libellé même du considérant 109 de la directive 2014/24, les circonstances imprévisibles sont des circonstances extérieures que le pouvoir adjudicateur, bien qu'ayant fait preuve d'une diligence raisonnable lors de la préparation du marché initial, ne pouvait prévoir au moment de l'attribution du marché, compte tenu des moyens à sa disposition, de la nature et des caractéristiques du projet particulier, des bonnes pratiques du secteur et de la nécessité de mettre en adéquation les ressources consacrées à la préparation de l'attribution du marché et la valeur prévisible de celui-ci.

69 Il découle ainsi de l'article 72, paragraphe 1, sous c), i), de la directive 2014/24, lu à la lumière du considérant 109 de celle-ci, que, ainsi que l'ont fait valoir, en substance, tant les gouvernements tchèque et estonien que la Commission dans leurs observations écrites, des conditions météorologiques habituelles ainsi que des interdictions réglementaires d'exécution des travaux publiées à l'avance et applicables à une période incluse dans la période d'exécution du marché ne sauraient être considérées comme des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, au sens de ces dispositions.

70 Il s'ensuit nécessairement que de telles conditions météorologiques et interdictions réglementaires ne sauraient pas non plus être considérées, à un autre titre, comme justifiant le dépassement du délai clair d'exécution des travaux fixé dans les documents qui régissent la procédure d'attribution et dans le contrat initial de ce marché.

71 En outre, lorsqu'il existe des circonstances qui sont prévisibles pour un pouvoir adjudicateur diligent, il peut se prévaloir de la possibilité, conformément à l'article 72, paragraphe 1, sous a), de la directive 2014/24, de prévoir expressément dans les documents qui régissent la procédure d'attribution et dans le contrat initial de marché public des clauses de réexamen en vertu desquelles les conditions d'exécution de ce contrat pourront être adaptées, en cas de survenance de telle ou telle circonstance spécifique, ce qui permet d'apporter des modifications qui autrement nécessiteraient une nouvelle procédure de passation de marché au titre de cet article 72. En effet, en prévoyant explicitement la faculté de modifier ces conditions et en fixant les modalités d'application de celle-ci dans lesdits documents, le pouvoir adjudicateur garantit que tous les opérateurs économiques souhaitant participer audit marché en aient connaissance dès le départ et soient ainsi sur un pied

d'égalité au moment de formuler leur offre (voir, en ce sens, arrêts du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 118, et du 7 septembre 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, points 30, 36 et 37).

72 Étant donné que des circonstances telles que celles qui ont été avancées par la commune de Balchik dans l'affaire C-443/22 afin de justifier le dépassement du délai d'exécution initialement convenu avec l'adjudicataire ne sauraient être regardées comme figurant au nombre de celles qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas raisonnablement prévoir au moment de la préparation du marché public concerné, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si la notion de « circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir », au sens de l'article 72, paragraphe 1, sous c), i), de la directive 2014/24, lu à la lumière du considérant 109 de celle-ci, vise uniquement des circonstances survenues après la conclusion du contrat.

73 Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre aux troisième à cinquième questions dans l'affaire C-443/22 que l'article 72, paragraphe 1, sous c), i), de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens que la diligence dont doit avoir fait preuve le pouvoir adjudicateur pour pouvoir se prévaloir de cette disposition exige notamment que celui-ci ait pris en considération, lors de la préparation du marché public concerné, les risques de dépassement du délai d'exécution de ce marché induits par des causes de suspension prévisibles, telles que les conditions météorologiques habituelles ainsi que les interdictions réglementaires d'exécution de travaux publiées à l'avance et applicables durant une période incluse dans la période d'exécution dudit marché, de telles conditions météorologiques et interdictions réglementaires ne pouvant justifier, lorsqu'elles n'ont pas été prévues dans les documents qui régissent la procédure d'attribution de marché public, l'exécution des travaux au-delà du délai fixé dans ces documents ainsi que dans le contrat initial de marché public.

CJUE 7 novembre 2024, ADUSBEF, aff. C-683/22

11 Le 12 octobre 2007, ASPI et l'Azienda Nazionale Autonoma delle Strade (Entreprise nationale autonome pour le réseau routier, Italie) ont conclu la « convention unique de concession d'un ensemble de tronçons autoroutiers », ces tronçons s'étendant sur plus de 2 800 kilomètres. Selon l'article 4 de cette convention, la concession prendra fin le 31 décembre 2038. Le 1^{er} octobre 2012, le ministère des Infrastructures et de la Mobilité durables a succédé à l'Entreprise nationale autonome pour le réseau routier en tant que pouvoir adjudicateur.

12 Le 14 août 2018, le pont Morandi, situé à Gênes, s'est effondré, provoquant la mort de 43 personnes. Ce pont faisait partie du viaduc du Polcevera sur l'autoroute A10, dont l'exploitation est concédée à ASPI. Le 16 août 2018, le ministère des Infrastructures et des Transports a engagé une procédure contre ASPI pour manquement grave aux obligations d'entretien et de conservation du réseau autoroutier.

13 À partir du 10 juillet 2019, plusieurs réunions ont eu lieu entre ASPI, la présidence du Conseil des ministres, le ministère de l'Économie et des Finances et le ministère des Infrastructures et de la Mobilité durables, dans le but de trouver une solution négociée aux litiges pendants relatifs à l'effondrement du pont Morandi.

14 Le 11 juillet 2020, ASPI a soumis une proposition de solution négociée dans laquelle elle s'engageait, premièrement, à payer à titre d'intervention financière compensatoire la somme de 3 400 millions d'euros, deuxièmement, à renforcer les normes de sécurité du réseau autoroutier concédé et, troisièmement, à céder, conjointement avec Mundys SpA, anciennement Atlantia SpA, sa société mère, le contrôle d'ASPI à la Cassa Depositi e Prestiti SpA et à des investisseurs jugés acceptables par cette dernière.

15 Le 14 octobre 2021, sur la base de cette proposition, ASPI et le ministère des Infrastructures et de la Mobilité durables ont conclu un accord de règlement amiable (ci-après « l'accord de règlement amiable »). Conformément à la procédure établie à l'article 43 du décret-loi n° 201 visé au point 10 du présent arrêt, cet accord a été approuvé par la décision n° 75, du 22 décembre 2021, du CIPE ainsi que par le décret n° 37, du 22 février 2022, du ministre des Infrastructures et de la Mobilité durables, pris en accord avec le ministre de l'Économie et des Finances.

16 L'accord de règlement amiable a mis un terme à la procédure engagée contre ASPI pour manquement grave aux obligations d'entretien et de conservation du réseau autoroutier, sans que soit formellement constatée l'existence d'un manquement de la part de cette dernière.

17 L'Adusbef a saisi le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie), qui est la juridiction de renvoi, d'un recours en annulation contre les deux actes mentionnés au point 15 du présent arrêt, qui ont approuvé l'accord de règlement amiable, ainsi que contre plusieurs actes connexes à cet accord.

18 Dans sa décision de renvoi, cette juridiction a souligné que le pouvoir adjudicateur n'a pas formellement procédé à un examen de la conformité, avec les dispositions de la directive 2014/23, de la modification par l'accord de règlement amiable de la concession autoroutière octroyée à ASPI.

19 Premièrement, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas formellement vérifié si la modification apportée à cette concession satisfaisait aux conditions établies à l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de cette directive. La juridiction de renvoi estime, à cet égard, qu'un manquement aux obligations d'entretien incombant au concessionnaire, susceptible d'affecter la sécurité routière, ne peut être considéré comme une circonstance imprévisible au sens de cette disposition.

20 Deuxièmement, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas non plus vérifié si la modification envisagée était susceptible d'altérer « la nature globale de la concession » au sens de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), ii), de ladite directive.

21 Troisièmement, la juridiction de renvoi souligne que, conformément à l'accord de règlement amiable, Mundys a vendu 88 % du capital d'ASPI à une société holding dont la Cassa Depositi e Prestiti Equity est l'actionnaire majoritaire à hauteur de 51 % et dans laquelle deux fonds étrangers, Macquarie et Blackstone, détiennent chacun 24,5 %. Cependant, le pouvoir adjudicateur n'aurait pas formellement examiné si cette modification de la composition de l'actionnariat d'ASPI nécessitait l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution de concession, notamment au regard de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/23.

22 Quatrièmement, cette juridiction se demande, à la lumière de l'article 38, paragraphe 7, sous f), et de l'article 38, paragraphe 9, de la directive 2014/23, si l'accord de règlement amiable, qui a conduit à la poursuite de la concession autoroutière en cause dans le litige au principal, aurait dû être précédé d'une évaluation formelle de la fiabilité d'ASPI, suite à l'effondrement du pont Morandi. À cet égard, ladite juridiction note que la reconstruction du pont Morandi a été confiée non pas à ASPI, pourtant titulaire de cette concession incluant l'exploitation de ce pont, mais à des entreprises tierces.

23 Cinquièmement, dans l'hypothèse où une nouvelle procédure d'attribution de concession aurait dû être organisée et/ou le pouvoir adjudicateur aurait dû évaluer la fiabilité du concessionnaire préalablement à la conclusion de l'accord de règlement amiable, la juridiction de renvoi demande à la Cour de se prononcer sur l'interprétation de l'article 44 de la directive 2014/23, qui régit la résiliation des concessions par le pouvoir adjudicateur. En particulier, cette juridiction se demande si cette disposition exige la résiliation d'une concession en cours lorsqu'une modification a été apportée en violation des dispositions de cette directive.

24 Dans ces conditions, le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes (...)

Sur la première question

48 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2014/23 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur peut procéder à la modification d'une concession en cours, concernant la personne du

concessionnaire et l'objet de cette concession, sans organiser de nouvelle procédure d'attribution de concession et sans avoir exposé les motifs pour lesquels il a considéré qu'il n'était pas tenu d'organiser une telle procédure.

49 Il y a lieu de relever que la modification de contrats de concession en cours est régie par l'article 43 de la directive 2014/23.

50 Partant, c'est à la lumière des dispositions de cet article qu'il y a lieu de répondre à la première question.

51 La Cour a déjà eu l'opportunité de préciser que ledit article a procédé à une harmonisation exhaustive des hypothèses dans lesquelles, d'une part, les concessions peuvent être modifiées sans pour autant que l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution de concession conforme aux règles établies par ladite directive soit nécessaire à cet effet et de celles dans lesquelles, d'autre part, une telle procédure d'attribution est requise en cas de modification des conditions de la concession (arrêt du 2 septembre 2021, [Sisal e.a.](#), C-721/19 et C-722/19, EU:C:2021:672, point 31).

52 En vertu de l'article 43, paragraphe 5, de la directive 2014/23, toute modification des dispositions d'une concession en cours exige, en principe, l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution, à l'exception des modifications visées aux paragraphes 1 et 2 de cet article.

53 Il résulte de ce qui précède que l'article 43, paragraphes 1 et 2, de cette directive énumère de manière exhaustive les situations dans lesquelles une concession en cours peut être modifiée sans organiser de nouvelle procédure d'attribution.

54 En l'occurrence, il est constant que, à la suite de l'effondrement du pont Morandi le 14 août 2018, la concession autoroutière octroyée à ASPI a été modifiée le 14 octobre 2021 par l'accord de règlement amiable sans qu'une nouvelle procédure d'attribution de concession ait été organisée.

55 Il importe de rappeler, à cet égard, que, dans le cadre de la procédure visée à l'article 267 TFUE, fondée sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, le juge national est seul compétent pour constater et apprécier les faits du litige au principal ainsi que pour interpréter et appliquer le droit national (arrêt du 24 juillet 2023, [Lin](#), C-107/23 PPU, EU:C:2023:606, point 76).

56 Par conséquent, il appartient non pas à la Cour, mais au seul juge national d'apprécier, à la lumière de toutes les circonstances pertinentes, si chacune des modifications apportées par l'accord de règlement amiable à la concession autoroutière détenue par ASPI relève de l'un des cas de figure visés à l'article 43, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23. Le cas échéant, il en résulterait que lesdites modifications pouvaient être apportées sans organiser de nouvelle procédure d'attribution de concession.

57 En revanche, si le juge national devait constater qu'une ou plusieurs de ces modifications ne relèvent d'aucun cas de figure envisagé à l'article 43, paragraphes 1 et 2, de cette directive, il faudrait en déduire que la ou les modifications concernées ont été réalisées en violation de l'obligation, établie à l'article 43, paragraphe 5, de ladite directive, d'organiser une nouvelle procédure d'attribution de concession.

58 En l'occurrence, la juridiction de renvoi ainsi que les parties ayant soumis des observations à la Cour ont évoqué la possibilité que les modifications apportées par l'accord de règlement amiable relèvent des dispositions de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous c) à e), de la directive 2014/23. Il importe, à cet égard, de fournir à la juridiction de renvoi les éléments d'interprétation du droit de l'Union pertinents pour la résolution du litige au principal.

59 Tout d'abord, en vertu de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de cette directive, une concession en cours peut être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution à condition, notamment,

que la modification soit rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir et qu'elle ne change pas la nature globale de la concession.

60 La juridiction de renvoi s'interroge sur l'applicabilité de cette disposition dans des circonstances où la modification apportée à la concession en cours est rendue nécessaire par un manquement contractuel de la part du concessionnaire, qui consisterait, en l'occurrence, en un manquement grave aux obligations d'entretien du réseau autoroutier dont l'exploitation a été concédée à ASPI.

61 Il appartient au seul juge national d'apprécier l'existence d'un tel manquement contractuel de la part du concessionnaire dans les circonstances du litige au principal ainsi que, le cas échéant, celle d'un rapport de causalité entre ce manquement et la modification apportée à la concession en cours.

62 Cela étant, d'une part, il ressort du considérant 75 de la directive 2014/23 que les contrats de concession font généralement intervenir des mécanismes techniques et financiers complexes et de long terme qui sont souvent soumis à un contexte évolutif, de sorte que le législateur de l'Union a estimé nécessaire de clarifier les conditions dans lesquelles des modifications apportées à une concession en cours d'exploitation exigent l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution de concession, en tenant compte de la jurisprudence de la Cour en la matière.

63 D'autre part, il résulte du considérant 76 de la directive 2014/23 que l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de cette directive a pour objet de conférer aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices une certaine marge de manœuvre pour pouvoir adapter la concession à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient pas prévoir au moment de l'attribution de celle-ci.

64 Or, un manquement contractuel de la part du concessionnaire ne saurait, en soi, être considéré comme une circonstance qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, au sens de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de la directive 2014/23. Par conséquent, compte tenu de la finalité de cette disposition, telle qu'elle résulte du considérant 76 de cette directive, un manquement du concessionnaire à ses obligations contractuelles n'est pas susceptible de justifier la modification d'une concession en cours sans ouverture à la concurrence.

65 En ce qui concerne, ensuite, l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/23, cette disposition établit les conditions dans lesquelles un nouveau concessionnaire peut remplacer le concessionnaire initial sans qu'il soit besoin d'organiser une nouvelle procédure d'attribution.

66 La juridiction de renvoi s'interroge sur l'applicabilité de cette disposition dans les circonstances du litige au principal, étant donné que l'accord de règlement amiable a entraîné une modification de la composition de l'actionnariat du concessionnaire, à savoir ASPI, décrite au point 21 du présent arrêt, et ayant entraîné un changement durable dans le contrôle d'ASPI.

67 À cet égard, il n'apparaît pas qu'une modification de la composition de l'actionnariat du concessionnaire puisse, en tant que telle, être considérée comme une modification de la concession elle-même, au sens de l'article 43, paragraphe 5, de la directive 2014/23.

68 De manière plus spécifique, les cessions de parts du capital social du concessionnaire, que ce soit au bénéfice de nouveaux actionnaires ou d'actionnaires existants, entraînent non pas le remplacement du concessionnaire initial par un nouveau concessionnaire, cas de figure envisagé à l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous d), de cette directive, mais seulement des modifications dans la composition ou dans la répartition du capital social de ce concessionnaire.

69 Dans la mesure où les modifications affectant le capital social du concessionnaire ne modifient pas la concession au sens de l'article 43, paragraphe 5, de la directive 2014/23, elles n'exigent pas l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution.

70 Enfin, il résulte de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous e), de la directive 2014/23, lu en combinaison avec l'article 43, paragraphe 4, de cette directive, que les modifications qui ne sont pas « substantielles » ne doivent pas faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution. Une modification est considérée comme « substantielle » lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement. Le considérant 75 de cette directive précise, à cet égard, que de telles modifications attestent l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles de la concession.

71 Conformément à la jurisprudence constante rappelée au point 55 du présent arrêt, il appartient au seul juge national d'apprécier si les modifications apportées par l'accord de règlement amiable, dont la teneur a été résumée au point 14 du présent arrêt, revêtent un caractère « substantiel » au sens des dispositions susmentionnées.

72 Il convient de préciser, à cet égard, que les nouvelles obligations imposées au concessionnaire, telles que le paiement d'une compensation financière ou le renforcement des normes de sécurité du réseau autoroutier concédé, échappent à la présomption établie à l'article 43, paragraphe 4, sous b), de cette directive, en vertu de laquelle doivent toujours être considérées comme substantielles les modifications qui altèrent l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire.

73 Il ressort des explications fournies par la juridiction de renvoi que celle-ci s'interroge également sur les exigences formelles auxquelles le pouvoir adjudicateur doit se conformer en cas de modification apportée à une concession en cours, à l'image des modifications prévues dans l'accord de règlement amiable qui font l'objet du litige au principal. Il convient, à cet égard, de distinguer deux cas de figure selon que les modifications en question doivent ou non faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution en application de l'article 43 de la directive 2014/23, ce qu'il appartient à cette juridiction de déterminer.

74 Lorsque la modification envisagée ne relève pas de l'une des situations visées à l'article 43, paragraphes 1 et 2, de cette directive, de sorte que cette modification doit faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution, toutes les exigences formelles établies au titre II de ladite directive doivent être satisfaites, en particulier la publication d'un avis de concession conformément à l'article 31 de la même directive.

75 Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque la modification d'une concession en cours n'exige pas l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution, les exigences formelles établies au titre II de ladite directive ne sont pas applicables.

76 Dans cette hypothèse, l'article 43, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2014/23 prévoit cependant, dans certains cas, la publication d'un avis de modification au *Journal officiel de l'Union européenne* conformément à l'article 33 de cette directive, cet avis devant contenir les informations prévues à l'annexe XI de ladite directive.

77 Conformément à l'article 43, paragraphe 1, second alinéa, de la directive 2014/23, cette obligation de publier un avis de modification concerne non pas toutes les modifications pouvant être réalisées sans organiser de nouvelle procédure d'attribution, mais uniquement celles visées à l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous b) et c), de cette directive.

78 En outre, cet avis de modification doit être publié postérieurement à la modification envisagée, et non préalablement à celle-ci. En effet, le libellé de l'article 43, paragraphe 1, second alinéa, de ladite directive vise de manière univoque les pouvoirs adjudicateurs « qui ont modifié » une concession en cours.

79 Cela étant précisé, il y a encore lieu de rappeler que, conformément à une jurisprudence bien établie, le pouvoir adjudicateur doit se conformer au principe général du droit de l'Union relatif à une bonne administration, ce principe devant être respecté par les États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Parmi les exigences découlant dudit principe, l'obligation de motivation des décisions adoptées par les autorités nationales revêt une importance particulière, en ce qu'elle permet aux destinataires de ces

décisions de défendre leurs droits et de décider en pleine connaissance de cause s'il y a lieu d'introduire un recours juridictionnel contre celles-ci (arrêt du 21 décembre 2023, [Infraestruturas de Portugal et Futrifer Indústrias Ferroviárias](#), C-66/22, EU:C:2023:1016, point 87).

80 Cette obligation de motivation, qui incombe aux pouvoirs adjudicateurs, découle également de leur obligation de garantir la transparence tant de la procédure d'attribution que de l'exécution du contrat de concession, conformément à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2014/23.

81 Dans le contexte des dispositions de l'article 43, paragraphes 1 et 2, de cette directive, cette obligation de motivation doit permettre, en particulier, aux personnes autres que le concessionnaire de prendre connaissance des motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur a estimé que la concession en cours pouvait être modifiée sans organiser de nouvelle procédure d'attribution.

82 En pratique, cette motivation doit permettre à tout intéressé d'identifier, sans difficulté, les motifs pour lesquels le pouvoir adjudicateur a considéré qu'il n'était pas tenu d'organiser une nouvelle procédure d'attribution de concession en application des dispositions pertinentes de l'article 43, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23 et/ou des mesures nationales ayant transposé ces dispositions.

83 En effet, en l'absence d'une telle motivation, les personnes susceptibles d'avoir un intérêt à agir contre une telle décision, notamment celles potentiellement lésées par celle-ci, ne seraient pas en mesure d'apprécier, en pleine connaissance de cause, l'opportunité d'introduire un recours contre ladite décision.

84 Dans les circonstances du litige au principal, il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer si les décisions ayant acté la modification de la concession autoroutière octroyée à ASPI ont satisfait à cette obligation de motivation.

85 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la première question que l'article 43 de la directive 2014/23, lu en combinaison avec le principe général de bonne administration, doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur peut procéder à la modification d'une concession en cours, concernant la personne du concessionnaire et l'objet de cette concession, sans organiser de nouvelle procédure d'attribution de concession, pour autant que cette modification ne relève pas de l'article 43, paragraphe 5, de cette directive et que le pouvoir adjudicateur ait exposé les motifs pour lesquels il a considéré qu'il n'était pas tenu d'organiser une telle procédure.

Sur la deuxième question

86 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2014/23 doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur peut procéder à la modification d'une concession en cours sans avoir évalué la fiabilité du concessionnaire dans des circonstances où ce dernier a commis ou est suspecté d'avoir commis un manquement contractuel grave.

87 À titre liminaire, en ce qui concerne les déclarations d'ASPI, de Mundys et du gouvernement italien selon lesquelles aucun manquement contractuel du concessionnaire n'a été officiellement constaté en l'occurrence, il importe de rappeler que le juge national est seul compétent pour constater et apprécier les faits du litige au principal.

88 La deuxième question posée par la juridiction de renvoi vise explicitement l'évaluation de la fiabilité « d'un concessionnaire qui a commis un manquement contractuel grave ». Partant, la Cour examinera cette question en se fondant sur cette prémisse factuelle.

89 Conformément à ce qui a été précisé au point 73 du présent arrêt, il y a lieu de distinguer deux cas de figure selon que les modifications apportées à la concession en cours doivent, ou non, faire l'objet

d'une nouvelle procédure d'attribution en application de l'article 43 de la directive 2014/23, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer.

90 En premier lieu, si la modification envisagée ne relève pas de l'une des situations visées à l'article 43, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23, de sorte que cette modification doit faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution conformément à l'article 43, paragraphe 5, de cette directive, toutes les exigences établies au titre II de la même directive doivent être satisfaites.

91 Parmi ces exigences figurent, notamment, celles relatives à la sélection et à l'évaluation qualitative du candidat, énumérées à l'article 38 de la directive 2014/23.

92 En vertu de l'article 38, paragraphe 1, de cette directive, les conditions de participation, qui visent notamment les capacités professionnelles et techniques, doivent être liées et proportionnées à la nécessité de garantir la capacité du concessionnaire à exploiter la concession, compte tenu de l'objet de la concession et de l'objectif d'assurer une concurrence effective.

93 À l'instar de l'article 57, paragraphe 4, premier alinéa, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, sur la passation des **marchés publics** et abrogeant la directive 2004/18/CE (JO 2014, L 94, p. 65), dont les dispositions correspondent en substance à celles de l'article 38, paragraphe 7, de la directive 2014/23, la faculté, voire l'obligation, pour le pouvoir adjudicateur d'appliquer les motifs d'exclusion énoncés à cette dernière disposition est tout particulièrement destinée à lui permettre d'apprécier l'intégrité et la fiabilité de chaque opérateur économique qui participe à une procédure d'attribution de concession (voir, par analogie, arrêt du 21 décembre 2023, [Infraestruturas de Portugal et Futrifer Indústrias Ferroviárias](#), C-66/22, EU:C:2023:1016, point 56).

94 Le législateur de l'Union a ainsi entendu s'assurer que les pouvoirs adjudicateurs disposent, dans tous les États membres, de la possibilité d'exclure les opérateurs économiques qu'ils jugeraient non fiables (voir, par analogie, arrêt du 21 décembre 2023, [Infraestruturas de Portugal et Futrifer Indústrias Ferroviárias](#), C-66/22, EU:C:2023:1016, point 57).

95 En particulier, l'article 38, paragraphe 7, sous c), de la directive 2014/23 prévoit que les pouvoirs adjudicateurs peuvent exclure ou être obligés par les États membres d'exclure un opérateur économique lorsqu'il est démontré par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave remettant en cause son intégrité. La Cour a déjà eu l'opportunité de préciser que la notion de « faute professionnelle », qui couvre tout comportement fautif ayant une incidence sur la crédibilité, l'intégrité ou la fiabilité professionnelle de l'opérateur économique en cause, doit faire l'objet d'une interprétation large (voir, par analogie, arrêt du 15 septembre 2022, [J. Sch. Omnibusunternehmen et K. Reisen](#), C-416/21, EU:C:2022:689, point 45).

96 Par ailleurs, si l'article 38, paragraphe 7, de cette directive énumère de manière exhaustive les motifs d'exclusion facultatifs susceptibles de justifier l'exclusion d'un opérateur économique de la participation à une procédure d'attribution de concession pour des raisons fondées sur des éléments objectifs relatifs à ses qualités professionnelles (voir, par analogie, arrêt du 15 septembre 2022, [J. Sch. Omnibusunternehmen et K. Reisen](#), C-416/21, EU:C:2022:689, point 54), rien n'empêche le pouvoir adjudicateur d'imposer des exigences particulièrement élevées concernant l'aptitude et la fiabilité des concessionnaires (voir, par analogie, arrêt du 7 septembre 2023, [Commission/Pologne](#), C-601/21, EU:C:2023:629, point 92).

97 Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur est tenu, préalablement à la modification d'une concession nécessitant l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution en vertu de l'article 43, paragraphe 5, de ladite directive, d'examiner la fiabilité des candidats conformément aux dispositions de l'article 38 de la même directive.

98 En second lieu, dans l'hypothèse où la modification ne doit pas faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution, au motif qu'elle relève de l'un des cas prévus à l'article 43, paragraphes 1 et 2, de

la directive 2014/23, force est de constater que la seule disposition établissant une obligation, dans le chef du pouvoir adjudicateur, de vérifier la fiabilité du concessionnaire se trouve à l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous d), ii), de cette directive.

99 Aux termes de cette dernière disposition, lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace le concessionnaire initial consécutivement à une succession universelle ou partielle dans la position du concessionnaire initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, le nouveau concessionnaire doit remplir les critères de sélection qualitatifs établis initialement.

100 Cependant, pour les motifs indiqués aux points 65 à 69 du présent arrêt, et sous réserve des vérifications d'ordre factuel qu'il incombe à la juridiction de renvoi d'effectuer, il n'apparaît pas que l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous d), de la directive 2014/23 soit applicable dans des circonstances telles que celles du litige au principal, lesquelles se caractérisent par une modification de la composition de l'actionnariat du concessionnaire, à savoir ASPI.

101 Aucune autre disposition de l'article 43 de cette directive, lequel régit de manière exhaustive les situations dans lesquelles une concession peut être modifiée sans organiser de nouvelle procédure d'attribution, ne prévoit d'obligation, à la charge du pouvoir adjudicateur, de vérifier la fiabilité du concessionnaire.

102 Par ailleurs, si l'article 44 de la directive 2014/23 oblige les États membres à prévoir la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de résilier la concession en cours dans trois cas de figure, notamment, en vertu du point a) de cet article, lorsque la modification de la concession aurait dû faire l'objet d'une nouvelle procédure d'attribution, cet article, pas plus qu'aucune autre disposition de cette directive, n'identifie les obligations que les États membres devraient prévoir, à la charge du pouvoir adjudicateur, en cas de manquement du concessionnaire aux obligations que lui impose le contrat de concession.

103 En l'absence d'harmonisation au niveau de l'Union, il appartient à chaque État membre de déterminer les règles permettant au pouvoir adjudicateur de réagir lorsque le concessionnaire a commis ou est suspecté d'avoir commis un manquement contractuel grave, remettant en cause sa fiabilité, en cours d'exécution de la concession.

104 Eu égard aux considérations qui précèdent, il y a lieu de répondre à la deuxième question que l'article 43 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une réglementation nationale en vertu de laquelle le pouvoir adjudicateur peut procéder à la modification d'une concession en cours sans avoir évalué la fiabilité du concessionnaire, lorsque cette modification ne relève ni de l'article 43, paragraphe 1, premier alinéa, sous d), ii), ni de l'article 43, paragraphe 5, de cette directive. Il appartient à chaque État membre de déterminer les règles permettant au pouvoir adjudicateur de réagir lorsque le concessionnaire a commis ou est suspecté d'avoir commis un manquement contractuel grave, remettant en cause sa fiabilité, en cours d'exécution de la concession.

CJUE 20 mars 2025, aff. C-728/22 à C-730/22

- 23 Les recours au principal sont portés par deux groupements professionnels d'entreprises qui gèrent des activités de jeu de bingo ainsi que par des entreprises de ce secteur d'activité.
- 24 Devant faire face à des difficultés financières, dues tant aux effets de la pandémie de COVID-19 qu'à l'application de la réglementation nationale ayant en substance introduit le caractère onéreux des concessions, les requérantes au principal ont présenté à l'ADM des demandes tendant, notamment, à la suspension immédiate de la redevance mensuelle due au titre du régime de prorogation technique, telle que cette redevance a été fixée, quant à son montant, par la loi n° 205/2017, jusqu'au

rétablissement de l'équilibre économique et financier de ces concessions prévalant avant cette pandémie, et, pour certaines, ainsi qu'à titre subsidiaire, à la modification de cette redevance de façon à tenir compte de la capacité contributive réelle de chaque concessionnaire.

- 25 Les 9 juillet et 18 novembre 2020, respectivement dans l'affaire C-729/22 et dans l'affaire C-728/22, l'ADM a rejeté ces demandes, au motif notamment qu'elle ne pouvait pas modifier, par l'intermédiaire d'une mesure administrative, le montant de cette redevance, dès lors que cette dernière était fixée par la législation nationale.
- 26 Les requérantes au principal ont introduit des recours devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium, Italie) contre le rejet desdites demandes. Ces recours ont été rejetés comme étant non fondés compte tenu de l'arrêt n° 49/2021 de la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle, Italie) ayant écarté des doutes analogues à ceux nourris dans les présentes affaires au sujet de la conformité à la Costituzione della Repubblica Italiana (Constitution de la République italienne) de la réglementation nationale en cause au principal.
- 27 Les requérantes au principal ont interjeté appel de ces deux jugements devant le Consiglio di Stato (Conseil d'État, Italie), qui est la juridiction de renvoi, en faisant valoir, notamment, que le fait que la redevance mensuelle due au titre du régime de prorogation technique soit prévue par la législation nationale ne saurait justifier que l'ADM soit privée de tout pouvoir d'appréciation afin d'adopter des actes administratifs visant à rééquilibrer les conditions économique-financières d'exploitation des concessions, lorsque ces conditions sont affectées par des événements imprévisibles. À défaut, les relations juridiques découlant des concessions pour l'exercice des activités de collecte et de gestion des papiers seraient injustement traitées de manière moins favorables que celles organisées au moyen exclusivement d'un contrat. En outre, l'impossibilité de renégocier l'équilibre économique d'une concession serait contraire au droit de l'Union car, bien que l'attribution d'une concession entraîne par nature un transfert du risque d'exploitation au concessionnaire, il n'en demeurerait pas moins que, en cas de conditions d'exploitation exceptionnelles, ce droit imposerait que la relation de concession puisse être modifiée en cours d'exécution.
- 28 La juridiction de renvoi souligne, tout d'abord, que les requérantes au principal ont présenté des éléments de preuve permettant d'établir que les conditions d'exploitation des concessions, en particulier la soutenabilité des coûts d'exploitation de celles-ci, ont été sérieusement compromises par des événements imprévus et imprévisibles, notamment à la suite de la pandémie de COVID-19, tandis que la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) aurait statué, dans son arrêt n° 49/2021, sur des situations antérieures à la crise sanitaire issue de cette pandémie.
- 29 Ensuite, la juridiction de renvoi exprime des doutes quant à la compatibilité avec le droit de l'Union, d'une part, du recours à la législation nationale pour modifier certains éléments des contrats de concession, lorsque le recours à un tel instrument prive l'ADM de tout pouvoir de modifier les concessions concernées en cas de survenance d'événements imprévus, imprévisibles et extérieurs aux parties, qui affectent de manière significative les conditions normales du risque d'exploitation de celles-ci, et, d'autre part, des différentes législations ainsi adoptées afin de modifier ces concessions lorsque celles-ci prévoient la prorogation desdites concessions tout en subordonnant cette prorogation, ainsi que la possibilité de participer au futur appel d'offres, au paiement d'une redevance mensuelle, et qu'elles sont ainsi susceptibles d'altérer l'équilibre global de chaque concession.
- 30 Enfin, la juridiction de renvoi fait valoir que, même à supposer que l'introduction du régime de prorogation technique soit justifiée par la nécessité d'aligner les dates d'expiration des concessions en cause au principal afin de lancer de nouvelles procédures d'attribution, un tel régime apparaît contraire aux articles 49 et 56 TFUE, dès lors qu'il soulève des doutes quant à sa réelle nécessité, à son caractère adéquat et à sa proportionnalité par rapport à cet objectif.
- 31 Dans ces conditions, dans l'affaire C-728/22, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes (...)

L'affaire C-730/22

- 33 Dans l'affaire C-730/22, Coral, une société qui exploite des salles de jeu de bingo en vertu d'une concession, a introduit un recours devant le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium), contre une mesure adoptée au cours de l'année 2018 par l'ADM, en application de la loi n° 205/2017, ayant fixé, dans l'attente de la réattribution des concessions, la redevance mensuelle due par les concessionnaires au titre du régime de prorogation technique à un montant de 7 500 euros.
- 34 Au soutien de ce recours, cette société a fait valoir que l'augmentation de cette redevance était déraisonnable et injustifiée, compte tenu du fait que, alors que la concession qu'elle s'était vu attribuer était initialement gratuite, ladite redevance avait été introduite unilatéralement par le législateur italien et augmentée de manière continue. Elle a dénoncé également un recours abusif au régime de prorogation technique depuis l'année 2013, lequel violerait notamment les principes de libre concurrence et de non-discrimination et restreindrait la liberté d'initiative économique privée.
- 35 Le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) a soulevé devant la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) des questions relatives à la compatibilité avec la Constitution de la République italienne de la réglementation nationale en cause au principal.
- 36 Dans son arrêt n° 49/2021, la Corte costituzionale (Cour constitutionnelle) a conclu à la conformité de cette réglementation nationale à la Constitution de la République italienne ainsi qu'aux articles 16, 20 et 21 de la Charte.
- 37 Au vu de cet arrêt, le Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) a rejeté ledit recours dans son intégralité.
- 38 Coral a alors interjeté appel du jugement du Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (tribunal administratif régional pour le Latium) devant la juridiction de renvoi au motif, notamment, que le régime de prorogation technique entraînait des modifications excessives pour les concessions en cours, excédant les limites autorisées notamment à l'article 43 de la directive 2014/23.
- 39 En défense, l'ADM fait valoir, notamment, que le régime de prorogation technique a pour but de permettre aux concessionnaires existants, qui sont tous soumis aux mêmes conditions dans le cadre de la prorogation technique, de participer à une nouvelle procédure d'adjudication, comme l'exige le droit de l'Union.
- 40 Dans ce contexte, la juridiction de renvoi indique avoir des doutes quant à la compatibilité avec la directive 2014/23 du régime de prorogation technique, subordonnant cette prorogation, ainsi que la possibilité de participer à un futur appel d'offres, au paiement d'une redevance mensuelle, sans évaluation concrète des conditions économiques de chaque concession et en altérant potentiellement l'équilibre global de chacune d'elles.
- 41 À cet égard, cette juridiction fait valoir que, bien que la notion même de concession présuppose l'existence d'un risque opérationnel, le législateur italien a, en l'occurrence, modifié de manière significative la structure même des coûts d'exploitation du secteur du bingo, en introduisant un mécanisme de redevance mensuelle. En outre, cette modification n'aurait pas eu lieu sur la base d'un événement imprévisible et indépendant de la volonté des parties, mais procéderait de la décision unilatérale de ce législateur.
- 42 La juridiction de renvoi souligne que, dans l'hypothèse où la Cour considérerait que la directive 2014/23 n'est pas applicable à l'affaire C-730/22, elle a également des doutes quant à la compatibilité de la réglementation nationale en cause au principal avec les articles 49 et 56 TFUE ainsi qu'avec certains principes généraux du droit de l'Union. En effet, même à supposer que l'introduction

du régime de prorogation technique soit justifiée par la nécessité d'aligner les dates d'expiration des concessions en cours aux fins des nouvelles attributions, après l'expiration de celles-ci, par des procédures de mise en concurrence ouvertes, un tel régime apparaît contraire aux articles 49 et 56 TFUE dès lors qu'il introduit des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services qui soulèvent des doutes quant à leur réelle nécessité, leur caractère adéquat et leur proportionnalité par rapport à l'objectif poursuivi.

- 43 Dans ces conditions, le Consiglio di Stato (Conseil d'État) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« La [directive 2014/23], dans l'hypothèse où elle serait jugée applicable, et, en tout état de cause, les principes généraux découlant des articles 26, 49, 56 et 63 TFUE, tels qu'interprétés et appliqués par la jurisprudence de la Cour, en particulier les principes de non-discrimination, de proportionnalité, de protection de la concurrence et de la libre circulation des services et des capitaux, s'opposent-ils à l'application de dispositions nationales en vertu desquelles le législateur national ou l'administration publique peuvent, pendant la prorogation dite "technique", renouvelée à plusieurs reprises au cours de la dernière décennie dans le secteur des concessions de jeux, influencer unilatéralement sur des relations en cours en introduisant une obligation de payer des redevances de concession qui n'étaient pas dues initialement, puis en augmentant à plusieurs reprises ces redevances, qui sont toujours fixées forfaitairement pour tous les concessionnaires indépendamment de leur chiffre d'affaires, tout en imposant des contraintes supplémentaires à l'activité des concessionnaires, telles que l'interdiction du transfert des locaux, et en subordonnant la participation à la future procédure de réattribution des concessions à l'adhésion des opérateurs à ladite prorogation ? » (...)

Sur les questions préjudicielles

Sur les premières questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22

- 51 La Commission soutient que les premières questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22 sont, pour partie, irrecevables, dans la mesure où elles portent sur l'interprétation de dispositions, telles que les articles 8, 12, 145 et 151 TFUE, pour lesquelles la juridiction de renvoi n'a pas fourni d'explications de nature à permettre à la Cour et aux éventuelles parties intervenantes de comprendre en quoi ces dispositions sont pertinentes pour la solution des litiges au principal.
- 52 À cet égard, il convient de rappeler que, selon une jurisprudence constante, dans le cadre de la coopération entre la Cour et les juridictions nationales, la nécessité de parvenir à une interprétation du droit de l'Union qui soit utile pour le juge national exige que celui-ci respecte scrupuleusement les exigences concernant le contenu d'une demande de décision préjudicielle et figurant de manière explicite à l'article 94 du règlement de procédure de la Cour, dont la juridiction de renvoi est censée avoir connaissance (arrêt du 19 avril 2018, [Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi](#), C-152/17, EU:C:2018:264, point 21).
- 53 Ainsi, il est notamment indispensable, comme l'énonce l'article 94, sous c), du règlement de procédure, que la décision de renvoi contienne l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal (arrêt du 19 avril 2018, [Consorzio Italian Management et Catania Multiservizi](#), C-152/17, EU:C:2018:264, point 22).
- 54 Or, dans l'affaire C-728/22, si la juridiction de renvoi sollicite de la Cour l'interprétation de l'article 3 TUE, des articles 8, 12, 26, 145 et 151 TFUE ainsi que des articles 15, 16, 20 et 21 de la Charte, celle-ci ne fournit aucune explication concrète quant à la pertinence, pour la première question dans cette affaire, de ces articles. Il s'ensuit que la première question dans l'affaire C-728/22 est irrecevable pour autant qu'elle porte sur l'interprétation desdits articles.

- 55 En revanche, eu égard aux explications concrètes figurant dans la demande de décision préjudicielle dans l'affaire C-728/22, la première question dans cette affaire doit être considérée comme étant recevable pour autant qu'elle porte sur l'interprétation de la directive 2014/23 ainsi que sur celle des articles 49 et 56 TFUE.
- 56 En ce qui concerne l'affaire C-729/22, la première question posée est rédigée différemment de celle dans l'affaire C-728/22, car portant uniquement sur l'interprétation des dispositions de la directive 2014/23 et sur celle des articles 49 et 56 TFUE. Or, la demande de décision préjudicielle dans cette affaire comporte suffisamment d'explications au sujet des raisons ayant conduit la juridiction de renvoi à interroger la Cour au sujet de l'interprétation de ces dispositions et articles si bien que cette question doit être considérée comme étant entièrement recevable.
- 57 Par ailleurs, étant donné que, ainsi qu'il est souligné au point 49 du présent arrêt, la juridiction de renvoi part de la prémisse que les droits d'exploiter ayant été confiés aux requérantes au principal dans les affaires C-728/22 et C-729/22 satisfont aux conditions matérielles pour être qualifiés de concessions de services, au sens de l'article 5, paragraphe 1, sous b), de la directive 2014/23, il y a lieu d'en déduire, comme l'a relevé M^{me} l'avocate générale aux points 43 et 44 de ses conclusions, que ces questions portent plus précisément sur le champ d'application temporel de cette directive.
- 58 Par conséquent, il convient de comprendre que, par les premières questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 2014/23 ainsi que les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils sont applicables *ratione temporis* à des contrats de concession, au sens de l'article 5, paragraphe 1, sous b), de celle-ci, qui ont été attribués avant l'entrée en vigueur de cette directive, mais qui ont été prorogés par des dispositions législatives ayant, en contrepartie, introduit à la charge des concessionnaires concernés, premièrement, une obligation de payer une redevance mensuelle, dont le montant a été augmenté par la suite, deuxièmement, une interdiction de transfert de leurs locaux et, troisièmement, une obligation d'accepter ces prorogations afin d'être autorisés à participer à toute procédure de réattribution de ces concessions à l'avenir.
- 59 À cet égard, il convient de rappeler que, en cas de modification d'un contrat de concession, la législation de l'Union applicable à cette modification est celle en vigueur à la date de cette dernière, la circonstance que la date de conclusion du contrat de concession initial est antérieure à l'entrée en vigueur des règles de l'Union régissant la matière n'emportant pas de conséquences à cet égard (voir, en ce sens, arrêts du 18 septembre 2019, *Commission/Italie*, C-526/17, EU:C:2019:756, point 60, ainsi que du 2 septembre 2021, *Sisal e.a.*, C-721/19 et C-722/19, EU:C:2021:672, point 28). Sont, en revanche, inapplicables les dispositions d'une directive qui prévoient un délai de transposition qui a expiré après cette date, à moins que cette directive n'ait déjà été transposée dans le droit national à la date de publication de la modification de la concession (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2018, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, C-375/17, EU:C:2018:1026, points 34 et 35).
- 60 Dès lors que l'article 51, paragraphe 1, de la directive 2014/23 prévoit que celle-ci doit être transposée au plus tard le 18 avril 2016, cette directive doit être considérée comme étant applicable à toute modification d'un contrat de concession opérée postérieurement à cette date.
- 61 En l'occurrence, ainsi qu'il est relevé au point 24 du présent arrêt, les demandes présentées par les requérantes au principal dans les affaires C-728/22 et C-729/22 à l'ADM visent les modifications introduites par la loi n° 205/2017. Or, ces modifications ont consisté, selon les informations fournies à la Cour, à renouveler le régime de prorogation technique et à l'étendre également aux concessions expirant pendant les années 2017 et 2018, tout en augmentant le montant de la redevance mensuelle due au titre de ce régime.
- 62 Par conséquent, si les obligations pesant sur les concessionnaires concernés au titre de la loi n° 205/2017 figuraient également dans les prorogations techniques adoptées antérieurement, il n'en demeure pas moins que la modification des contrats de concession opérée par cette loi a eu pour effet

de proroger l'ensemble de ces obligations et, plus généralement, le régime de prorogation technique auquel les concessionnaires sont à présent soumis.

- 63 Or, de telles modifications ont été adoptées postérieurement à la date limite de transposition de la directive 2014/23. Ce faisant, cette directive s'applique non seulement à l'augmentation du montant de la redevance consécutive à l'adoption de la loi n° 205/2017, mais également à l'ensemble des éléments du régime de prorogation technique qui, pour certains, figuraient certes déjà dans les prorogations antérieures, mais ont été renouvelés sur le fondement de la loi n° 205/2017. Partant, l'article 43 de ladite directive constitue la disposition au regard de laquelle, à compter de l'adoption de la loi n° 205/2017, la compatibilité avec le droit de l'Union d'une modification consistant à proroger la durée de concession de services, en contrepartie, premièrement, d'une obligation de payer une redevance, deuxièmement, d'une interdiction de transfert des locaux et, troisièmement, d'une obligation d'accepter toute prorogation des concessions, doit être appréciée.
- 64 Par ailleurs, il ressort des termes de l'article 43 de la directive 2014/23 que celle-ci a procédé à une harmonisation exhaustive des dispositions nationales relatives aux hypothèses dans lesquelles, d'une part, les contrats de concession peuvent être modifiés sans pour autant que l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution de concession conforme aux règles établies par cette directive soit nécessaire et, d'autre part, une telle procédure d'attribution est requise en cas de modification des conditions de la concession [voir, en ce sens, arrêt du 7 novembre 2024, *Adusbef (Pont Morandi)*, C-683/22, EU:C:2024:936, point 51].
- 65 Or, toute mesure nationale prise dans un domaine qui a fait l'objet d'une harmonisation exhaustive à l'échelle de l'Union doit être appréciée au regard non pas des dispositions du droit primaire, telles que les articles 49 et 56 TFUE, mais de celles de la mesure d'harmonisation concernée (voir, en ce sens, arrêt du 2 septembre 2021, *Sisal e.a.*, C-721/19 et C-722/19, EU:C:2021:672, point 32).
- 66 Par conséquent, dans des situations telles que celles en cause au principal, il n'y a pas lieu d'apprécier la compatibilité de dispositions nationales qui, telles que celles résultant de l'adoption de la loi n° 205/2017, ont été adoptées après la transposition de la directive 2014/23 et, en tout état de cause, après le 18 avril 2016, également au regard des articles 49 et 56 TFUE, de telles dispositions devant être appréciées exclusivement au regard de l'article 43 de cette directive.
- 67 Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, il convient de répondre aux premières questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22 que la directive 2014/23 doit être interprétée en ce sens qu'elle est applicable *ratione temporis* à des contrats de concession, au sens de l'article 5, paragraphe 1, sous b), de celle-ci, qui ont été attribués avant l'entrée en vigueur de cette directive, mais qui ont été prorogés par des dispositions législatives ayant, en contrepartie, introduit à la charge des concessionnaires concernés, premièrement, une obligation de payer une redevance mensuelle, dont le montant a été augmenté par la suite, deuxièmement, une interdiction de transfert de leurs locaux et, troisièmement, une obligation d'accepter ces prorogations afin d'être autorisés à participer à toute procédure de réattribution de ces concessions à l'avenir, pour autant que ces dispositions législatives soient elles-mêmes entrées en vigueur après la date limite de transposition de ladite directive. Dans cette situation, les articles 49 et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne sont pas applicables.

Sur la question unique dans l'affaire C-730/22

- 68 Tout d'abord, il convient de relever que, dans la mesure où, dans la question unique dans l'affaire C-730/22, la juridiction de renvoi se réfère à l'article 26 TFUE sans fournir d'explication concrète quant à la pertinence, pour la solution du litige au principal, de cet article, cette question doit être considérée comme étant irrecevable en ce qu'elle porte sur l'interprétation dudit article pour les raisons exposées aux points 50 et 51 du présent arrêt. En revanche, eu égard aux explications figurant dans la demande de décision préjudicielle présentée dans cette affaire, ladite question doit être considérée comme étant recevable pour autant qu'elle porte sur l'interprétation de la directive 2014/23 ainsi que sur les articles 49 et 56 TFUE. Cela étant, compte tenu, d'une part, de ce qui est relevé au point 65 du présent arrêt et, d'autre part, de la circonstance que l'acte litigieux dans l'affaire C-730/22

a été adopté en application de la loi n° 205/2017, il n'y a pas lieu de procéder à une interprétation de ces articles du traité FUE.

- 69 Ensuite, si, dans la question unique dans l'affaire C-730/22, la juridiction de renvoi ne vise aucune disposition spécifique de la directive 2014/23 et bien que l'article 18 de cette directive aurait pu également être pertinent au regard des circonstances de l'affaire en cause au principal, il découle des explications fournies dans la décision de renvoi que cette question porte exclusivement sur l'interprétation de l'article 43 de ladite directive ainsi que sur celle des principes de non-discrimination, de proportionnalité et de protection de la concurrence.
- 70 À cet égard, il ressort des informations fournies à la Cour que, si la requérante au principal dans l'affaire C-730/22 critique les dispositions relatives au régime de prorogation technique qui figuraient dans les prorogations antérieures, il n'en demeure pas moins que le litige au principal n'a pour objet que les mesures adoptées sur le fondement de la loi n° 205/2017 par laquelle les éléments constitutifs du régime de prorogation préexistant ont été renouvelés et le montant de la redevance dû en contrepartie augmenté. Or, comme il est constaté aux points 62 à 63 du présent arrêt, l'article 43 de la directive 2014/23 constitue la disposition au regard de laquelle, à compter de l'adoption de la loi n° 205/2017, l'ensemble des éléments du régime de prorogation technique applicables doivent être examinés, quand bien même certains éléments figuraient également dans les prorogations antérieures.
- 71 Enfin, si, aux fins de l'interprétation de la directive 2014/23, il convient de tenir compte, comme le souligne Coral dans ses observations écrites, des principes de non-discrimination, de proportionnalité et de protection de la concurrence, force est de constater que la juridiction de renvoi fait référence à ces principes soit en lien avec les articles 49 et 56 TFUE, dont il a été constaté qu'ils n'étaient pas applicables dans l'affaire en cause au principal, soit d'une manière qui est insuffisamment précise pour que la Cour soit en mesure de prendre position à l'égard de l'interprétation qui serait ainsi sollicitée de ces principes.
- 72 Dès lors, il y a lieu de comprendre que, par la question unique dans l'affaire C-730/22, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 43 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que le législateur national puisse unilatéralement proroger, par des dispositions législatives entrées en vigueur après la date limite de transposition de cette directive, la durée de concession de services et, à cette occasion, en contrepartie, premièrement, augmenter le montant d'une redevance fixée forfaitairement et due par tous les concessionnaires concernés, indépendamment de leur chiffre d'affaires, deuxièmement, maintenir une interdiction de transfert de leurs locaux et, troisièmement, conserver une obligation d'accepter ces prorogations afin, pour ces concessionnaires, d'être autorisés à participer à toute procédure de réattribution de ces concessions à l'avenir.
- 73 À cet égard, ainsi qu'il est rappelé au point 64 du présent arrêt, l'article 43 de la directive 2014/23 a procédé à une harmonisation exhaustive des hypothèses dans lesquelles, d'une part, les concessions peuvent être modifiées sans pour autant que l'organisation d'une nouvelle procédure d'attribution de concessions conformes aux règles établies par cette directive soit nécessaire à cet effet et, d'autre part, une telle procédure d'attribution est requise en cas de modification des conditions de la concession [voir, en ce sens, arrêt du 7 novembre 2024, *Adusbef (Pont Morandi)*, C-683/22, EU:C:2024:936, point 51].
- 74 Or, il ne ressort pas du libellé de cet article 43 que celui-ci viserait uniquement les modifications effectuées à la suite d'une négociation entre le concessionnaire et le pouvoir adjudicateur, à l'exclusion des modifications imposées unilatéralement par la voie législative. Dans ce contexte, le fait que le considérant 75 de la directive 2014/23 précise qu'une modification substantielle de la concession atteste l'intention des parties de renégocier les conditions essentielles de celle-ci ne peut limiter le champ d'application dudit article 43, tel qu'il ressort du libellé clair de ce dernier.
- 75 Par conséquent, doit être considérée comme n'étant pas pertinente aux fins de l'application de la directive 2014/23 la circonstance que les modifications visées par la juridiction de renvoi dans la question unique dans l'affaire C-730/22 aient été décidées unilatéralement par le législateur italien.

- 76 En revanche, il y a lieu de rappeler que l'article 43 de la directive 2014/23 s'oppose à toute modification des conditions d'exécution d'une concession, qu'elle soit unilatérale ou effectuée de manière consensuelle, qui est réalisée sans nouvelles procédures d'attribution, sauf à ce que cette modification relève de l'un des cas de figure envisagés à l'article 43, paragraphe 1 ou 2, de cette directive.
- 77 Or, lorsque, comme dans l'affaire au principal, une modification, telle que l'introduction de l'obligation de payer une redevance, est décidée en contrepartie d'autres obligations, telle que l'allongement de la durée de la concession concernée, l'appréciation de la possibilité d'effectuer une telle modification sur le fondement de l'article 43, paragraphes 1 et 2, de la directive 2014/23 doit être effectuée en considération de l'ensemble des effets de cette modification, ces effets n'étant pas dissociables les uns des autres.
- 78 Par conséquent, c'est à la lumière de l'ensemble des effets induits par une modification, telle que celle envisagée par la juridiction de renvoi dans sa question, qu'il convient de déterminer si celle-ci relève de l'un des cas de figure envisagés à l'article 43, paragraphe 1 ou 2, de cette directive.
- 79 S'agissant, en premier lieu, de l'article 43, paragraphe 1, sous a), de la directive 2014/23 et eu égard à la situation envisagée par la juridiction de renvoi dans la question unique dans l'affaire C-730/22 qui est celle d'une modification effectuée par la voie législative, il peut d'emblée être exclu que cette situation puisse relever de l'hypothèse visée à cette disposition, et ce dans la mesure où cette dernière requiert que la modification effectuée le soit par une clause prévue dans le contrat de concession.
- 80 Pour ce qui est, en deuxième lieu, des hypothèses visées aux points b) à d) dudit article 43, paragraphe 1, celles-ci supposent que la modification en cause soit effectuée pour l'une des raisons expressément visées à ces dispositions, à savoir lorsque des travaux ou services supplémentaires réalisés par le concessionnaire initial sont devenus indispensables, lorsqu'une modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ou une entité adjudicatrice diligente ne pouvait prévoir ou lorsqu'un nouveau concessionnaire remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice avait initialement attribué la concession concernée.
- 81 Étant donné que la juridiction de renvoi n'a fait état, dans la question unique dans l'affaire C-730/22, d'aucune cause particulière justifiant les modifications envisagées, il n'y a pas lieu d'examiner si l'une ou l'autre desdites dispositions sont susceptibles de s'appliquer. Il appartiendra, le cas échéant, à la juridiction de renvoi d'adresser à la Cour de nouvelles questions visant spécifiquement ces hypothèses, si elle devait estimer que l'une d'elles est susceptible de s'appliquer.
- 82 Pour ce qui est, en troisième lieu, de l'hypothèse envisagée à l'article 43, paragraphe 1, sous e), de la directive 2014/23, il y a lieu de rappeler que celle-ci vise les modifications qui, « quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles au sens du paragraphe 4 ».
- 83 En vertu de l'article 43, paragraphe 4, première phrase, de la directive 2014/23, une modification doit être considérée comme étant substantielle « lorsqu'elle rend les caractéristiques de la concession substantiellement différentes de celles prévues initialement ».
- 84 Ainsi que le considérant 75 de cette directive l'indique, l'objectif de cette disposition est de veiller à ce qu'une nouvelle procédure d'attribution de concession soit engagée lorsque des modifications substantielles sont apportées à la concession initiale, notamment en ce qui concerne l'étendue et le contenu des droits et obligations réciproques des parties, y compris l'attribution de droits de propriété intellectuelle. C'est notamment le cas de conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale, auraient influé sur son issue.
- 85 À cet égard, il est constant qu'une modification ayant notamment pour effet de renouveler ou de prolonger la durée d'une concession au-delà de celle prévue lors de l'attribution initiale de celle-ci rend les caractéristiques de cette concession substantiellement différentes de celles prévues initialement, puisqu'elle affecte un élément essentiel du contrat concerné, et que, si cette nouvelle caractéristique

d'un élément essentiel de ce contrat avait été incluse dans la procédure initiale, cette dernière aurait attiré davantage de participants. Dès lors, une telle modification doit être considérée comme étant substantielle, les autres effets produits par cette modification ne pouvant qu'avoir accentué le caractère substantiel de celle-ci.

- 86 En conséquence, une modification ayant pour objet la prorogation de la durée d'une concession et, en contrepartie, l'introduction, premièrement, d'une obligation de verser une redevance mensuelle, dont le montant est augmenté par la suite, deuxièmement, d'une interdiction de transfert des locaux et, troisièmement, d'une obligation d'accepter ces prorogations afin, pour le concessionnaire concerné, d'être autorisé à participer à toute procédure de réattribution de ces concessions à l'avenir doit être considérée comme étant substantielle et donc comme étant insusceptible de relever de l'article 43, paragraphe 1, sous e), de la directive 2014/23, sans qu'il soit besoin d'examiner séparément chacun des aspects de cette modification.
- 87 En quatrième et dernier lieu, il doit être constaté qu'une telle modification ne relève pas non plus du cas de figure envisagé à l'article 43, paragraphe 2, de la directive 2014/23. En effet, il ressort du libellé de cette disposition que le cas de figure envisagé par celle-ci est celui de modifications dont, tout d'abord, le montant est inférieur au seuil fixé à l'article 8 de cette directive, ensuite, le montant est également inférieur à 10 % du montant de la concession initiale et, enfin, qui ne modifient pas la nature globale de la concession concernée.
- 88 En l'occurrence, aucun élément du dossier dont dispose la Cour ne laisse penser que la modification en cause au principal remplirait ces critères, voire que les parties au principal soutiendraient que tel serait le cas.
- 89 Au demeurant, conformément à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2014/23, la valeur d'une concession correspond au chiffre d'affaires total du concessionnaire, généré par la durée du contrat estimé par le pouvoir adjudicateur, eu égard aux travaux et aux services qui font l'objet de cette concession ainsi qu'aux fournitures liées à ces travaux et services. Par conséquent, en cas de modification ayant pour effet, notamment, de prolonger la durée d'une concession, pour que celle-ci relève du cas de figure envisagé à l'article 43, paragraphe 2, de cette directive, cette augmentation, majorée de la conversion en unités de temps des éventuels autres effets de cette modification sur les facteurs pris en compte afin de déterminer la valeur initiale de ladite concession, ne doit pas représenter plus de 10 % de la durée initiale de celle-ci.
- 90 Or, dans l'affaire en cause au principal, la modification engendrée par l'adoption de la loi n° 205/2017 a eu pour effet, en reportant la date d'expiration des concessions déjà arrivées à échéance pendant la période allant du 31 décembre 2016 au 30 septembre 2018, de proroger celles-ci en contrepartie, notamment, d'une augmentation de la redevance, cette dernière étant passée, pour chaque mois ou fraction de mois supérieure à quinze jours, de 5 000 à 7 500 euros et, par fraction de mois inférieure à quinze jours, de 2 500 à 3 500 euros.
- 91 Étant donné que, selon les indications figurant dans le dossier dont dispose la Cour, les concessions concernées avaient été initialement conclues pour six ans, même en partant de l'hypothèse que, d'une part, ces concessions avaient toutes une valeur initiale égale au seuil prévu à l'article 8 de la directive 2014/23 lorsque cette dernière a été adoptée, à savoir une valeur de 5 186 000 euros, et, d'autre part, la prorogation intervenue en 2017 était la première qui s'appliquait à celles-ci, pour ne pas être supérieure à 10 % du montant de la concession concernée, cette prorogation n'aurait pas dû excéder une durée d'un peu plus de huit mois, étant souligné que la hausse de la redevance vient en déduction de l'augmentation de la valeur des concessions générée par leur prolongation.
- 92 Certes, le régime de prorogation technique comporte également, pour le concessionnaire concerné, ainsi que le souligne la juridiction de renvoi dans la question unique dans l'affaire C-730/22, une interdiction de transfert de ses locaux et une obligation d'accepter toute prorogation décidée par le législateur national afin d'être autorisé à participer à toute procédure de réattribution de la concession concernée à l'avenir.

- 93 Toutefois, l'ajout d'une telle obligation ou interdiction ne saurait, en tout état de cause, conduire à ramener l'incidence de l'augmentation de la durée des concessions sur la valeur initiale de la concession concernée en dessous du seuil de 10 %. En effet, la première de ces modifications a précisément eu pour effet d'obliger les concessionnaires concernés à poursuivre leur activité dans les mêmes conditions que celles servant à déterminer la valeur initiale de leur concession, tandis que la seconde, si elle restreint les droits de ces concessionnaires, n'apparaît pas pour autant susceptible d'exercer une influence sur la valeur de ces concessions, telle que celle-ci est définie à l'article 8 de la directive 2014/23.
- 94 Il appartiendra à la juridiction de renvoi de déterminer l'incidence exacte de la modification en cause au principal sur la valeur de la concession concernée en tenant compte de l'ensemble des effets de cette modification sur cette valeur, telle que cette dernière doit être calculée conformément à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 2014/23.
- 95 Dans l'hypothèse où il serait constaté que l'article 43 de la directive 2014/23 s'opposerait à une telle modification, il convient de préciser que la requérante au principal ne saurait en tirer argument afin d'exiger que soient laissées inappliquées les seules dispositions par lesquelles le législateur national a augmenté le montant de la redevance. En effet, outre que cette augmentation est indissociable de la prolongation de la concession dès lors qu'elle en constitue la contrepartie, le fait de ne laisser inappliquée que celle-ci aurait pour conséquence d'opérer une modification de l'équilibre de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial et, donc, de procéder à une modification substantielle de ce contrat, alors que, en vertu de l'article 43, paragraphe 1, sous e), de cette directive, lu en combinaison avec le paragraphe 5 de cet article 43, une nouvelle procédure d'attribution est requise en cas de modification substantielle d'un contrat de concession.
- 96 Eu égard à l'ensemble de ce qui précède, il convient de répondre à la question unique dans l'affaire C-730/22 que l'article 43 de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que le législateur national puisse unilatéralement proroger, par des dispositions législatives entrées en vigueur après la date limite de transposition de cette directive, la durée de concession de services et, à cette occasion, en contrepartie, premièrement, augmenter le montant d'une redevance fixée forfaitairement et due par tous les concessionnaires concernés, indépendamment de leur chiffre d'affaires, deuxièmement, maintenir une interdiction de transfert de leurs locaux et, troisièmement, conserver une obligation d'accepter ces prorogations afin, pour ces concessionnaires, d'être autorisés à participer à toute procédure de réattribution de ces concessions à l'avenir, pour autant que ces modifications, considérées ensemble, ne satisfassent pas aux conditions d'application de l'article 43, paragraphes 1 et 2, de cette directive.

Sur les deuxième questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22

- 97 À titre liminaire, il ressort des demandes de décision préjudicielle dans les affaires C-728/22 et C-729/22 que les deuxième questions dans ces affaires sont posées en raison du fait que, dans ses décisions des 9 juillet et 18 novembre 2020, l'ADM s'est déclarée incompétente pour modifier le montant de la redevance en cause au principal, au motif que ce montant était fixé par un acte législatif.
- 98 Par ailleurs, si, dans ces questions, la juridiction de renvoi ne vise aucune disposition spécifique de la directive 2014/23, il découle des explications fournies dans les décisions de renvoi que lesdites questions portent sur l'interprétation des articles 5 et 43 de cette directive.
- 99 Dès lors, il convient de comprendre que, par les deuxième questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22, la juridiction de renvoi demande, en substance, si les articles 5 et 43 de la directive 2014/23 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une interprétation ou à une application de règles législatives internes, ou à des pratiques fondées sur ces règles, de nature à priver l'autorité adjudicatrice du pouvoir d'engager, à la demande d'un concessionnaire, une procédure administrative visant à modifier les conditions d'exploitation de la concession concernée, lorsque des événements imprévus et imprévisibles, indépendants de la volonté des parties, influent de manière significative sur le risque

d'exploitation, aussi longtemps que ces conditions persistent et pendant le temps nécessaire pour rétablir, le cas échéant, les conditions d'exploitation initiales de cette concession.

- 100 À cet égard, il convient de relever que, certes, l'article 5, paragraphe 1, sous b), second alinéa, de la directive 2014/23 définit la notion de « concession de services » comme étant un contrat pour lequel le concessionnaire concerné est réputé assumer le risque d'exploitation du service « dans des conditions d'exploitation normales ».
- 101 Toutefois, ainsi que l'a relevé M^{me} l'avocate générale au point 77 de ses conclusions, et contrairement à ce que soutiennent les requérantes au principal, cette définition ne saurait servir de fondement pour exiger des États membres qu'ils accordent aux autorités adjudicatrices le pouvoir d'engager, à la demande d'un concessionnaire, une procédure administrative visant à modifier les conditions d'exploitation d'une concession, lorsque des événements imprévus et imprévisibles, indépendants de la volonté des parties, influent de manière significative sur le risque d'exploitation de cette concession. En effet, ainsi qu'il ressort du libellé de l'article 5 de la directive 2014/23, ladite définition n'est fournie qu'aux fins de l'application de cette directive et, en particulier, aux fins de la définition du champ d'application matériel de ladite directive, conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, de celle-ci.
- 102 Quant à l'article 43 de la directive 2014/23, si ce dernier fait référence, à son paragraphe 1, sous c), à l'hypothèse d'une modification rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ou une entité adjudicatrice diligente ne pouvaient prévoir, il ressort du libellé de cette disposition que celle-ci le fait uniquement afin de préciser que, dans une telle hypothèse, une nouvelle procédure d'attribution n'est pas nécessaire, sans imposer une obligation, à la charge du pouvoir adjudicateur, d'engager une procédure de modification de la concession.
- 103 Cette conclusion est corroborée par le considérant 75 de cette directive duquel il ressort que l'objectif de l'article 43 de celle-ci est de clarifier les conditions dans lesquelles des modifications apportées à une concession en cours d'exploitation requièrent une nouvelle procédure d'attribution en énumérant un nombre limitatif de cas de figure pour lesquels l'ouverture d'une nouvelle procédure d'attribution n'est pas nécessaire, et non d'imposer aux États membres de prévoir qu'une concession doit nécessairement pouvoir être modifiée dans chacun de ces cas de figure.
- 104 Cela étant, dans l'hypothèse où des règles législatives internes prévoiraient que le pouvoir adjudicateur peut être contraint d'engager une procédure de modification de la concession en raison d'événements imprévisibles et indépendants de la volonté des parties qui influent de manière significative sur le risque d'exploitation, la directive 2014/23 ne s'opposerait pas à ce que le concessionnaire concerné puisse se fonder sur ces règles afin d'exiger du pouvoir adjudicateur qu'il engage une telle procédure, pour autant que la modification envisagée ne soit pas exclue par la législation nationale transposant l'article 43, paragraphes 1 et 2, de cette directive.
- 105 Par conséquent, il y a lieu de répondre aux deuxième questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22 que les articles 5 et 43 de la directive 2014/23 doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas à une interprétation ou à une application de règles législatives internes, ou à des pratiques fondées sur ces règles, de nature à priver l'autorité adjudicatrice du pouvoir d'engager, à la demande d'un concessionnaire, une procédure administrative visant à modifier les conditions d'exploitation de la concession concernée, lorsque des événements imprévisibles et indépendants de la volonté des parties influent de manière significative sur le risque d'exploitation de cette concession, aussi longtemps que ces conditions persistent et pendant le temps nécessaire pour rétablir, le cas échéant, les conditions d'exploitation initiales de celle-ci.

Sur les troisièmes questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22

- 106 Par les troisièmes questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la directive 89/665, telle que modifiée par la directive 2014/23, doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à ce qu'une réglementation nationale puisse ériger en condition préalable de la participation à toute procédure de réattribution d'une concession l'adhésion du concessionnaire

concerné à un régime de prorogation de cette concession, y compris dans l'hypothèse où la possibilité de renégocier les conditions d'exploitation de ladite concession pour cause de survenance d'un événement imprévisible et indépendante de la volonté des parties est exclue.

- 107 À cet égard, il convient de rappeler que, conformément à l'article 94, sous c), du règlement de procédure, toute demande de décision préjudicielle doit contenir l'exposé des raisons qui ont conduit la juridiction de renvoi à s'interroger sur l'interprétation ou la validité de certaines dispositions du droit de l'Union ainsi que le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la législation nationale applicable au litige au principal, ce qui implique que la ou les dispositions à interpréter soient clairement identifiables.
- 108 Or, d'une part, dans le libellé des troisièmes questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22, la juridiction de renvoi n'a pas visé de disposition particulière de la directive 89/665. D'autre part, les explications fournies par cette juridiction dans les demandes de décision préjudicielle concernées ne permettent pas d'en identifier une, et ce d'autant que, comme l'a souligné M^{me} l'avocate générale au point 94 de ses conclusions, la description des litiges au principal ne fait pas apparaître que des obligations de cette directive auraient été violées par l'adoption et la modification subséquente du régime de prorogation technique.
- 109 Par conséquent, les troisièmes questions dans les affaires C-728/22 et C-729/22 doivent être déclarées irrecevables.

CJUE 29 avr. 2025, Fastned Deutschland GmbH, aff. C-452/23

- 20 Die Autobahn des Bundes, défenderesse au principal, est une société de droit privé, propriété inaliénable de la République fédérale d'Allemagne. Le Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (ministère fédéral des Transports et des Infrastructures numériques, Allemagne) lui a confié, avec effet au 1^{er} janvier 2021, la planification, la construction, l'exploitation, l'entretien, le financement et la gestion patrimoniale des autoroutes fédérales allemandes.
- 21 Des installations de services annexes, comme des stations-services et des restoroutes, sont exploitées sur plus de 400 aires de service du réseau autoroutier allemand. À l'origine, l'exploitante de ces installations était la Gesellschaft für Nebenbetriebe der Bundesautobahnen mbH, créée par la République fédérale d'Allemagne au cours de l'année 1951. Au cours de l'année 1994, cette société a été renommée Tank & Rast AG, la République fédérale d'Allemagne restant l'unique actionnaire de celle-ci. Au cours de la même année, Tank & Rast a racheté Ostdeutsche Autobahntankstellengesellschaft mbH.
- 22 Entre l'année 1996 et l'année 1998, la République fédérale d'Allemagne a conclu, sans appel d'offres préalable, avec Tank & Rast, environ 280 contrats de concession portant sur l'exploitation d'installations de services annexes sur les autoroutes fédérales allemandes pour une durée maximale de 40 ans.
- 23 Ces contrats, qui sont en cours, ont été établis sur la base d'un modèle de concession selon lequel le concessionnaire peut construire et exploiter une installation de service annexe, au bénéfice des usagers des autoroutes fédérales allemandes, sur un site d'exploitation déterminé. En contrepartie, le concessionnaire doit payer une redevance proportionnée à son chiffre d'affaires. Lesdits contrats comportent un plan d'exploitation qui prévoit un nombre déterminé de pompes à essence et de places de stationnement, ainsi qu'un restoroute et des toilettes publiques, chaque installation de service annexe devant être accessible 24 heures sur 24.

- 24 Au cours de l'année 1998, les autorités allemandes ont engagé un processus de privatisation de Tank & Rast, auquel ont participé une cinquantaine de candidats allemands et étrangers. Ce processus a donné lieu au rachat de Tank & Rast par un consortium composé de LSG Lufthansa Service Holding AG, Allianz Capital Partners GmbH et trois fonds d'investissement. À la suite de changements de raison sociale, Tank & Rast a donné naissance aux concessionnaires actuels, à savoir Autobahn Tank & Rast GmbH et Ostdeutsche Autobahntankstellen GmbH, intervenantes devant la juridiction de renvoi.
- 25 Entre l'année 1999 et l'année 2019, Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen se sont vu attribuer environ 80 autres concessions dont, selon elles, 19 à la suite d'un appel d'offres. Ainsi, ces sociétés sont devenues concessionnaires d'environ 90 % de l'ensemble des installations de services annexes existantes.
- 26 Le 28 avril 2022, Die Autobahn des Bundes a conclu avec Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen, en application de l'article 5, paragraphe 3, du SchnellLG, un complément à l'ensemble des quelque 360 contrats de concession concernés, selon lequel Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen prennent en charge l'édification, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure opérationnelle de recharge électrique à haute puissance dans les aires de service concernées, ce qui implique également l'obligation de maintenir à disposition un nombre de points de recharge déterminé sur chaque site (ci-après la « modification en cause au principal »).
- 27 Die Autobahn des Bundes a publié un avis portant sur cette modification au *Supplément au Journal officiel de l'Union européenne*. Selon cet avis, la renonciation à un appel d'offres était justifiée au regard de l'article 132 du GWB. En effet, la mise à disposition d'une infrastructure de recharge électrique à haute puissance constituerait une prestation de service complémentaire, qui serait devenue nécessaire dans le cadre des contrats de concession concernés, ce qui n'aurait pas été prévisible à la date de leur conclusion.
- 28 Fastned et Tesla Germany GmbH (ci-après « Tesla »), qui exploitent des infrastructures de recharge pour véhicules électriques, ont saisi la Vergabekammer des Bundes (chambre fédérale des marchés publics, Allemagne) d'une demande d'ouverture d'une procédure de recours contre la modification en cause au principal. Au soutien de cette demande, elles ont fait valoir que cette modification était invalide en vertu de l'article 135, paragraphe 1, point 2, du GWB, au motif qu'elle avait été conclue sans publication préalable d'un avis de marché à l'échelle de l'Union européenne. Selon Fastned et Tesla, ladite modification ne saurait être fondée sur l'article 132 du GWB, ce dernier n'étant pas applicable à des concessions qui n'ont pas été attribuées dans le cadre d'un appel d'offres.
- 29 Par une ordonnance du 15 juin 2022, la chambre fédérale des marchés publics a rejeté ladite demande.
- 30 Fastned et Tesla ont formé un recours contre cette ordonnance devant l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf, Allemagne), la juridiction de renvoi. À l'appui de ce recours, elles ont fait valoir que l'article 132, paragraphes 1 et 2, du GWB ne s'applique pas à une modification d'un marché public attribué à l'origine à une entité *in house*, sans mise en concurrence. Une telle conclusion serait valable, à plus forte raison, s'agissant d'une concession attribuée à l'origine sans mise en concurrence dans la perspective d'une privatisation du concessionnaire et donc en violation des règles applicables en la matière.
- 31 Selon cette juridiction, le seul élément déterminant pour trancher le litige pendant devant elle est de savoir si la modification en cause au principal relève de l'article 135, paragraphe 1, point 2, du GWB et est, de ce fait, invalide.
- 32 À cet égard, ladite juridiction considère que les conditions de fond prévues à l'article 132, paragraphe 2, point 3, du GWB sont réunies. En effet, premièrement, le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas prévoir, en tout cas pour ce qui est des contrats de concession conclus au cours de la période comprise entre l'année 1996 et l'année 1998, le besoin d'infrastructures de recharge électrique à haute puissance sur les aires de service des autoroutes fédérales allemandes ni l'introduction d'une obligation légale de mettre en place ces infrastructures. Deuxièmement, la modification en cause au principal n'altérerait pas la

nature globale des concessions concernées. Troisièmement, la valeur du marché initial n'augmenterait pas de plus de 50 %.

- 33 Cependant, la juridiction de renvoi émet des doutes quant au point de savoir si l'article 132, paragraphe 2, point 3, du GWB, lequel vise à transposer l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24 dans l'ordre juridique allemand, s'applique à la modification de contrats conclus, en dehors du champ d'application de la partie 4 du GWB, avec une entité *in house* du pouvoir adjudicateur, lorsque, à la date de cette modification, les critères d'une attribution *in house* ne sont plus réunis, dès lors que le capital du concessionnaire est désormais détenu à 100 % par des investisseurs privés.
- 34 Ce point serait déterminant pour la solution du litige dont cette juridiction est saisie, eu égard au fait que, selon celle-ci, la modification en cause au principal est « substantielle », au sens de l'article 132, paragraphe 1, première phrase, du GWB. Il importerait donc de savoir si l'article 132, paragraphe 2, point 3, du GWB, lu en combinaison avec l'article 154, point 3, de celui-ci, permettait au pouvoir adjudicateur de conclure cette modification avec Autobahn Tank & Rast et Ostdeutsche Autobahntankstellen sans ouvrir une nouvelle procédure d'attribution. Or, une réponse claire à cette question ne ressortirait avec certitude ni du libellé de l'article 72 de la directive 2014/24 ni de la jurisprudence de la Cour.
- 35 À cet égard, la juridiction de renvoi fait observer, notamment, que les points 41 à 43 de l'arrêt du 12 mai 2022, [Comune di Lericci](#) (C-719/20, EU:C:2022:372), pourraient être compris en ce sens qu'il y a lieu d'exclure de façon globale du champ d'application de l'article 72 de la directive 2014/24, et donc de cet article 72, paragraphe 1, sous c), qui serait la disposition pertinente en l'occurrence, les marchés initialement attribués à une entité *in house*, lorsque les conditions d'une attribution *in house* ne sont plus réunies à la date de la modification d'un tel marché.
- 36 Cette juridiction estime toutefois qu'il est indifférent, pour l'application dudit article 72, de savoir si l'attribution initiale des concessions concernées, entre l'année 1996 et l'année 1998, était conforme au droit des marchés publics ou si la privatisation de Tank & Rast, intervenue au cours de l'année 1998, a constitué une modification substantielle de celles-ci. En effet, le délai de six mois prévu à l'article 135, paragraphe 2, du GWB, aux fins de la transposition, dans l'ordre juridique allemand, de l'article 2 septies, paragraphe 1, de la directive 89/665, aurait expiré depuis bien longtemps. L'objectif de ce délai de forclusion, à savoir assurer la sécurité juridique, serait contrecarré si la légalité de la passation du marché initial ou des modifications antérieures à la date d'expiration dudit délai pouvait être remise en cause après cette date, à l'occasion d'une demande d'annulation d'une modification ultérieure du marché concerné.
- 37 Dans ces conditions, l'Oberlandesgericht Düsseldorf (tribunal régional supérieur de Düsseldorf) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :
- « L'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24 doit-il être interprété en ce sens qu'il s'applique également aux marchés publics auparavant attribués à une entité *in house*, en dehors du champ d'application de cette directive, lorsque, au moment de la modification du marché, les conditions de l'attribution *in house* ne sont plus réunies ? » (...)

Sur la question préjudicielle

Observations liminaires

- 40 La juridiction de renvoi interroge la Cour sur l'interprétation de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24, laquelle porte sur la passation des marchés publics.
- 41 À cet égard, il convient de relever que la question de savoir si une opération est à qualifier de « marché public », au sens de la directive 2014/24, ou de « concession », au sens de la directive 2014/23, doit être

appréciée exclusivement au regard du droit de l'Union (arrêt du 15 octobre 2009, [Acoset](#), C-196/08, EU:C:2009:628, point 38).

- 42 En l'occurrence, la juridiction de renvoi indique, notamment, d'une part, que les contrats concernés par la modification en cause au principal confèrent à Autobahn Tank & Rast et à Ostdeutsche Autobahntankstellen le droit de construire ainsi que d'exploiter des installations de services annexes au bénéfice des usagers des autoroutes fédérales allemandes et, d'autre part, que ces sociétés doivent, en contrepartie, payer une redevance de concession proportionnée à leur chiffre d'affaires.
- 43 Dès avant l'adoption de la directive 2014/23, il était admis que le fait que la rémunération du cocontractant d'un pouvoir adjudicateur provienne non pas de l'autorité publique concernée, mais des montants versés par les tiers pour l'usage de l'ouvrage ou des services concernés, implique que le prestataire prend en charge le risque d'exploitation s'y rapportant et caractérise ainsi une concession et non un marché public (voir, en ce sens, arrêt du 13 octobre 2005, [Parking Brixen](#), C-458/03, EU:C:2005:605, point 40). Ce critère de distinction entre une concession et un marché public, décrit au considérant 18 de la directive 2014/23, est désormais consacré à l'article 5, point 1, de celle-ci.
- 44 Par conséquent, compte tenu des indications fournies par la juridiction de renvoi, il y a lieu, à l'instar de M. l'avocat général au point 32 de ses conclusions, de considérer que le litige au principal porte sur des contrats de concession et que, dans ce contexte, cette juridiction interroge la Cour sur l'interprétation de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, qui établit les conditions dans lesquelles une concession peut être modifiée, sans nouvelle procédure d'attribution, pour des raisons tenant à la survenance de circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, et dont le libellé est, pour l'essentiel, identique à celui de l'article 72, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/24.
- 45 Il convient, dès lors, de considérer que, par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que, si les conditions prévues à cette disposition sont remplies, une concession peut être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution, même lorsque cette concession a été attribuée, sans mise en concurrence, à une entité *in house* et que la modification de ladite concession est effectuée à une date à laquelle le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité *in house*.

Sur les conditions d'application de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23

— *Sur l'incidence de la perte, par le concessionnaire, de sa qualité d'entité in house entre la date d'attribution de la concession concernée et celle de la modification de celle-ci*

- 46 Afin de répondre à la question posée, il convient de préciser, d'une part, la portée des règles du droit de l'Union régissant l'attribution d'une concession à une entité *in house* et, d'autre part, les conséquences qui découlent, au regard de l'application de ces règles, de la perte, par le concessionnaire, au cours de l'exécution de la concession concernée, de sa qualité d'entité *in house*.
- 47 À cet égard, en premier lieu, dès avant l'adoption de la directive 2014/23, il était admis qu'une autorité publique avait la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombait par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services (arrêt du 11 janvier 2005, [Stadt Halle et RPL Lochau](#), C-26/03, EU:C:2005:5, point 48). En matière de concessions, cette possibilité est désormais consacrée et précisée à l'article 2 de la directive 2014/23, intitulé « Principe de libre administration par les pouvoirs publics ».
- 48 Ainsi, l'application des règles du droit de l'Union en matière de concessions était exclue si, tout à la fois, le contrôle exercé sur le concessionnaire par le pouvoir adjudicateur était analogue à celui que ce dernier exerçait sur ses propres services et si le concessionnaire réalisait l'essentiel de son activité avec le pouvoir adjudicateur qui le détient (voir, en ce sens, arrêts du 13 octobre 2005, [Parking Brixen](#), C-458/03, EU:C:2005:605, point 62, et du 15 octobre 2009, [Acoset](#), C-196/08, EU:C:2009:628, point 51). En effet, dans le cas d'une telle attribution *in house*, le pouvoir adjudicateur était réputé avoir recours à ses propres moyens, dès lors que, même si le concessionnaire était juridiquement distinct de lui, il pouvait, en

pratique, être assimilé aux services internes du pouvoir adjudicateur, de sorte qu'un appel à la concurrence n'était pas obligatoire (voir, par analogie, arrêts du 10 septembre 2009, [Sea](#), C-573/07, EU:C:2009:532, point 36, et du 12 mai 2022, [Comune di Lerici](#), C-719/20, EU:C:2022:372, point 33). Ces principes sont désormais consacrés et précisés à l'article 17 de la directive 2014/23, qui énonce les conditions dans lesquelles une concession entre entités appartenant au secteur public ne relève pas du champ d'application de cette directive.

- 49 En second lieu, il convient de relever que, en cas de modification substantielle d'un contrat de concession, la législation de l'Union au regard de laquelle cette modification doit être appréciée est celle applicable à la date de ladite modification, le fait que la conclusion du contrat de concession initial est antérieure à l'adoption des règles de l'Union en la matière n'emportant pas de conséquences à cet égard (voir, en ce sens, arrêts du 19 décembre 2018, [Stanley International Betting et Stanleybet Malta](#), C-375/17, EU:C:2018:1026, points 34 et 35, ainsi que du 2 septembre 2021, [Sisal e.a.](#), C-721/19 et C-722/19, EU:C:2021:672, point 28).
- 50 Il s'ensuit que c'est au regard des dispositions de la directive 2014/23 qu'il convient d'examiner si une modification telle que la modification en cause au principal, qui a été effectuée après le 18 avril 2016, date limite de transposition de cette directive conformément à l'article 51, paragraphe 1, premier alinéa, de celle-ci, nécessitait une nouvelle procédure d'attribution (voir, par analogie, arrêt du 12 mai 2022, [Comune di Lerici](#), C-719/20, EU:C:2022:372, point 39 et jurisprudence citée).
- 51 À cet égard, comme M. l'avocat général l'a relevé, en substance, au point 55 de ses conclusions, si, à la date de la modification d'un contrat de concession, le concessionnaire satisfait aux conditions prévues à l'article 17 de la directive 2014/23, cette modification peut, en tout état de cause, être effectuée sans nouvelle procédure d'attribution et indépendamment des conditions prévues à l'article 43 de cette directive. En revanche, si, à cette date, le concessionnaire ne satisfait plus aux conditions prévues à cet article 17, situation sur laquelle la juridiction de renvoi interroge la Cour, ladite modification ne peut être effectuée sans nouvelle procédure d'attribution que si les conditions prévues à cet article 43 sont respectées.
- 52 Force est de constater, premièrement, que le libellé de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, qui, ainsi qu'il ressort du considérant 75 de cette directive, vise précisément à clarifier les conditions dans lesquelles des modifications apportées à une concession en cours d'exploitation imposent une nouvelle procédure d'attribution, ne contient aucune indication en ce sens qu'une concession ne peut être modifiée sans une telle procédure, à la suite de la survenance de circonstances imprévisibles, au sens de cet article 43, paragraphe 1, sous c), i), lorsqu'elle a été initialement attribuée à une entité *in house* sans mise en concurrence et que la modification concernée intervient à une date à laquelle l'entité concessionnaire n'a plus la qualité d'entité *in house*. En effet, les deux autres conditions auxquelles doit satisfaire une telle modification, prévues audit article 43, paragraphe 1, sous c), ii) et iii), ne tiennent qu'à ce que cette modification ne change pas la nature globale de la concession concernée et que son montant ne dépasse pas certaines valeurs-limites, sans aucune référence, directe ou indirecte, à l'existence d'une procédure d'attribution initiale de cette concession à la suite d'une mise en concurrence.
- 53 Deuxièmement, aucun élément du contexte dans lequel s'insère l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 ne permet de considérer qu'une concession attribuée à une entité *in house* ne peut être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution, à la suite de la survenance de circonstances imprévisibles, au sens de cet article 43, paragraphe 1, sous c), i), si, à la date de la modification concernée, le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité *in house*.
- 54 En particulier, une telle approche ne pourrait pas être justifiée par l'élément de contexte que fournit l'article 43, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/23, disposition dont le contenu est, en substance, identique à celui de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24, tel qu'interprété par la Cour dans l'arrêt du 12 mai 2022, [Comune di Lerici](#) (C-719/20, EU:C:2022:372), cité par la juridiction de renvoi. Cet article 43, paragraphe 1, sous d), ii), prévoit qu'une concession peut être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution, lorsque le concessionnaire initial est remplacé par un nouveau concessionnaire, à la suite, notamment, de l'acquisition du premier par le second, pour autant

que ce dernier remplisse les critères de sélection qualitatifs établis initialement et à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du contrat ni ne vise à se soustraire à l'application de la directive 2014/23.

- 55 Certes, la Cour a déduit du libellé de l'article 72, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/24 qu'un tel remplacement de contractant est possible uniquement si le marché public concerné a fait l'objet d'une procédure de passation initiale conforme aux exigences imposées par cette directive et que, par conséquent, un nouveau contractant ne saurait remplacer, sans nouvelle procédure de passation, le contractant initial si ce marché a été confié initialement à une entité *in house*, sans appel à la concurrence (voir, en ce sens, arrêt du 12 mai 2022, [Comune di Lerici](#), C-719/20, EU:C:2022:372, points 41 et 43).
- 56 Cette exigence, qui, en vertu de l'article 43, paragraphe 1, sous d), ii), de la directive 2014/23, doit être considérée comme valant également en matière de concessions, s'explique toutefois par le fait que, si une concession a initialement fait l'objet d'une attribution *in house*, au sens exposé aux points 47 et 48 du présent arrêt, à l'issue d'une procédure ne reposant pas sur des critères de sélection qualitatifs tels que visés à l'article 38 de cette directive, le fait, pour un autre opérateur, qui n'est pas une entité *in house*, de remplacer le concessionnaire initial équivaudrait à une nouvelle attribution de la concession, laquelle devrait être soumise aux règles découlant de ladite directive.
- 57 Toutefois, tel n'est pas le cas d'une modification telle que la modification en cause au principal, qui, visant l'édification, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure opérationnelle de recharge électrique à haute puissance dans les aires de service concernées, porte non pas sur la perte, par le concessionnaire, au cours de l'année 1998, de sa qualité d'entité *in house*, mais sur l'objet de la concession, et qui ne relève donc pas de l'article 43, paragraphe 1, sous d), de la directive 2014/23.
- 58 S'agissant également du contexte dans lequel s'insère l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, il est vrai que, selon la phrase introductive de ce paragraphe 1, les concessions peuvent être modifiées sans « nouvelle procédure d'attribution de concession conformément à [cette] directive ». Toutefois, il ne saurait être inféré de cette phrase que l'article 43 de ladite directive s'appliquerait uniquement aux modifications apportées à des concessions qui ont été initialement attribuées en conformité avec la même directive. En effet, conformément à la jurisprudence rappelée aux points 49 et 50 du présent arrêt, les modifications apportées à une concession après la date limite de transposition de la directive 2014/23 sont susceptibles de relever du champ d'application de cet article 43, et ce, quand bien même cette directive n'est, en vertu de son article 54, second alinéa, pas applicable à l'attribution de concessions ayant fait l'objet d'une offre ou attribuées avant le 17 avril 2014 et, donc, en dehors d'une procédure d'attribution conforme à ladite directive. Ainsi, ladite phrase vise uniquement à imposer que, lorsque la modification d'une concession ne relève pas de l'un des cas énumérés audit article 43, celle-ci ait lieu au terme d'une procédure d'attribution qui soit conforme à la même directive.
- 59 Troisièmement, quant à l'objectif de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, il ressort du considérant 76 de celle-ci que cette disposition vise à conférer aux pouvoirs adjudicateurs une certaine marge de manœuvre afin de pouvoir adapter une concession en cours à des circonstances extérieures qu'ils ne pouvaient prévoir au moment de l'attribution de cette concession, notamment lorsque l'exploitation de celle-ci s'étend sur une plus longue période. Or, exclure du champ d'application de ladite disposition les cas où une concession a été initialement attribuée à une entité *in house* et où le concessionnaire n'a plus cette qualité à la date de la modification de l'objet de cette concession limiterait la possibilité d'exercer cette marge de manœuvre pour un motif qui ne ressort ni du libellé ni du contexte de la même disposition et qui, dans ces conditions, ne saurait être considéré comme reflétant la volonté du législateur de l'Union.
- 60 Il résulte des considérations qui précèdent que l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que, si les conditions prévues à cette disposition sont remplies, une concession peut être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution, même lorsque cette concession a été initialement attribuée, sans mise en concurrence, à une entité *in house* et que la modification de l'objet de ladite concession est effectuée à une date à laquelle le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité *in house*.

- 61 Il convient toutefois d'examiner si, ainsi que le soutiennent, en substance, Fastned et la Commission, l'application de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 est subordonnée à la régularité, au regard du droit de l'Union, de l'attribution initiale de la concession. La juridiction de renvoi fait observer, à cet égard, que, en vertu de l'article 135, paragraphe 2, du GWB, qui transpose l'article 2 septies, paragraphe 1, de la directive 89/665 dans le droit allemand, le délai de recours contre les actes s'y rapportant a expiré depuis longtemps. Il y a lieu, par conséquent, de déterminer si les États membres doivent permettre aux juridictions nationales de contrôler, à titre incident et sur demande, la régularité de l'attribution initiale d'une concession à l'occasion d'un recours tendant à l'annulation d'une modification de celle-ci, lorsque ce recours est introduit par un opérateur faisant preuve d'un intérêt à se voir attribuer la seule partie de cette concession faisant l'objet de cette modification, et ce après l'expiration de tout délai prévu pour l'introduction d'un recours direct tendant à l'annulation de cette attribution initiale.
- 62 Ainsi qu'il ressort tant du considérant 81 de la directive 2014/23 que de l'article 1^{er}, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665, c'est cette dernière directive qui établit les règles que les États membres sont tenus de respecter afin de garantir que les décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces.
- 63 Or, il convient de rappeler, d'une part, que la directive 89/665 vise à assurer le plein respect du droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal indépendant et impartial, consacré à l'article 47, premier et deuxième alinéas, de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans le domaine particulier des marchés publics et des concessions (voir, en ce sens, arrêt du 7 septembre 2021, [Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras](#), C-927/19, EU:C:2021:700, point 128). Afin de réaliser cet objectif, l'article 1^{er}, paragraphe 3, de cette directive impose aux États membres de s'assurer que les procédures de recours sont accessibles au moins à toute personne qui, indépendamment de sa qualité formelle de soumissionnaire ou de candidat, a ou a eu un intérêt à obtenir un marché public ou une concession déterminés et a été ou risque d'être lésée par une violation alléguée (voir, en ce sens, arrêts du 11 janvier 2005, [Stadt Halle et RPL Lochau](#), C-26/03, EU:C:2005:5, point 40, ainsi que du 14 mai 2020, [TSystems Magyarország](#), C-263/19, EU:C:2020:373, point 50).
- 64 Il en résulte que le droit d'un opérateur économique d'introduire un recours, tel que garanti par la directive 89/665, requiert qu'il apporte la preuve d'un intérêt à se voir attribuer la concession en cause dans le cadre d'une nouvelle procédure d'attribution de celle-ci (arrêt du 2 septembre 2021, [Sisal e.a.](#), C-721/19 et C-722/19, EU:C:2021:672, point 59).
- 65 Par ailleurs, s'il est vrai que la directive 89/665 n'interdit pas aux États membres de prévoir des voies de recours en faveur de personnes autres que celles visées à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de cette directive, il n'en demeure pas moins que celle-ci n'impose pas une telle obligation à ces États, ce qui est confirmé, comme M. l'avocat général l'a fait observer au point 86 et à la note en bas de page 61 de ses conclusions, par le considérant 122 de la directive 2014/24 (voir, en ce sens, arrêt du 26 mars 2020, [Hungeod e.a.](#), C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, points 74 et 80).
- 66 D'autre part, l'article 1^{er}, paragraphe 1, quatrième alinéa, de la directive 89/665 prévoit la mise en place, dans les États membres, de recours efficaces et, en particulier, aussi rapides que possible contre des décisions prises par les pouvoirs adjudicateurs en matière de marchés publics ou de concessions qui ont pu violer le droit de l'Union ou les règles nationales transposant ce droit.
- 67 À cet égard, la fixation de délais de recours raisonnables sous peine de forclusion, tels que ceux établis par le droit national en application de l'article 2 septies de la directive 89/665, vise à faire en sorte, dans l'intérêt de la sécurité juridique, que, après leur expiration, il ne soit plus possible de contester une décision du pouvoir adjudicateur ou de soulever une irrégularité de la procédure d'adjudication. La fixation de ces délais est compatible avec le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective et satisfait, en principe, à l'exigence d'effectivité découlant de la directive 89/665 (voir, en ce sens, arrêts

du 12 décembre 2002, [Universale-Bau e.a.](#), C-470/99, EU:C:2002:746, points 76 et 79, ainsi que du 11 septembre 2014, [Fastweb](#), C-19/13, EU:C:2014:2194, point 58).

68 En outre, il ressort de la jurisprudence que, même lorsque le droit national prévoit, en faveur d'une autorité de contrôle, une procédure de recours permettant de faire constater, à titre incident, des infractions à la réglementation en matière de marchés publics dans le but de faire prononcer une sanction pécuniaire à l'égard des cocontractants concernés, le principe de sécurité juridique, qui s'impose, en vertu du droit de l'Union, à toute autorité nationale chargée d'appliquer ce droit, s'oppose à ce qu'une telle procédure puisse être engagée après l'expiration des délais prévus par le droit national applicable à la date des actes dont l'illégalité est alléguée (voir, en ce sens, arrêt du 26 mars 2020, [Hungeod e.a.](#), C-496/18 et C-497/18, EU:C:2020:240, points 90 et 102).

69 Il s'ensuit que ni l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 ni la directive 89/665 n'imposent aux États membres d'assurer que les juridictions nationales contrôlent, à titre incident et sur demande, la régularité de l'attribution initiale d'une concession à l'occasion d'un recours tendant à l'annulation d'une modification de celle-ci, lorsque ce recours est introduit après l'expiration de tout délai prévu par le droit national en application de l'article 2 septies de la directive 89/665 pour contester cette attribution initiale, par un opérateur faisant preuve d'un intérêt à se voir attribuer la seule partie de cette concession faisant l'objet de cette modification.

– *Sur la notion de modification « rendue nécessaire » par des circonstances imprévisibles*

70 Dans sa demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi indique que, bien que la modification en cause au principal soit « substantielle », au sens de la réglementation pertinente, cette modification a été rendue nécessaire par des circonstances que le pouvoir adjudicateur n'était pas en mesure de prévoir, dès lors, notamment, qu'il ne pouvait pas anticiper, en tout cas pour ce qui est des contrats de concession conclus au cours de la période comprise entre l'année 1996 et l'année 1998, qu'un besoin en travaux et en services supplémentaires consistant en l'édification, l'entretien et l'exploitation d'une infrastructure de recharge électrique à haute puissance se présenterait ni qu'une obligation légale de mettre en place une telle infrastructure serait établie.

71 À cet égard, il ressort du considérant 76 de la directive 2014/23 que, lorsque les pouvoirs adjudicateurs se trouvent confrontés à des circonstances extérieures imprévisibles, ils doivent disposer d'une certaine marge de manœuvre pour pouvoir adapter la concession à ces circonstances sans engager de nouvelle procédure d'attribution.

72 Il importe, néanmoins, de relever que, ainsi qu'il ressort de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, la possibilité de modifier une concession sans nouvelle procédure d'attribution en vertu de cette disposition est subordonnée au respect de trois conditions distinctes. La première de celles-ci, qui est énoncée à cet article 43, paragraphe 1, sous c), i), comporte deux éléments tenant, le premier, à la survenance de circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir et, le second, au fait que ces circonstances rendent nécessaire la modification de la concession concernée. La deuxième condition, qui est énoncée audit article 43, paragraphe 1, sous c), ii), exige que la modification concernée ne change pas la nature globale du contrat de concession en cause. La troisième de ces conditions, qui est mentionnée au même article 43, paragraphe 1, sous c), iii), impose, en principe, que l'augmentation du montant de ce contrat ne soit pas supérieure à 50 % du montant du contrat de concession initial.

73 Il convient, dans ce contexte, de préciser, s'agissant de la première de ces conditions, que, contrairement à ce que la juridiction de renvoi semble estimer, la modification d'une concession ne peut pas être considérée comme étant « rendue nécessaire » du seul fait que les stipulations contractuelles de celle-ci ne couvrent pas la situation résultant des circonstances imprévisibles survenues.

74 En effet, ainsi qu'il ressort des deux premières phrases du considérant 76 de la directive 2014/23, la marge de manœuvre qu'accorde aux pouvoirs adjudicateurs l'article 43, paragraphe 1, sous c), de cette

directive vise à préserver l'exploitation de la concession initiale et donc l'exécution correcte des obligations qui en découlent.

- 75 Par conséquent, pour que la modification d'une concession soit considérée comme ayant été « rendue nécessaire » par la survenance de circonstances imprévisibles, encore faut-il que ces circonstances exigent d'adapter la concession initiale afin d'assurer que l'exécution correcte des obligations qui en découlent puisse perdurer.
- 76 En outre, ainsi qu'il a été rappelé au point 72 du présent arrêt, une modification de l'objet de la concession initiale en raison de circonstances imprévisibles ne peut pas être justifiée, au titre de l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, lorsqu'elle change la nature globale de cette concession. Ainsi qu'il ressort du considérant 76 de cette directive, tel est le cas, notamment, lorsque les travaux à exécuter ou les services à fournir sont remplacés par quelque chose de différent ou lorsque le type de concession est fondamentalement modifié.
- 77 Il s'ensuit que l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 permet une modification portant sur l'extension de l'objet de la concession initiale pour autant que, d'une part, la survenance de circonstances imprévisibles lors de l'attribution de cette concession rende cette modification nécessaire pour préserver l'exécution correcte des obligations découlant de ladite concession et, d'autre part, les travaux ou les services visés par cette extension, compte tenu de leur ampleur ou de leurs spécificités par rapport aux travaux ou aux services ayant fait l'objet de la même concession, n'impliquent pas un changement de la nature globale de cette dernière.
- 78 Il appartient à la juridiction de renvoi, outre de s'assurer du respect de la troisième condition exposée au point 72 du présent arrêt, de déterminer si la modification en cause au principal répond aux critères énoncés au point précédent de cet arrêt.
- 79 Si la juridiction de renvoi parvenait à la conclusion que cette modification ne satisfait pas à l'ensemble des conditions posées à l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23, il lui appartiendrait encore d'examiner si ladite modification est susceptible de satisfaire à celles énoncées à cet article 43, paragraphe 1, sous b).
- 80 À cet égard, cette juridiction devrait, notamment, vérifier, conformément audit article 43, paragraphe 1, sous b), i) et ii), que les travaux ou les services visés par la modification en cause au principal ne pouvaient pas, d'un point de vue économique et technique, et sans entraîner d'inconvénient majeur ou de multiplication de coûts pour le pouvoir adjudicateur, faire l'objet d'une concession autonome attribuée à la suite d'une procédure de mise en concurrence.
- 81 Il importe d'ajouter que, certes, selon les indications fournies par la juridiction de renvoi, l'article 5, paragraphe 3, première phrase, du SchnellLG dispose que le titulaire d'une concession d'exploitation d'une installation de service annexe aux autoroutes fédérales allemandes, incluant une station-essence, doit se voir proposer la possibilité de prendre en charge, pour son propre compte, l'édification, l'entretien et l'exploitation des points de recharge électrique à haute puissance prévus sur le site concerné. Toutefois, cette juridiction indique également que, selon cette disposition, l'obligation du pouvoir adjudicateur de proposer à ce titulaire de prendre en charge les travaux et services s'y rapportant n'existe que pour autant que la partie 4 du GWB, qui transpose les dispositions de la directive 2014/23 dans le droit allemand, n'y fasse pas obstacle.
- 82 Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre à la question posée que l'article 43, paragraphe 1, sous c), de la directive 2014/23 doit être interprété en ce sens que :
- si les conditions prévues à cette disposition sont remplies, une concession peut être modifiée sans nouvelle procédure d'attribution, même lorsque cette concession a été initialement attribuée, sans mise en concurrence, à une entité *in house* et que la modification de l'objet de ladite concession est effectuée à une date à laquelle le concessionnaire n'a plus la qualité d'entité *in house* ;

- il n'impose pas aux États membres d'assurer que les juridictions nationales contrôlent, à titre incident et sur demande, la régularité de l'attribution initiale d'une concession à l'occasion d'un recours tendant à l'annulation d'une modification de celle-ci, lorsque ce recours est introduit après l'expiration de tout délai prévu par le droit national en application de l'article 2 septies de la directive 89/665 pour contester cette attribution initiale, par un opérateur faisant preuve d'un intérêt à se voir attribuer la seule partie de cette concession faisant l'objet de cette modification ;
- la modification d'une concession est « rendue nécessaire », au sens de cet article 43, si des circonstances imprévisibles exigent d'adapter la concession initiale afin d'assurer que l'exécution correcte de celle-ci puisse perdurer.

- **Transposition en droit interne**

Article L.6 du Code de la commande publique

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.

A ce titre :

(...) 4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ;

Article L.2194-1 du Code de la commande publique

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

- 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;
- 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;
- 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;
- 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;
- 5° Les modifications ne sont pas substantielles ;
- 6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

Article R.2194-1 et s. du Code de la commande publique

Art. R.2194-1 :

Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Art. R.2194-2 :

Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial.

Art. R.2194-3 :

Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 2194-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Art. R.2194-4 :

Pour le calcul du montant de la modification mentionnée à l'article [R. 2194-2](#), l'acheteur tient compte de la mise en œuvre de la clause de variation des prix.

Art. R.2194-5 :

Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Dans ce cas, les dispositions des articles [R. 2194-3](#) et [R. 2194-4](#) sont applicables.

Article R. 2194-6 :

Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants :

1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article [R. 2194-1](#) ;

2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial.

Article R2194-7 :

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article [L. 2194-1](#), une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;

3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;

4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article [R. 2194-6](#).

Article R2194-8 :

Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article [R. 2194-7](#) sont remplies.

Les dispositions de l'article [R. 2194-4](#) sont applicables au cas de modification prévue au présent article.

Article R.2194-9 :

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article [R. 2194-8](#) sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

CE 16 mai 2022, SHAM, n° 459408

1. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, à l'issue d'une procédure d'appel d'offres ouvert, le Groupe hospitalier du sud de l'Ile-de-France (GHSIF) a conclu, le 23 décembre 2019, avec un groupement conjoint composé du Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), courtier et mandataire du groupement, et des sociétés Amtrust International Underwriters DAC, Areas Dommages, Lloyd's Insurance Company et Groupama protection juridique, un marché d'assurance responsabilité civile et risques annexes, pour une durée de trois ans à compter du 1er janvier 2020. Par courrier du 22 juin 2021, la compagnie Amtrust International Underwriters DAC a informé le GHSIF de son intention de " résilier le marché d'assurance de responsabilité civile " à compter du 31 décembre 2021 à minuit. Le 8 septembre 2021, le GHSIF a alors signé avec le BEAH un avenant n° 1 au contrat d'assurance substituant la compagnie Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC, pour la durée restant à courir du marché. La Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Melun d'une demande qui doit être regardée comme visant, en application de l'article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, à l'annulation de cet avenant. Par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté cette demande.

Sur le cadre juridique :

2. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". Aux termes de l'article L. 551-14 du même code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'Etat dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local ". Aux termes de l'article L. 551-18 dudit code : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou lorsqu'a été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / (...). Enfin, aux termes de l'article L. 551-19 de ce code : " Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat (...). "

3. Il n'entre dans la compétence du juge du référé contractuel, telle que définie par l'article L. 551-13 du code de justice administrative, de statuer sur un avenant à un contrat que lorsque la conclusion d'un tel accord est soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des contrats visés aux articles L. 551-1 et L. 551-5.

Sur les conclusions du pourvoi :

4. D'une part, aux termes de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique : " Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : / 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; / 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; / 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ; / 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; / 5° Les modifications ne sont pas substantielles ; / 6° Les

modifications sont de faible montant. / Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ".

5. Aux termes de l'article R. 2194-5 du même code : " Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir (...) ". Aux termes de l'article R. 2194-6 : " Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants : / 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ; / 2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial ". Aux termes de l'article R. 2194-7 : " Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. / Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie : (...) 4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 ".

6. D'autre part, aux termes de l'article R. 2142-19 du code de la commande publique : " Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés ". Aux termes de l'article R. 2142-20 du même code : " Le groupement est : / 1° Conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ; / 2° Solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché ". Aux termes de l'article R. 2142-25 de ce code : " L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché ".

7. La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par les dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, citées au point 4, et précisés par les dispositions réglementaires citées au point 5.

8. Il en résulte qu'en jugeant que la substitution effectuée par l'avenant contesté de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC au sein du groupement titulaire du marché passé par le GHISF ne constituait pas une modification du titulaire du marché soumise aux dispositions citées aux points 4 et 5 dès lors que cette modification ne concernait qu'un membre du groupement et que son mandataire n'avait pas changé, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit. La SHAM est, par suite, fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur les conclusions dirigées contre l'avenant signé le 8 septembre 2021 :

10. En premier lieu, d'une part, il résulte de ce qui a été dit précédemment que la substitution de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC comme membre du groupement avec lequel a été passé le marché doit être regardée comme un changement de titulaire, qui ne peut avoir régulièrement lieu que dans les cas et conditions prévus par l'article R. 2194-6 du code de la commande publique. Or il résulte de l'instruction que cette modification n'a pas eu lieu en application d'une clause de réexamen ou d'une

option et qu'elle n'est pas intervenue à la suite d'une opération de restructuration de la société Amtrust International Underwriters DAC.

11. D'autre part, la décision de cette société de se retirer du groupement, qui met en œuvre une clause de résiliation prévue par le contrat lui-même, ne peut être regardée comme constituant une circonstance qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir au sens des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique.

12. En second lieu, aux termes de l'article R. 2194-8 du code de la commande publique : " Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies. / Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article ". Il résulte de l'avenant litigieux qu'il porte la prime d'assurance pour la seule année 2022 de 2,65% à 3,048% du budget, soit une augmentation de 74 610,60 euros hors taxes, ce qui représente une augmentation de 5,01% du montant total du marché sur les trois années d'exécution. Cette augmentation porte ainsi sur un montant inférieur au seuil de 215 000 euros hors taxes et inférieur à 10 % du montant total du marché. Dès lors, il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la SHAM n'est pas recevable à contester devant le juge du référé contractuel cet avenant en tant qu'il a modifié le prix du marché d'assurances initial.

13. Il résulte de ce qui précède que la SHAM est seulement recevable à saisir le juge du référé précontractuel des stipulations de l'avenant signé le 8 septembre 2021 qui procèdent au remplacement de la société Amtrust International Underwriters DAC par la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC, lesquelles sont divisibles des autres stipulations de l'avenant, et qu'elle est fondée à soutenir qu'en procédant à ce remplacement sans mise en concurrence le GHISF a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

14. Si cette irrégularité est, par application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, de nature à entraîner l'annulation de ces stipulations de l'avenant litigieux, une telle annulation se heurte en l'espèce à une raison impérieuse d'intérêt général, tenant à l'obligation légale faite aux établissements de santé de bénéficier d'une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile et aux conséquences disproportionnées, au regard des manquements commis, qu'aurait une annulation rétroactive de l'avenant sur la couverture assurantielle des sinistres ayant été susceptibles de survenir depuis sa signature. En outre, compte tenu, d'une part, de l'obligation d'assurance des établissements de santé, laquelle fait obstacle à ce qu'une résiliation soit prononcée avec un effet immédiat, et, d'autre part, de la durée d'exécution du contrat restant à courir, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 551-19 du code de justice administrative et d'infliger au GHSIF une pénalité financière de 5 000 euros.

CE 8 mars 2023, Syndic. Intercom. Périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication SIPPAREC, n° 464619

1. Aux termes de l'article L. 554-1 du code de justice administrative : " Les demandes de suspension assortissant les requêtes du représentant de l'Etat dirigées contre les actes des communes sont régies par le 3^e alinéa de l'article L. 2131-6 du code général des collectivités territoriales ci-après reproduit : / "Art. L. 2131-6, alinéa 3.-Le représentant de l'Etat peut assortir son recours d'une demande de suspension. Il est fait droit à cette demande si l'un des moyens invoqués paraît, en l'état de l'instruction, propre à créer un doute sérieux quant à la légalité de l'acte attaqué. Il est statué dans un délai d'un mois." / Les demandes de suspension assortissant les requêtes du représentant de l'Etat dirigées contre les actes d'autres collectivités ou établissements suivent, de même, les règles fixées par les articles L. 2541-22, L. 2561-1, L. 3132-1, L. 4142-1, L. 4411-1, L. 4421-1, L. 4431-1, L. 5211-3, L. 5421-2, L. 5711-1 et L. 5721-4 du code général des collectivités territoriales (...) ".

2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris

que, par trois délibérations du 16 décembre 2021, le comité syndical du syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour les énergies et les réseaux de communication (SIPPEREC) a modifié unilatéralement les trois conventions concédant la distribution d'électricité à la société Enedis, respectivement, sur le territoire des communes membres du syndicat SUD ELEG du Val-de-Marne et de l'Essonne, sur le territoire de la commune de Villiers-sur-Marne et sur son territoire dit " historique ". Le préfet de Paris, préfet de la région d'Ile-de-France a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Paris de suspendre l'exécution de ces délibérations, sur le fondement de l'article L. 554-1 du code de justice administrative. Le juge des référés du tribunal administratif, par une ordonnance du 21 mars 2022, a fait droit à cette demande de suspension. Par l'ordonnance attaquée du 18 mai 2022, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris a rejeté l'appel formé par le SIPPEREC contre cette ordonnance.

3. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique contractante peut unilatéralement apporter des modifications à un tel contrat dans l'intérêt général, son cocontractant étant tenu de respecter les obligations qui lui incombent en vertu du contrat ainsi modifié tout en ayant droit au maintien de l'équilibre financier du contrat. La personne publique peut ainsi, lorsqu'une clause du contrat est affectée d'une irrégularité tenant au caractère illicite de son contenu et à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat, y apporter de manière unilatérale les modifications permettant de remédier à cette irrégularité. Si la clause n'est pas divisible du reste du contrat et que l'irrégularité qui entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge.

4. En jugeant que la modification unilatérale d'un contrat concédant un service public ne saurait être mise en oeuvre au seul motif de purger le contrat de stipulations illicites, alors que, ainsi qu'il vient d'être dit, la personne publique peut modifier une clause illicite de manière à remédier à son irrégularité si celle-ci est divisible du reste du contrat, pour en déduire qu'il existait un doute sérieux sur la légalité de la délibération dont la suspension lui était demandée, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit.

5. Le SIPPEREC est, par suite, fondé à demander l'annulation de l'ordonnance qu'il attaque.

6. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de l'Etat la somme de 3 000 euros à verser au SIPPEREC sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les dispositions de cet article font en revanche obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge du SIPPEREC qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

Lire les documents reproduits.

Lectures imposées

Circulaire du 20 novembre 1974 (JO 30 nov.) relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (Journal officiel du 30 novembre 1974 et brochure des Journaux officiels n° 2007)

Circulaire du 29 septembre 2022, n°6374/SG

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/actualites/Circulaire29septembre2022-.pdf?v=1664872405

Lectures suggérées

- L. Richer, L'imprévision et les marchés publics, *AJDA* 2022. 1497
- G. Eckert, Retour sur la théorie administrative de l'imprévision, *CMP* 2022. Repère 9
- Dossier *Les théories jurisprudentielles en droit des contrats administratifs*, *AJDA* 14 nov. 2022, n°38.
- B. Thirion, «Après le pic : quelles réponses à l'inflation dans la commande publique ? », *CMP* 2023, étude 9
- S. Nicinski, « L'imprévision : récentes interrogations sur une ancienne théorie », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025
- Th. Laloum et V. Chanel, « La protection de l'intérêt financier de la partie publique par le juge administratif en matière contractuelle », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

Travail possible (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

_ Dissertation : Le contrat de la commande publique à l'épreuve de circonstances imprévues.

_ Commentaire : CE 17 mars 2025, *Sté. Eiffage construction*, n° 491682

_ Cas pratique (sujet de mai 2024)

A la suite des confinements où la qualité de l'air a été améliorée et à l'occasion des différents déconfinements, en 2020 et 2021, la ville a engagé une réflexion relative à la réduction de l'utilisation de véhicules personnels à moteur thermique, plus polluants, dont l'afflux est de nature à nuire à la qualité de l'air.

Dans un « plan qualité de l'air », elle a exposé son souhait d'encourager l'usage des cycles et des engins de déplacements personnels motorisés en développant les pistes cyclables. Elle a, dans ce cadre, mis en place de nouvelles voies réservées aux bus afin d'améliorer leur rapidité et décourager l'usage de la voiture individuelle. Par un arrêté du 7 mai 2020, elle a ainsi changé la circulation au centre-ville, d'abord de façon provisoire puis par un arrêté du 7 mai 2021, de façon définitive. Deux parkings ont été durement éprouvés. L'un place Guthenberg et l'autre au Pont du Corbeau, exploités par l'entreprise Stationauto dans le cadre de contrats de concessions conclus en 2003. Depuis lors, la fréquentation a, selon cette entreprise, baissé de façon significative (moins 65% dans ces deux parkings) ce qui lui a causé un important préjudice financier. Elle dispose de données lui permettant d'affirmer que les parkings situés en entrée de ville n'ont vu leur fréquentation diminuer que de 20%. Afin de compenser cette baisse, l'entreprise a procédé à des remaniements et aménagements qui ont permis de diminuer les charges, notamment de personnels. Ses résultats sont ainsi tout juste à l'équilibre. En échangeant avec ses concurrents, elle a constaté que les autres concessionnaires avaient bénéficié d'aides diverses telles que des baisses de redevances domaniales ou un allongement de la durée de leur concession. L'entreprise Stationauto, se sentant lésée, a présenté une demande indemnitaire qui a été rejetée le 10 avril 2024. Elle souhaite saisir le TA de Strasbourg d'une demande de condamnation de la ville de Strasbourg à lui verser une indemnité couvrant ses préjudices d'exploitation et ses manques à gagner qu'elle estime à hauteur de la somme globale de 1.234.765 euros.

Elle pense que trois fondements de responsabilité contractuelle sont envisageables : la responsabilité contractuelle pour faute, pour manquement au devoir de bonne foi ou de loyauté contractuelle ; la responsabilité sans faute pour imprévision ; la responsabilité sans faute du fait du Prince. Vous le renseignez sur ces trois fondements.

Article L.6 du Code de la commande publique

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.

A ce titre :

3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;

4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ;

5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.

Article L.2194-1 du Code de la commande publique

Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque :

1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;

2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;

3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;

4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;

5° Les modifications ne sont pas substantielles ;

6° Les modifications sont de faible montant.

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché.

Article R.2194-1 et s. du Code de la commande publique

Art. R.2194-1 :

Le marché peut être modifié lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents contractuels initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.

Ces clauses indiquent le champ d'application et la nature des modifications ou options envisageables ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage.

Art. R.2194-2 :

Le marché peut être modifié lorsque, sous réserve de la limite fixée à l'article R. 2194-3, des travaux, fournitures ou services supplémentaires, quel que soit leur montant, sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, à la condition qu'un changement de titulaire soit impossible pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à des exigences d'interchangeabilité ou d'interopérabilité avec les équipements, services ou installations existants achetés dans le cadre du marché initial.

Art. R.2194-3 :

Lorsque le marché est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de la modification prévue à l'article R. 2194-2 ne peut être supérieur à 50 % du montant du marché initial.

Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification.

Ces modifications successives ne doivent pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Art. R.2194-5 :

Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir.

Dans ce cas, les dispositions des articles [R. 2194-3](#) et [R. 2194-4](#) sont applicables.

Article R2194-7 :

Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles.

Pour l'application de l'article [L. 2194-1](#), une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie :

1° Elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou permis le choix d'une offre autre que celle retenue ;

2° Elle modifie l'équilibre économique du marché en faveur du titulaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché initial ;

3° Elle modifie considérablement l'objet du marché ;

4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article [R. 2194-6](#).

Article R2194-8 :

Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article [R. 2194-7](#) sont remplies.

Les dispositions de l'article [R. 2194-4](#) sont applicables au cas de modification prévue au présent article.

Article R.2194-9 :

Lorsque plusieurs modifications successives relevant de l'article [R. 2194-8](#) sont effectuées, l'acheteur prend en compte leur montant cumulé.

Article L.2195-2 du Code de la commande publique (L. 3136-2 pour les concessions).

L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure.

C. civ., art. 1195

Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder

à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

CE 21 oct. 2019, Sté. Alliance, n° 419155

2. Saisi par la société Alliance d'une demande d'annulation de cette mesure et de conclusions aux fins de résiliation de la convention, le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a, par un premier jugement rendu le 26 septembre 2012, annulé l'arrêt du 16 septembre 2008 et ordonné une expertise en vue de déterminer les causes des difficultés financières rencontrées par la société Alliance durant l'exécution de la convention de délégation de service public et si les conditions économiques résultant de la diminution du trafic de fret constatée au niveau international avaient constitué un événement extérieur ayant définitivement empêché le délégataire d'équilibrer ses dépenses avec ses ressources. Puis, par un second jugement, en date du 13 juillet 2016, le même tribunal a, d'une part, prononcé la résiliation de la convention de délégation de service public à compter du 1er juillet 2008 au motif du bouleversement de l'économie du contrat et, d'autre part, rejeté les conclusions par lesquelles la société Alliance sollicitait la condamnation de l'Etat à l'indemniser des préjudices résultant des conditions dans lesquelles la délégation de service public avait été exécutée et pris fin. Par un arrêt du 19 décembre 2017, contre lequel la société Alliance se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel formé par la société contre ce jugement en tant qu'il a rejeté ses conclusions indemnitaires.

En ce qui concerne l'indemnité d'imprévision :

3. Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Le concessionnaire est alors en droit de réclamer au concédant une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles.

4. En premier lieu, il ressort des pièces de la procédure que par son jugement du 13 juillet 2016 devenu sur ce point définitif, le tribunal administratif de Saint-Pierre-et-Miquelon a prononcé la résiliation du contrat en raison d'un bouleversement de l'économie du contrat résultant d'un déficit d'exploitation ayant pour origine la surestimation par l'Etat du volume de fret transporté. Si l'autorité de chose jugée s'étend non seulement au dispositif d'une décision, mais également aux motifs qui en sont le soutien nécessaire, il n'y avait en l'espèce pas identité d'objet entre la demande de la société Alliance tendant à la résiliation de la convention de délégation de service public et sa demande de condamnation de l'Etat à lui verser une indemnité au titre de l'imprévision. Par suite, la cour administrative d'appel de Bordeaux, qui a statué dans les limites des conclusions dont elle était saisie, n'a pas méconnu l'autorité de la chose jugée attachée au jugement de première instance en rejetant les conclusions de la société tendant au versement d'une indemnité au titre de l'imprévision au motif que la baisse du trafic n'était pas principalement à l'origine des déficits d'exploitation de la société requérante.

5. En deuxième lieu, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la cour administrative d'appel de Bordeaux a relevé, au terme d'une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'il ne résultait pas de l'instruction que la diminution du fret de 16 % par rapport aux prévisions de trafic réalisées lors de l'élaboration du contrat soit principalement à l'origine des déficits d'exploitation dont la société Alliance faisait état, lesquels devaient être regardés comme étant largement la conséquence de l'état de fragilité financière initiale de la société, qui n'était ni imprévisible ni extérieur à l'action du cocontractant, et des conditions dans lesquelles avaient été définis les termes de la délégation, qui n'étaient pas davantage imprévisibles. Dès lors que la part du déficit d'exploitation qui était directement imputable à des circonstances imprévisibles et extérieures ne suffisait pas à caractériser un bouleversement de l'économie du contrat, la cour n'a pas commis

d'erreur de droit en en déduisant que la société n'était pas fondée à solliciter le versement d'une indemnité d'imprévision.

6. En troisième lieu, contrairement à ce qui est soutenu, la société n'avait pas invoqué à titre subsidiaire, pour solliciter une indemnisation au titre des pertes cumulées pendant la période d'exécution du contrat au cas où l'indemnité demandée sur le fondement de la théorie de l'imprévision ne serait pas retenue, l'existence d'une faute de l'Etat dans l'établissement de la convention du fait du caractère erroné des prévisions de trafic données aux candidats pour établir leur offre. Par suite, le moyen tiré de ce que l'arrêt attaqué serait insuffisamment motivé faute pour la cour d'avoir répondu au moyen tiré de l'existence d'une faute de l'Etat dans l'établissement de la convention de délégation de service public ne peut qu'être écarté.

En ce qui concerne les autres chefs de préjudice :

7. Pour rejeter les conclusions de la société Alliance tendant à l'indemnisation de son manque à gagner, de la perte de valeur de son fonds de commerce et de ses frais d'établissement non amortis, la cour administrative d'appel a relevé que la société ne justifiait de la réalité du préjudice allégué ni en ce qui concerne le manque à gagner subi, pour lequel elle se bornait à présenter un tableau des bénéfices escomptés, ni en ce qui concerne ses frais d'établissement non amortis et qu'il ne résultait par ailleurs pas de l'instruction que son fonds de commerce aurait subi une perte de valorisation qui serait la conséquence directe de la fin anticipée de la délégation de service public. La cour administrative d'appel de Bordeaux a ce faisant suffisamment motivé sa décision sur ce point.

CE Avis, Ass. Gén., Sect. Adm. 15 sept. 2022, N° 405540, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

Le Conseil d'Etat, saisi le 14 juin 2022 par le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique d'une demande d'avis relative aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, comportant les questions suivantes :

Sur le principe de la modification des clauses financières ou de la durée d'un marché ou d'un contrat de concession :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable :

1. En premier lieu, selon les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du code de la commande publique, un marché ou un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque, notamment, les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1°) ou sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (3°) ou ne sont pas substantielles (5°) ou encore sont de faible montant (6°). Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur ou l'autorité concédante unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ou du contrat de concession (dernier alinéa).

En vertu des articles L. 2194 2 et L. 3135 2 du même code, lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, son cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6 de ce code.

2. Les articles R. 2194-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants du code de la commande publique précisent les conditions et limites des modifications ainsi permises.

Il en résulte que les « circonstances imprévues » qui rendent nécessaires une modification sont celles qu'une autorité diligente ne pouvait pas prévoir (articles R. 2194 5 et R. 3135 5) et que, en pareil cas, s'agissant des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur, chaque modification ne peut excéder 50 % du montant du contrat initial, des modifications successives ne devant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (articles R. 2194 3 et R. 3135 3).

Les modifications qui ne sont « pas substantielles » sont celles, quel que soit leur montant, qui n'introduisent pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou le choix d'une offre autre que celle retenue, qui ne modifient pas l'équilibre économique du marché ou du contrat de concession en faveur du titulaire ou du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et qui ne modifient pas non plus considérablement l'objet du marché ou n'étendent pas considérablement le champ d'application du contrat de concession (articles R. 2194 7 et R. 3135 7).

Les modifications « de faible montant » sont celles dont le montant est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de services et de fournitures et les contrats de concession ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si elles répondent à la définition d'une modification non substantielle (articles R. 2194-8 et R. 3135-8). Lorsque plusieurs modifications de faible montant successives sont effectuées, l'autorité contractante prend en compte leur montant cumulé (articles R. 2194 9 et R. 3135 9).

3. En second lieu, il résulte de l'article L. 2112 6 du code de la commande publique que les prix ou leurs modalités de fixation et, le cas échéant, leurs modalités d'évolution doivent être définis par le marché. Précisant ces dispositions, les articles R. 2112 7 et suivants de ce code prévoient qu'un marché est, en principe, conclu à prix définitif, ce prix prenant la forme soit d'un prix ferme, invariable pendant la durée du marché sous réserve de son actualisation, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs, soit d'un prix révisable qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques.

Par ailleurs, selon le premier alinéa de l'article R. 2112 4 du même code, un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

En ce qui concerne la possibilité d'une modification des seules clauses financières ou de la durée des contrats :

4. Le Conseil d'Etat relève qu'il ne résulte pas des dispositions du code de la commande publique citées aux points 1 et 2 que les modifications des marchés et des concessions qu'elles autorisent et encadrent ne peuvent porter que sur les caractéristiques ou les conditions d'exécution des prestations initialement convenues, et non sur les clauses financières, ni qu'elles doivent nécessairement porter sur ces caractéristiques et conditions, de sorte que serait prohibée une modification des seules clauses financières (modification « sèche » du prix).

De telles restrictions ne figurent pas non plus dans les directives du 26 février 2014 susvisées que ces dispositions transposent (article 43 de la directive 2014/23/UE, article 72 de la directive 2014/24/UE et article 89 de la directive 2014/25/UE), et ne s'en déduisent pas plus.

Quant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui prohibe par principe les modifications substantielles apportées à un marché ou un contrat de concession en cours dont les stipulations n'en prévoient pas la possibilité (19 juin 2008, Preettext Nachrichtenagentur GmbH, aff. C-454/06, s'agissant d'un marché de services ; 13 avril 2010, Wall AG, aff. C-91/08, s'agissant d'une concession de services), elle a été dégagée antérieurement aux directives du 26 février 2014 et ne saurait être regardée comme faisant obstacle aux modifications, y compris du prix ou de la durée, que celles-ci permettent désormais, notamment lorsque les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices se trouvent confrontés à des circonstances imprévisibles.

5. Les dispositions réglementaires du code de la commande publique citées au premier alinéa du point 3, dont il résulte que le prix convenu est en principe définitif, n'ont pas pour portée de restreindre les possibilités de modification d'un marché ainsi expressément prévues depuis les directives de 2014. Ces dispositions, qui d'ailleurs ne sont pas prises pour la transposition des directives européennes, dans lesquelles elles n'ont pas d'équivalent, sont relatives au contenu du marché ainsi qu'à la forme et à l'évolution des prix stipulés, qu'ils soient ceux du marché initial ou qu'ils résultent d'un avenant ou d'une modification unilatérale. Le Conseil d'Etat note en outre que les aléas pris en compte par ces mêmes dispositions pour distinguer, au sein des prix définitifs, le prix ferme du prix révisable, correspondent aux aléas majeurs « du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions

économiques pendant la période d'exécution des prestations » (articles R. 2112-9 et R. 2112-13), non aux aléas résultant de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Au demeurant, s'il ressort de la jurisprudence administrative qu'en principe les prix prévus et les autres clauses financières lient les parties, ce dont il se déduit que le cocontractant de l'administration n'a pas de droit à leur modification, des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux, rendues sur le fondement des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur des directives de 2014, ont admis, dans des circonstances particulières, que le caractère définitif des prix stipulés ne s'oppose pas de manière absolue à leur modification. Il a notamment été jugé que les dispositions relatives au caractère définitif des prix d'un marché public n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme (CE, 20 décembre 2017, Société Area Impianti, n° 408562). En outre, sur le fondement des dispositions de l'article R. 2194 5 du code de la commande publique, le juge administratif admet que des stipulations divisibles d'un avenant puissent procéder à l'augmentation de la prime prévue dans un marché d'assurance (CE, 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM), n° 459408).

6. Le Conseil d'Etat estime, en conséquence de ce qui précède, que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions citées aux points 1 et 2, dès lors que les prix ainsi modifiés respectent les dispositions citées au premier alinéa du point 3, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Il considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution.

7. Les dispositions du code de la commande publique, notamment celles de son article R. 2112 4 citées au second alinéa du point 3, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Ainsi, des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées, au sens des dispositions citées aux points 1 et 2, comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant. Le Conseil d'Etat relève néanmoins la difficulté pratique qui tient à la nécessité d'évaluer une durée en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer, le cas échéant, du respect des plafonds imposés par ces dernières dispositions.

8. Il convient enfin de souligner que si de telles modifications contractuelles sont possibles, dès lors qu'elles correspondent aux hypothèses et respectent les conditions et limites fixées par les dispositions qui leur sont applicables, l'autorité contractante, qui doit veiller au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789, et qui est reprise à l'article L. 3 du code de la commande publique, n'est en aucun cas contrainte d'en prendre l'initiative ou de les accepter.

Sur les différentes hypothèses de modification des seules clauses financières ou de la durée du marché ou du contrat de concession :

En ce qui concerne les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles :

9. En premier lieu, il résulte des dispositions précitées des articles R. 2194 5 et R. 3135-5 du code de la commande publique que les modifications qu'elles permettent ne sauraient être justifiées par des événements ainsi que leurs conséquences financières qui pouvaient raisonnablement être prévus par les parties au moment de contracter : ces dispositions n'ont pas pour objet et ne peuvent avoir pour effet d'assurer au cocontractant la couverture des risques dont il a tenu compte ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales et qu'il doit en conséquence supporter. Par suite, la modification du contrat sur le fondement de ces dispositions n'est possible que si l'augmentation des dépenses

exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.

10. En second lieu, lorsque les parties mettent en œuvre ces mêmes dispositions, leur liberté contractuelle n'est pas sans limite. Les modifications apportées au contrat sur leur fondement doivent être directement imputables aux circonstances imprévisibles et ne peuvent excéder ce qui est nécessaire pour y répondre ni, en tout état de cause, le plafond, apprécié pour chaque modification, de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. Elles ne peuvent pas non plus changer la nature globale du contrat.

11. Le Conseil d'Etat souligne en outre que, lors de la négociation de modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, l'autorité contractante doit s'attacher au respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

En ce qui concerne les modifications de faible montant :

12. Dans le respect des limites en montant fixées par les dispositions précitées (articles R. 2194 8, R. 2194 9, R. 3135 8 et R. 3135 9), les parties sont libres de procéder, si elles le souhaitent d'un commun accord, à la compensation de toute perte subie par le cocontractant même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial.

Le Conseil d'Etat estime cependant qu'il incombe à l'autorité contractante de s'assurer, compte tenu de ses besoins propres, de la nécessité de telles modifications et d'éviter que, malgré leur faible montant, elles aient pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir en contractant et qui devrait en conséquence rester à la charge de l'opérateur économique, en particulier du concessionnaire.

13. Les parties ayant procédé à des modifications de faible montant de leur marché ou contrat de concession peuvent, par la suite, le modifier de nouveau sur le fondement, si les conditions en sont remplies, des dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles.

14. Lorsque les parties mettent en œuvre les dispositions du code de la commande publique relatives aux modifications de faible montant, l'autorité contractante doit prendre en considération les mêmes principes que ceux rappelées au point 11.

En ce qui concerne les modifications non substantielles :

15. Les modifications non substantielles du contrat mises en œuvre sur le fondement des dispositions des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique ne comportent pas de limite en montant, mais ne sauraient permettre aux parties de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer en faveur de l'entrepreneur, d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial, son équilibre économique tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des prestations, les prix ou les tarifs.

Le Conseil d'Etat estime en outre que les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, sont régies par les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135 5 du code, qui soumettent, lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de chaque modification à un plafond de 50 % du montant du marché initial.

Sur l'articulation de la jurisprudence sur l'imprévision et des dispositions régissant la modification des marchés ou des contrats de concession :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable à l'indemnisation de l'imprévision :

16. Aux termes du 3° de l'article L. 6 du code de la commande publique, applicable aux contrats

entrant dans le champ de la commande publique qui ont le caractère de contrats administratifs : « Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». Le Conseil d'Etat relève que ces dispositions, à la différence de celles des 1°, 4° et 5° du même article relatives respectivement aux pouvoirs de l'autorité contractante de contrôle sur l'exécution du contrat, de modification unilatérale et de résiliation unilatérale, ne précisent pas que l'indemnisation de l'imprévision est octroyée dans les conditions prévues par le code, qui ne peut en conséquence être regardé comme la régissant.

17. Le législateur ayant entendu codifier la jurisprudence du Conseil d'Etat sur l'imprévision (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928 ; CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, n° 419155), sans y déroger ni en préciser les conditions d'application, les principes que cette jurisprudence a dégagés demeurent.

Parmi ces principes figure celui selon lequel l'indemnisation de l'imprévision a pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public, ce qui implique que seul le cocontractant qui continue à remplir ses obligations contractuelles et subit, de ce fait, un déficit d'exploitation, a droit à une indemnité. Il est aussi jugé que l'indemnité d'imprévision doit rester provisoire et que, si les événements ayant justifié son octroi perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution, de sorte que l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat.

18. Ainsi, il y a lieu de considérer que le droit à indemnité que détient l'entrepreneur au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et ainsi la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014 permettant et encadrant la modification des marchés ou des contrats de concession en cours, qui ne créent qu'une faculté pour le titulaire d'un marché ou le concessionnaire de demander la modification de son contrat, notamment lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles. Inversement, ce droit à indemnisation extracontractuel ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de ces mêmes dispositions.

En ce qui concerne l'articulation des différents remèdes à la situation résultant de circonstances imprévisibles :

S'agissant de la modification du contrat :

19. Afin de remédier à une situation résultant de circonstances imprévisibles, il est possible, en premier lieu, de modifier les marchés et contrats de concession (CE, 14 janvier 1955, Société La Fusion des gaz, n° 75236). Ainsi qu'il a été dit aux points 4 à 8, ces modifications peuvent concerner, sur le fondement des dispositions du code de la commande publique, sous réserve qu'elles ne changent pas la nature globale du contrat, tant les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations que le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination, ou encore la durée initialement convenus. Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante.

20. De telles modifications des marchés et contrats de concession doivent respecter le cadre juridique posé par les dispositions citées aux points 1 et 2 relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, dans les conditions précisées aux points 9 à 11.

Le Conseil d'Etat estime qu'un même marché ou contrat de concession, passé par un pouvoir adjudicateur, peut faire l'objet d'autant de modifications d'un montant maximal, chacune, de 50 % du montant du contrat initial qu'il y a d'événements imprévisibles distincts dont le déficit d'exploitation est la conséquence directe. Les modifications successives ne doivent cependant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence, ce dont il se déduit que les modifications envisagées doivent être strictement limitées, tant dans leur champ d'application que dans leur durée, à ce qui est rendu nécessaire par les circonstances imprévisibles pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique.

21. Le Conseil d'Etat rappelle enfin que l'autorité contractante n'a aucune obligation de conclure avec son cocontractant un nouveau contrat comportant notamment des prix plus élevés que ceux du contrat initial (CE, Sect. 5 novembre 1982, Société Propétrol, n° 19413). Ainsi, s'il est toujours loisible à l'entrepreneur, en cas de circonstances imprévisibles bouleversant l'économie du contrat, de présenter à l'autorité contractante une demande de modification des clauses financières du contrat, il n'a pas de droit à obtenir la révision de ces clauses, mais uniquement une indemnité pour charges extracontractuelles qui, en cas de désaccord de l'autorité contractante, lui sera octroyée, le cas échéant, par le juge.

S'agissant de la conclusion d'une convention dont le seul objet est l'indemnisation des charges extracontractuelles :

22. En second lieu, le Conseil d'Etat considère que les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité (CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97613), afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Celle-ci ne peut être que temporaire et la convention doit précisément la fixer. La convention d'indemnisation, qui permet de maintenir un certain équilibre contractuel en indemnisant l'opérateur économique qui, malgré la situation tout à fait exceptionnelle à laquelle il est confronté, poursuit la prestation initialement prévue, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du marché ou du contrat de concession ni les obligations contractuelles réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, qu'elle vise précisément à préserver.

Dès lors, cette convention d'indemnisation, de même d'ailleurs qu'une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extracontractuelles afférentes à la période d'imprévision (CE Ass. 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, n° 89655), ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un contrat de concession au sens des dispositions du 3° des articles L. 2194 1 et L. 3135 1 et de celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique. Par suite, elle n'est pas soumise aux conditions et limites posées par ces dispositions, mais uniquement à celles prévues par les dispositions du 3° de l'article L. 6 du même code qui codifie la jurisprudence administrative sur l'imprévision.

S'agissant de l'octroi par le juge d'une indemnité d'imprévision :

23. En troisième et dernier lieu, pour compenser les charges extracontractuelles causées par des circonstances imprévisibles, extérieures aux parties et bouleversant l'économie du contrat, le juge administratif peut octroyer une indemnité d'imprévision.

Si la situation d'imprévision est constatée, et en cas de désaccord des parties sur les conditions spéciales dans lesquelles le cocontractant pourra continuer le service ou la prestation ou lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat, ou encore, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, en cas de refus de l'autorité contractante de le modifier unilatéralement, le juge du contrat ne peut, le cas échéant, qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extracontractuelle qui résulte de la situation d'imprévision, mais il ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties (CE, 2 novembre 1927, Ville de Saint Omer, n° 84340 ; CE Sect., 21 janvier 1944, Société d'entreprises et de construction en béton armé, n° 60975) ni se substituer à l'autorité administrative pour réviser les tarifs et, éventuellement, en fixer de nouveaux (CE, 14 janvier 1955, Société La Fusion des gaz, préc.).

Par suite, l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision n'entre pas dans le champ d'application des dispositions précitées du code de la commande publique et des directives qu'elles transposent relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, qui ne concernent que la modification des marchés ou contrats de concession apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'autorité contractante unilatéralement. Il s'en déduit notamment que le plafond, prévu par ces dispositions, de 50 % par modification, du montant du contrat initial, lorsqu'il est conclu pas un pouvoir adjudicateur, ne s'applique pas au calcul de l'indemnité d'imprévision lorsqu'elle est accordée par le juge.

24. Le Conseil d'Etat rappelle, par ailleurs, que les clauses de variations des prix s'appliquent sans préjudice de l'indemnisation de l'imprévision si les conditions en sont réunies. Ainsi, lorsqu'il apparaît que la clause de variation n'a pas joué en fait dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties, le juge administratif admet que, pour suppléer à la clause insuffisante, le cocontractant puisse invoquer la théorie de l'imprévision. A cet égard, une jurisprudence constante distingue les clauses de variation des prix ou les avenants qui permettent d'éviter le bouleversement de l'économie du contrat et qui, à ce titre, excluent le droit à indemnité d'imprévision (CE, 13 mai 1987, Société Citra-France et autres, n° 35374), de celles qui, en raison de leur insuffisance à y remédier entièrement, justifient un tel droit (CE, 19 février 1992, S.A. Dragages et Travaux Publics et autres, n° 47265).

Sur la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision selon la catégorie de contrats et la forme des prix :

En ce qui concerne l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon qu'il s'agit d'une concession ou d'un marché :

25. Il résulte de la définition qu'en donne l'article L. 1121 1 du code de la commande publique, qui transpose les dispositions du paragraphe 1 de l'article 5 de la directive 2014/23/UE susvisée, qu'un contrat de concession implique qu'un risque d'exploitation pèse pour une partie non négligeable sur le concessionnaire et que les éventuelles pertes qu'il pourrait subir du fait de l'exploitation du service ou de l'ouvrage dont il a la charge ne soient pas entièrement couvertes, notamment par le concédant en vertu des stipulations du contrat (CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n° 416825 ; CE, 9 juin 2021, Ville de Paris, n° 448948). Il s'en déduit que, pour apprécier si la situation est de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision au bénéfice du concessionnaire, il y a lieu de prendre en considération la part non négligeable de risque de pertes qu'il accepte nécessairement de courir en contractant et que l'interprétation raisonnable du contrat de concession conduit à laisser, en tout état de cause, à sa charge. Le concessionnaire peut être réputé avoir accepté, par principe, un dépassement du prix limite de revient plus élevé que le titulaire d'un marché public, sous réserve des clauses du contrat et de la part de risque qu'elles laissent effectivement à sa charge.

En ce qui concerne l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon la forme des prix stipulés :

26. Le Conseil d'Etat rappelle que la théorie de l'imprévision, comme celle des sujétions imprévues, s'applique au marché à forfait (CE, 19 février 1992, S.A. Dragages et Travaux Publics et autres, n° 47265). Dans le cadre de l'indemnisation de l'imprévision, comme de celle des sujétions imprévues résultant de difficultés matérielles rencontrées essentiellement dans l'exécution d'un marché de travaux, il peut être tenu compte de l'importance du marché à forfait pour estimer que des dépenses supplémentaires, eu égard à la faiblesse relative de leur montant, ne sont pas de nature à bouleverser l'économie du contrat (CE, 19 février 1975, Ministre d'Etat chargé de la Défense nationale c/ Société Entreprise Campenon Bernard et autres, n° 80470).

L'indemnisation de l'entrepreneur au titre de l'imprévision est toujours soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché, qu'il soit conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire. Ainsi, le caractère forfaitaire des clauses financières d'une concession ne peut, à raison du bouleversement de l'économie du contrat, faire obstacle à l'allocation d'une indemnité pour les nouvelles charges extracontractuelles que le concessionnaire a été obligé de supporter (CE, 8 février 1924, Société l'Omnium français d'électricité, n° 73906). Il n'en va autrement que s'il résulte clairement de la commune intention des parties, notamment du caractère général et absolu du forfait et de la renonciation du cocontractant à toute nouvelle indemnité, qu'elles ont entendu, en signant un avenant au cours de la situation d'imprévision, renoncer à toute compensation supplémentaire (CE, 2 février 1923, Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, n° 72521).

Il n'y a pas lieu d'apporter une réponse différente dans le cas où le prix stipulé fait référence à un prix public régi par les articles L. 112 1 et suivants du code de la consommation.

Sur l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général et définitif :

27. Lorsque les parties prévoient l'établissement d'un décompte général et définitif, en vertu du principe de l'unité de ce décompte, l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché, notamment de travaux publics, est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte général et définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties (CE, 2 avril 2004, Société Imhoff, n° 257392).

28. L'indemnité d'imprévision visant, ainsi qu'il a été dit, à compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire, elle ne peut être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché. Dès lors, qu'elle soit allouée par décision unilatérale de l'autorité administrative, négociée dans le cadre d'une convention d'indemnisation ou octroyée par le juge administratif, elle n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, à la différence des indemnités allouées à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues (CE, 31 juillet 2009, Société Campenon Bernard et autres, n° 300729).

Au demeurant, la fin du contrat, notamment sa fin anticipée par résiliation, ne faisant pas, à elle seule, obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision (CE, 10 février 2010, Société Prest'Action, n° 301116), il ne peut être exclu que le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles ne puisse être établi qu'après complète exécution du marché et que l'indemnité due éventuellement aux entrepreneurs à raison des charges extracontractuelles qu'ils ont eu à supporter ne puisse être utilement réclamée par eux qu'après notification du décompte général et définitif.

TA de Paris, 31 mars 2022, Sté. Indigo Infra France, n° 2004576/4-1

2. En premier lieu, d'une part, pour que la responsabilité de l'autorité administrative ayant conclu un contrat soit engagée au titre du fait du prince, le cocontractant de l'administration doit établir que le préjudice qu'il estime avoir subi est la conséquence directe d'un événement, imprévisible au moment de la conclusion du contrat et résultant d'une mesure prise par l'administration cocontractante, extérieure aux pouvoirs qu'elle tient du contrat, et que cet événement est à l'origine d'un déficit d'exploitation de nature à entraîner un bouleversement de l'économie du contrat.

3. D'autre part, dans l'hypothèse où un événement extérieur aux parties, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, a pour effet de bouleverser son économie, le cocontractant de l'administration est en droit de demander à celle-ci une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle qu'il a supportée en exécutant les prestations dont il avait la charge. Ainsi, dans le cadre d'une perte financière alléguée, une situation d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action des cocontractants, ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat.

CAA Paris, 6 novembre 2024, Sté Indigo, N°22PA02692

.1 Le 4 novembre 2011, la société Vinci Park France à laquelle a succédé la société Indigo Infra France, a conclu avec la Ville de Paris deux contrats de concession sous forme d'affermage, pour une durée de huit ans à compter, respectivement, des 26 février et 25 janvier 2012, ayant pour objet l'exploitation et l'entretien des parcs de stationnement souterrains « Lobau » et « Madeleine - Tronchet ». Par un courrier du 27 décembre 2019, la société Indigo Infra France a demandé à la Ville de Paris de l'indemniser du préjudice financier qu'elle estime avoir subi dans le cadre de l'exploitation de ces parcs. Elle relève appel du jugement du 31 mars 2022 par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande tendant à la condamnation de la Ville de Paris à lui verser la somme totale de 1 499 000 euros HT.

Sur la régularité du jugement :

2. En premier lieu, aux termes de l'article L. 9 du code de justice administrative : « Les jugements sont motivés. »

.3 Pour rejeter les conclusions indemnitaires de la société Indigo Infra France présentées sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute de la Ville de Paris, au point 6 de leur jugement, les premiers juges ont estimé, qu'en l'absence de stipulations contractuelles le prévoyant expressément, l'autorité administrative n'était pas tenue, durant l'exécution des contrats, de proposer à son cocontractant de rétablir leur équilibre par des avenants et, qu'ainsi, la société requérante n'était pas fondée à soutenir que la responsabilité de l'intimée pouvait être engagée pour s'être abstenue de le faire. En statuant ainsi, le tribunal a nécessairement examiné le fondement de responsabilité invoqué. La société Indigo Infra France n'est, par suite, pas fondée à soutenir que le jugement attaqué serait entaché d'une insuffisance de motivation ou d'une omission à statuer sur le moyen tiré de ce que la responsabilité de l'Etat serait engagée à raison d'une faute de nature contractuelle.

4. En second lieu, hormis dans le cas où le juge de première instance a méconnu les règles de compétence, de forme ou de procédure qui s'imposaient à lui et a ainsi entaché son jugement d'une irrégularité, il appartient au juge d'appel non d'apprécier le bien-fondé des motifs par lesquels le juge de première instance s'est prononcé sur les moyens qui lui étaient soumis mais de se prononcer directement sur les moyens dirigés contre la décision administrative contestée dont il est saisi dans le cadre de l'effet dévolutif de l'appel. Par suite, la société requérante ne peut utilement se prévaloir, pour contester sa régularité, de ce que le jugement attaqué serait entaché d'erreurs de droit et d'appréciation. Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne la responsabilité fondée sur la théorie du fait du prince :

.5 La société Indigo Infra France soutient que les mesures de restriction de la circulation automobile édictées par la Ville de Paris dans le centre de la capitale postérieurement à la conclusion des contrats telles que, notamment, le réaménagement et la piétonnisation des voies sur berges rive droite en 2012 et rive gauche en 2013, la fermeture définitive du transit nord-sud dans le tunnel des Halles en 2015, l'adoption par délibération du «programme 2015 de zone 30» visant à favoriser le déplacement «doux », de même que l'adoption du plan vélo 2015-2030 et la création d'une zone de circulation restreinte par arrêté en 2007, n'étaient prévisibles, ni dans leur principe, ni dans leurs effets et qu'il existe une corrélation déterminante entre la diminution de la circulation automobile à Paris et celle de la fréquentation horaire des parcs de stationnement Lobau et Madeleine qu'elle exploite. Il résulte toutefois de l'instruction que la Ville de Paris avait engagé une politique publique de réduction de la circulation automobile bien avant la signature des contrats de concession en cause, dont la société requérante ne pouvait ignorer les effets, à moyen et long termes, à la date de leur signature. Dès le 1er octobre 2007, le conseil de Paris avait en effet adopté un Plan climat de déplacement dont l'objectif était la réduction des émissions de gaz carbonique des véhicules circulant dans Paris intra-muros à raison de 25 % à l'horizon 2013 et de 60 % en 2020, en donnant la priorité aux moyens de transport alternatifs à la voiture. Le 14 avril 2010, soit avant la signature des contrats de concession en cause, le maire de Paris avait également annoncé dans la presse le projet de la Ville de reconquérir les berges de la Seine en réduisant la circulation automobile rive droite, et en interdisant la circulation rive gauche. Cette politique de baisse de la circulation automobile dans la capitale ne pouvait être ignorée par la société requérante en sa qualité de professionnelle du secteur du stationnement en milieu urbain, attributaire de plusieurs concessions pour l'exploitation de parkings bien antérieurement à 2011. Surtout, il résulte de l'instruction que les dossiers de consultation remis aux candidats lors de la passation des marchés en cause mentionnaient les objectifs de la Ville de Paris consistant à favoriser une baisse de la circulation automobile et faisaient obligation aux attributaires de s'inscrire dans la démarche du Plan climat adopté visant, notamment, à renforcer les offres de transports alternatifs ou le covoiturage. Ainsi, si le trafic automobile a diminué en moyenne de 3,4% par an entre 2011 et 2019, l'affirmation voire l'accentuation de cette baisse ne pouvait être ignorée par la société requérante lorsqu'elle s'est engagée, comme l'ont retenu à bon droit les premiers juges, au point 4 de leur jugement. Il ne résulte ainsi pas de l'instruction que la part des pertes d'exploitation et du manque à gagner imputable aux mesures incriminées serait d'une ampleur suffisante pour caractériser une atteinte à l'équilibre économique des contrats de concession de nature à ouvrir un droit à indemnisation de la société Indigo Infra France sur le fondement du fait du prince.

6. Au surplus, s'il résulte de l'instruction qu'au cours de la période considérée d'exécution des contrats, la maire de la Ville de Paris a continué d'adopter des mesures restreignant la circulation automobile à proximité des secteurs concernés, il n'est pas établi que les déficits d'exploitation enregistrés seraient directement imputables auxdites mesures. En effet, par les pièces qu'elle produit, la société requérante n'établit pas que la baisse de fréquentation des parcs Lobau et Madeleine résulterait directement et/ou exclusivement de la politique incriminée de la Ville et non d'autres facteurs, tels que l'existence d'offres

concurrentes plus attractives, l'amélioration des modes de transport en commun, ou encore l'augmentation des tarifs horaires appliqués dans les parcs de stationnement en cause les rendant moins attractifs. Au demeurant, il résulte de l'instruction que le chiffre d'affaires dû aux abonnements souscrits au sein du parc Madeleine- Tronchet atteint en 2019 un montant supérieur à celui de 2012. Aussi, la corrélation déterminante entre la diminution de la fréquentation horaire des parcs et la diminution du trafic automobile dans Paris n'est pas établie de façon certaine.

En ce qui concerne la responsabilité pour imprévision :

7. Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat.

8. Si la société Indigo Infra France se prévaut également du bouleversement de l'économie des contrats consécutif à l'avis conforme donné par le préfet de police à la création d'une aire piétonne dénommée «Berges de Seine - Centre Rive droite» préalablement à l'arrêté du 18 octobre 2016 de la maire de Paris, il est constant que, même intervenu après avis conforme du représentant de l'Etat, l'arrêté litigieux émane de la maire de Paris, cocontractante de la société Indigo Infra France. Celle-ci n'est dès lors pas fondée à solliciter une indemnité pour imprévision.

En ce qui concerne la responsabilité contractuelle :

9. Lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

10. Il résulte de l'instruction que les contrats de concession ne contenaient aucune clause stipulant que l'autorité concédante serait tenue de pallier les conséquences des mesures de police de la circulation susceptibles d'intervenir pendant l'exécution du contrat. La société Indigo Infra France soutient que la Ville de Paris a néanmoins commis une faute et méconnu le principe d'exécution de bonne foi des contrats en s'abstenant de lui proposer la conclusion d'avenants pour rétablir leur équilibre économique et de prendre en compte les conséquences financières des mesures sur l'exploitation des parcs. Toutefois, le principe de loyauté contractuelle n'obligeant pas l'administration cocontractante, dans le silence des contrats, à garantir leur équilibre économique par la passation d'avenants modificatifs dans la mesure où les fondements de responsabilité sans faute de l'administration du fait du prince ou de l'imprévision peuvent être invoqués, aucune faute contractuelle ne saurait être retenue sur ce fondement.

En ce qui concerne la responsabilité « quasi- délictuelle » :

1. Lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel. Ainsi, lorsque le juge est saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat, les parties à ce contrat ne peuvent invoquer un manquement aux règles de passation, ni le juge le relever d'office, aux fins d'écarter le contrat pour le règlement du litige. Par exception, il en va autrement lorsque, eu égard d'une part à la gravité de l'illégalité et d'autre part aux circonstances dans lesquelles elle a été commise, le litige ne peut être réglé sur le fondement de ce contrat.

12. Si la société Indigo Infra France soutient que la Ville de Paris a méconnu le principe d'exécution de bonne foi des contrats en s'abstenant de lui faire part, lors de la conclusion des contrats litigieux, de ses intentions en matière de réduction de la circulation automobile, il résulte de ce qui a été dit au point 5 que, lors de la passation des contrats portant reconduction de précédentes conventions, la société requérante ne pouvait ignorer la politique menée par la Ville de Paris depuis, à minima, 2007 et non remise en cause depuis lors.

13. Il résulte de tout ce qui précède que la société Indigo Infra France n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Paris a rejeté sa demande.

TA Nice, 1er oct. 2024, n° 2104161

1. La société Ageo Construction s'est vue confier, par acte d'engagement du 17 août 2020, les travaux de rénovation de la piscine municipale de Tende pour un montant de 664 989,26 euros toutes taxes comprises. La piscine municipale de Tende a été entièrement détruite par la tempête Alex survenue le 2 octobre 2020 et les travaux, dont le démarrage était prévu le 5 octobre 2020 suivant ordre de service du 7 septembre 2020, n'ont pas débuté. Par un mémoire en réclamation réceptionné le 7 mai 2021 par les services de la commune de Tende, la société Ageo Construction a sollicité le paiement, de la part du pouvoir adjudicateur, de la somme de 214 887,62 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi résultant de l'ajournement du marché. Cette demande a été rejetée en raison du silence gardé par le maire de la ville de Tende. La société Ageo Construction demande au tribunal la condamnation de la commune de Tende à réparer le préjudice qu'elle a subi pour un montant de 227 843,31 euros hors taxes.

Sur les conclusions indemnitaires :

En ce qui concerne l'imprévision :

2. Aux termes de l'[article L. 6 du code de la commande publique](#) : " S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au livre V de la deuxième partie et au livre II de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses. / A ce titre : () / 3° Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ; () / 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat ".

3. Dans l'hypothèse où un événement extérieur aux parties, imprévisible au moment de la conclusion du contrat, a pour effet de bouleverser son économie, le titulaire du marché est en droit de réclamer au maître d'ouvrage une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle qu'il a supportée en exécutant les prestations dont il avait la charge.

4. Il résulte de l'instruction, ainsi qu'il a été dit au point 1, que le contrat public conclu entre la commune de Tende et la société requérante avait pour objet la rénovation de la piscine municipale de Tende. Toutefois, avant la date de démarrage des travaux fixée au 5 octobre 2020, la piscine municipale a été entièrement détruite par la tempête Alex. Cet événement, qui a entraîné la disparition de l'objet du contrat, a ainsi créé une situation définitive qui ne permet plus l'exécution dudit contrat. Dans ces conditions, la demande présentée sur le fondement de la théorie de l'imprévision doit donc être rejetée.

En ce qui concerne l'existence d'un cas de force majeure :

5. La commune de Tende fait valoir en défense que le contrat conclu avec la société requérante en vue de la rénovation de la piscine municipale a été résilié de plein droit pour cause de force majeure en raison de la destruction de la piscine par la tempête Alex avant le démarrage des travaux.

6. Aux termes de l'[article L. 2195-1 du code de la commande publique](#) : " Sans préjudice des dispositions de l'article L. 6 et des dispositions législatives spéciales, l'acheteur peut résilier le marché dans les cas prévus au présent chapitre ". Aux termes de l'article L. 2195-2 de ce code : " L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure ".

7. L'événement de force majeure, qui exonère de sa responsabilité la personne qui l'a subi, suppose l'intervention d'un événement extérieur aux parties, imprévisible dans sa survenance et irrésistible dans ses conséquences.

8. Il résulte de l'instruction et notamment du rapport établi le 9 décembre 2021 par Météo-France que le 2 octobre 2020, un événement météorologique très rare résultant de la conjonction de trois systèmes convectifs stationnaires (air chaud humide, dépression d'altitude froide et perturbation de tropopause),

a provoqué des précipitations exceptionnelles sur les Alpes-Maritimes, en particulier dans la vallée de la Vésubie avec un record de pluviométrie quotidien de 513 mm et dans la vallée de la Roya avec un record de pluviométrie quotidien de 663 mm. Il résulte également de l'instruction et notamment du rapport établi le 9 décembre 2021 par le Cerema que les précipitations très intenses provoquées par la tempête Alex ont élargi la surface des bandes actives de La Roya de manière particulièrement significative (facteur 4 entre le pont des truites et le pont des 14 arches ; facteur 6 sur le Boréon), engendrant un dépôt généralisé de 3 mètres en moyenne sur le tronçon du fond du lit ainsi que de nombreux affouillements avec un transport par La Roya de solides, détruisant des ponts, des routes et du bâti, dont la piscine municipale de Tende.

9. Il résulte en outre de l'instruction et notamment des contributions contenues dans le rapport de la fondation Jean-Jaurès réalisé en octobre 2023 que " la tempête Alex provoquait dans les Alpes-Maritimes () la plus grande destruction civile depuis la seconde guerre mondiale " et qu'elle " défie nos capacités de prédiction, générant un désastre inédit d'ordre géologique : on parle d'un événement avec une période de retour évaluée entre six cents et mille ans pour ce qui concerne la dimension morphologique des crues, avec une érosion de versants morainiques datant des dernières glaciations particulièrement significatives ". Par ailleurs, l'état de catastrophe naturelle a été déclaré le 7 octobre 2020 en raison de la tempête Alex pour 55 communes dont la ville de Tende.

10. Il résulte ainsi de l'instruction que la destruction de la piscine municipale de Tende est le résultat d'un phénomène climatique exceptionnel, extérieur aux parties et présentant un caractère irrésistible dans ses effets au vu de son ampleur. Si la société Ageo Construction soutient que cet événement ne présente pas un caractère imprévisible, il ne résulte cependant pas de l'instruction, et bien que la commune de Tende soit exposée, en raison de sa situation géographique, à un risque de crue de La Roya, que la commune disposait au moment de la conclusion du contrat de rénovation de la piscine municipale d'informations ou d'éléments susceptibles de rendre prévisibles les conséquences de la tempête sur le bâti existant, dont la piscine, laquelle n'était pas implantée dans la trajectoire du lit du fleuve. Il s'ensuit que la tempête Alex a constitué, en raison de son ampleur, dépassant largement, ainsi que cela résulte des rapports cités aux points précédents, les records de pluviométrie jusque-là enregistrés pour la vallée de La Roya, un événement imprévisible au moment où a été conclu ledit contrat. Par suite, la tempête Alex, de par son ampleur et son caractère exceptionnel, est constitutive, comme le fait valoir la commune de Tende en défense, d'un cas de force majeure, lequel, ainsi qu'il a été dit au point 4, a entraîné l'entière destruction de la piscine municipale, rendant alors définitivement impossible l'exécution du marché de rénovation de la piscine.

11. Il suit de là que, ainsi que le fait valoir la commune de Tende, le contrat de rénovation de la piscine municipale de Tende, entièrement détruite par la tempête Alex le 2 octobre 2020, a été résilié de plein droit pour un cas de force majeure.

En ce qui concerne l'indemnisation des préjudices invoqués :

12. La requérante demande l'application du droit des contrats administratifs comme second fondement de sa demande d'indemnisation pour les prestations effectuées.

13. Toutefois, et de première part, ainsi qu'il a été dit, le contrat de rénovation de la piscine municipale de Tende a été résilié de plein droit pour un cas de force majeure, lequel est dès lors de nature à exonérer la commune de toute responsabilité à l'égard de la société Ageo Construction.

14. Par ailleurs et de seconde part, la société Ageo Construction ne se prévaut d'aucune stipulation contractuelle applicable au marché en cause qui aurait prévu l'indemnisation des dommages subis sur le chantier et directement liés à un cas de force majeure.

15. Enfin, et ainsi qu'il a été dit, l'exécution du contrat a été rendue définitivement impossible par l'effet de la force majeure, de sorte que les stipulations du contrat conclu entre la commune de Tende et la société Ageo Construction sont en tout état de cause devenues inapplicables et sans objet.

16. Dans ces conditions, la société Ageo Construction ne saurait prétendre à l'indemnisation du manque à gagner, des frais engagés en pure perte pour soumissionner à l'appel d'offre, des frais relatifs aux immobilisations de personnel ainsi que des frais de préparation de chantier.

17. Il résulte de ce qui précède que les conclusions à fin d'indemnisation présentées par la société Ageo Construction doivent être rejetées, ainsi que ses conclusions tendant à ce que soit ordonnée l'adjudication des demandes formulées dans sa requête.

CE 17 mars 2025, Sté. Eiffage construction, n° 491682

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Eiffage Construction Sud-Est a demandé au tribunal administratif de Toulon de condamner l'office public de l'habitat Toulon Habitat Méditerranée à lui payer la somme de 60 729,49 euros hors taxes au titre du solde d'un marché public de travaux relatif à la construction de 122 logements sociaux, conclu à prix global et forfaitaire en 2015. Par un jugement du 16 février 2023, le tribunal administratif de Toulon a condamné cet office à lui verser la somme de 52 517,63 euros hors taxes, assortie des intérêts au taux légal à compter du 19 février 2020. Par un arrêt du 11 décembre 2023, la cour administrative d'appel de Marseille a, sur l'appel principal de l'office, ramené le montant de la condamnation prononcée par ce jugement à la somme de 9 695 euros hors taxes, assortie des intérêts au taux de 8 % à compter du 19 février 2020, avec capitalisation à la date du 15 juin 2023, et rejeté le surplus des conclusions des parties, notamment certaines conclusions de l'appel incident de la société Eiffage Construction Sud-Est. Cette société se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il a statué sur l'appel principal de l'office public de l'habitat Toulon Habitat Méditerranée au titre des prestations supplémentaires et modificatives :

2. Aux termes de l'article 14 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, dans sa version applicable au litige : " 14.1. Le présent article concerne les prestations supplémentaires ou modificatives, dont la réalisation est nécessaire au bon achèvement de l'ouvrage, qui sont notifiées par ordre de service et pour lesquelles le marché n'a pas prévu de prix. / (...) 14.3. Dans le cas de travaux réglés sur prix forfaitaires, lorsque des changements sont ordonnés par le maître d'œuvre dans la consistance des travaux, le prix nouveau est réputé tenir compte des charges supplémentaires éventuellement supportées par le titulaire du fait de ces changements (...) ".

3. Lorsque le titulaire d'un marché public de travaux conclu à prix global et forfaitaire exécute des travaux supplémentaires à la demande, y compris verbale, du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre, il a droit au paiement de ces travaux, quand bien même la demande qui lui en a été faite n'a pas pris la forme d'un ordre de service notifié conformément à ce que prévoient en principe les stipulations du cahier des clauses administratives générales. En revanche, lorsque le titulaire du marché exécute de sa propre initiative des travaux supplémentaires, il n'a droit au paiement de ces travaux que s'ils étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

4. Il s'ensuit qu'en jugeant que les travaux modificatifs et supplémentaires dont la société Eiffage Construction Sud-Est réclamait le paiement ne pouvaient être rémunérés qu'à la condition que leur réalisation ait été prescrite par un ordre de service régulier ou, à défaut, qu'il soit établi qu'ils étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art et en retenant en l'espèce que la circonstance qu'il aient été réalisés sur l'ordre du maître d'œuvre ne suffisait pas, en l'absence d'ordre de service régulièrement émis, à ouvrir droit à leur rémunération, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit.

5. Il résulte de ce qui précède que la société Eiffage Construction Sud-Est est fondée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens qu'elle soulève contre l'arrêt qu'elle attaque en tant qu'il a statué sur l'appel principal de l'office public de l'habitat Toulon Habitat Méditerranée au titre des prestations supplémentaires et modificatives, à demander l'annulation des articles 1er et 2 de cet arrêt en tant qu'ils ont statué sur le paiement de ces prestations.

1. Par un acte d'engagement signé le 2 juillet 2007, le groupe hospitalier du Havre (GHH) a confié à la société Dalkia un marché de prestations ayant pour objet l'exploitation de ses installations de chauffage, de ventilation, de froid et de production d'eau chaude sanitaire, ainsi que le nettoyage des réseaux aérauliques et des groupes électrogènes. Ce marché, conclu pour huit années et reconduit pour la période du 16 août 2015 au 15 août 2023, comporte trois postes, dont le poste " P1 - fourniture de chaleur ", pour lequel le prestataire assure, sous sa responsabilité, la fourniture du combustible nécessaire au fonctionnement des installations de chauffage des bâtiments et de réchauffage de l'eau chaude sanitaire et des groupes électrogènes. Le contrat prévoit que le combustible de base est le gaz naturel et que le prestataire est seul titulaire du contrat de fourniture du gaz. Confrontée à d'importantes augmentations du prix du gaz, la société Dalkia a présenté une réclamation préalable au GHH le 24 mars 2022, sollicitant le versement d'une indemnité de 383 549,37 euros au titre de l'imprévision. En l'absence de réponse, elle a saisi le tribunal administratif de Rouen, demandant la condamnation du GHH à lui verser une somme de 877 795,79 euros pour la période du 1er septembre 2021 au 31 août 2022, et une somme de 791 241,95 euros pour la période du 1er septembre 2022 au 31 mai 2023. Par un jugement du 27 octobre 2023, le tribunal administratif a condamné le GHH à verser à la société Dalkia une indemnité d'imprévision pour un montant total de 1 250 000 euros. Le GHH relève appel de ce jugement en sollicitant le rejet de toute demande de condamnation ou, à titre subsidiaire, une réduction de son montant. Par la voie d'un appel incident, la société Dalkia demande que la somme mise à la charge de l'administration soit portée à 1 500 000 euros.

Sur le principe de l'indemnisation :

2. Une indemnité d'imprévision suppose un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible, indépendant de l'action du cocontractant de l'administration, et ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat. Le titulaire du marché est alors en droit de réclamer à l'administration une indemnité représentant la part de la charge extracontractuelle que l'interprétation raisonnable du contrat permet de lui faire supporter. Cette indemnité est calculée en tenant compte, le cas échéant, des autres facteurs qui ont contribué au bouleversement de l'économie du contrat, l'indemnité d'imprévision ne pouvant venir qu'en compensation de la part de déficit liée aux circonstances imprévisibles.

3. Il résulte de l'instruction que le marché conclu entre le GHH et la société Dalkia prévoit trois prestations P1 " fourniture de chaleur avec intéressement aux économies d'énergies ", P2 " conduite surveillance petit entretien ", et P3 " garantie totale renouvellement du matériel ". Les conditions tarifaires de la prestation P1 ont été fixées en dernier lieu par un avenant n° 6 signé le 15 janvier 2021 qui prévoit, par référence à la valorisation du gaz sur le point d'échange de gaz (PEG) en septembre 2020, une rémunération de la prestation sur la base d'un MWh chaleur de 27,76 euros hors taxes, assortie d'une révision liée au paramètre du prix du gaz PEG. Cet avenant prévoit encore un plafonnement du prix du MWh à 36 euros hors taxes permettant, compte tenu de la cible de consommation de 10 378 MWh fixée par les parties, d'évaluer le plafond annuel de la prestation P1 à 373 608 euros hors taxes. Le prix annuel prévu pour la prestation P2, initialement fixé à un montant total de 469 601,95 euros hors taxes, a été ramené au montant de 319 601,95 (379 949,21+89 652,74-150 000) euros hors taxes par l'avenant n° 5 signé le 23 novembre 2018. Enfin, la prestation P3 s'établit, selon l'acte d'engagement versé au dossier, au montant annuel de 166 661,13 euros hors taxes. Il résulte de ce qui précède que le montant annuel du marché peut être évalué, à compter du 15 janvier 2021, au montant total de 859 871,08 euros hors taxes, non comprises les déductions, prévues par le contrat, de la redevance annuelle pour occupation du domaine public, d'un montant de 22 000 euros hors taxes, et de la " ristourne au MWh électrique produit ", pour un montant de 52 856 euros.

4. En premier lieu, il résulte de l'instruction, et notamment du rapport de la commission de régulation de l'énergie (CRE) sur " le fonctionnement des marchés de gros de l'électricité et du gaz naturel " paru le 1er juin 2022, que les marchés de l'énergie ont connu en Europe, au cours de l'année 2021, une crise d'approvisionnement sans précédent, portant les prix de gros à des niveaux historiques, en raison d'une

vague de froid d'une ampleur exceptionnelle en Asie du Nord-Est, conduisant les pays asiatiques à proposer des prix d'achat du gaz nettement supérieurs aux prix proposés en Europe et contraignant celle-ci à recourir à des stockages de manière intensive afin de faire face à une forte baisse d'approvisionnement, de mesures adoptées par la Chine, le Japon et la Corée pour garantir un niveau de remplissage minimal de leurs stockages avant l'hiver 2021-2022, et de l'absence d'approvisionnement des stockages européens par la société Gazprom, durant le printemps et l'été 2021. Selon les auteurs du rapport, cette crise d'approvisionnement a eu pour conséquence une particulière volatilité des prix du gaz en Europe, qui ont atteint des niveaux totalement inédits, réagissant aux annonces imprévisibles et dictées par des considérations principalement politiques liées à l'approvisionnement en gaz depuis la Russie. A cet égard, et contrairement à ce que soutient le GHH, l'augmentation sans précédent du prix du gaz résulte d'abord des événements précités, survenus au cours de l'année 2021, dont les conséquences ont encore été aggravées par la guerre déclenchée par le gouvernement russe en Ukraine le 24 février 2022, qui constitue également un événement imprévisible pour les parties. Ainsi, si le marché du gaz connaît habituellement des variations de prix importantes, la situation de crise constatée à compter de 2021 a entraîné une augmentation exceptionnelle du prix du gaz dans des proportions qui n'ont pu être anticipées, avec un indice PEG Nord Month Ahead qui, retenant un prix du MWh à 20,493 euros en janvier 2021, a fixé ce prix à 63,71 euros en septembre 2021, 92,366 euros en octobre 2021, puis 115,24 euros en décembre 2021, tandis que sur le marché de gros européen Powernext, le prix du gaz a connu une augmentation de près de 214 % entre août et décembre 2021. Le prix est resté très élevé tout au long de l'année 2022, avec un indice PEG moyen de 112,042 euros, et n'a retrouvé un niveau comparable à janvier 2021 qu'au mois de mai 2023, avec un indice de 30,135 euros. Les critiques, portées dans un rapport de la cour des comptes du 15 janvier 2021, sur l'action de la CRE ne sont pas de nature à contredire les constatations et conclusions auxquelles celle-ci a procédé, de façon précise et circonstanciée, au vu de l'évolution du marché de l'énergie à compter de l'année 2021. Au demeurant, il ressort d'une circulaire du premier ministre du 30 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières que " la hausse exceptionnelle du prix du gaz et du pétrole constatée depuis le dernier trimestre 2021, dont l'ampleur est accentuée par la crise en Ukraine, est sans conteste imprévisible et extérieure aux parties ". Par ailleurs, si le GHH reproche à la société Dalkia d'avoir omis de se prémunir contre la volatilité du prix du gaz à l'égard de ses fournisseurs en sécurisant ses contrats d'approvisionnement, il n'apporte aucun élément laissant supposer que la société était réglementairement tenue de se garantir sur le marché, ni même qu'une telle garantie constituerait une pratique commune dans son secteur d'activité. Par suite, à la date à laquelle la société Dalkia a signé l'avenant du 15 janvier 2021, la hausse du prix du gaz constituait, dans les proportions précitées, un événement extérieur et imprévisible, sur lequel elle n'avait aucune possibilité d'action. A cet égard, si la société a signalé au GHH avec retard que la valeur moyenne annuelle du PEG avait dépassé la valeur limite prévue dans l'avenant précité, qui prévoit une telle alerte, cette circonstance est sans influence sur les conditions d'engagement de la responsabilité de l'administration, rappelées au point 2.

5. En second lieu, la société Dalkia a produit à l'instance les factures établies par son fournisseur en gaz dont il ressort que, pour l'exécution de la prestation P1 destinée à alimenter en chaleur les équipements thermiques et aérauliques du GHH, elle a déboursé la somme de 1 251 504,60 euros hors taxes pour la période du 1er septembre 2021 au 31 août 2022 et celle de 1 100 802,87 euros hors taxes pour la période du 1er septembre 2022 au 31 mai 2023. Il résulte des factures établies par la société Dalkia à l'attention du GHH que celui-ci a rétribué la prestation P1 en versant une somme de 373 708,81 euros pour la première période et une somme de 309 560,92 euros pour la seconde. Le GHH n'apporte aucun élément précis de nature à contester utilement les factures précitées et les données synthétiques établies au vu de ces factures et versées au dossier par la société Dalkia. Il résulte ainsi de l'instruction que la société a subi un déficit d'exploitation pour un montant total de 1 669 037,74 euros hors taxes pour la période de septembre 2021 à mai 2023. Contrairement à ce que soutient le groupement hospitalier, ce déficit doit être évalué dans le cadre de l'exécution du marché et non au vu de l'activité globale de la société. Le GHH reproche à la société Dalkia de ne pas tenir compte, dans le calcul de son déficit, du gain retiré de l'exploitation du système de cogénération alimentant en chaleur une partie des locaux hospitaliers, et pour lequel, selon l'avenant n° 6, la société fait son affaire des coûts et recettes en résultant. Toutefois, si le groupement hospitalier se réfère sur ce point à un document intitulé " prévision cogénération " mentionnant un gain potentiel de 331 473 euros hors

taxes résultant de la différence entre une prévision de recettes de 1 103 538 euros et une prévision de charges de 772 065 euros, il résulte de l'instruction que, pour la seule période de septembre 2021 à août 2022, la société a acquis le gaz destiné au système de cogénération pour un montant de 1 048 805 euros hors taxes, qu'elle a d'ailleurs pris soin de déduire des charges nécessaires à l'exécution de la seule prestation P1, et a ainsi supporté, pour alimenter le système de cogénération, un montant de charges ne permettant pas, compte tenu de la prévision de recettes, d'envisager un gain réduisant de façon significative le déficit constaté dans l'exécution de la prestation P1. Par ailleurs, il résulte de l'acte d'engagement produit au dossier et des avenants n° 5 et 6 que la rémunération annuelle des prestations P1, P2 et P3 peut être évaluée, ainsi qu'il a été dit plus haut, au montant total de 859 871,08 euros hors taxes, non compris les déductions prévues par le marché pour la redevance annuelle d'occupation du domaine public, d'un montant de 22 000 euros, et la " ristourne au MWh électrique produit " fixée à 52 856 euros. Compte tenu du montant total de 1 669 037,74 euros hors taxes déboursé par la société Dalkia pour acquérir le gaz nécessaire à l'exécution de la prestation P1 de septembre 2021 à mai 2023, correspondant à une somme de 1 001 422,64 euros pour une année, le montant des dépenses résultant pour la société de l'augmentation du prix du gaz représente plus de 100 % du montant total annuel du marché. Dès lors, les sujétions imprévues auxquelles la société Dalkia a dû faire face ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché.

Sur le montant de l'indemnité :

6. Au vu du déficit d'exploitation subi par la société Dalkia pour un montant total de 1 669 037,74 euros hors taxes, le tribunal administratif a évalué l'indemnité que l'interprétation raisonnable du contrat permet de faire supporter au GHH en allouant la somme de 1 250 000 euros à son cocontractant. Si la société Dalkia, filiale du groupe EDF et acteur clé dans le secteur des services énergétiques, tant en France qu'à l'international, demande en appel une réévaluation de cette indemnité, il ne résulte pas de l'instruction que les premiers juges auraient procédé à une évaluation insuffisante de l'indemnité d'imprévision en fixant à 25 % la part de la charge extra- contractuelle qui doit incomber à la société. Dans ces conditions, les conclusions de la société Dalkia tendant à obtenir une augmentation de son indemnité doivent être rejetées.

SEANCE 8 : L'EXTINCTION DU CONTRAT

Lire les documents reproduits.

Lectures suggérées :

- L. Richer, « Le comportement de la personne publique valant résiliation tacite du marché public », *AJDA* 2019. 1056
F. Brenet, « Interdiction des libéralités et contrats publics », *AJDA* 2024. 2046
J. Salenne-Bellet, « Les libéralités dans les contrats administratifs », *RFDA* 2023. 461.
L. Richer, « Sur une altération profonde et irréversible », *AJDA* 2023. 1625
R. Schwartz, « Le cocontractant doit-il suspendre l'exécution de son contrat ? », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025

Travail possible (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

_ Commentaire : CAA Toulouse, 10 juin 2025, Synd. Mixte d'aménagement de la vallée de la Durance, n° 23TL01217

Ou

CE 17 juill. 2025, *Cne de Berck-sur-Mer*, n° 503317

_ Dissertation : Résiliation et irrégularité du contrat administratif

_ Cas pratique (extrait de l'examen de juin 2021)

En 2006, l'Etat a signé avec l'entreprise Bouygues, pour une durée de 30 ans, un contrat de partenariat portant sur la conception, la réalisation, le financement, l'entretien et la maintenance, ainsi que leur location à l'État d'un établissement pénitentiaire à Nancy. Son montant total a été estimé à 7.350.000 euros HT. En 2014, l'État entame une politique globale de lutte contre les violences en détention. En juin 2019, cette politique se formalise par un programme de réalisation d'une unité pour détenus violents, la violence étant aggravée par le taux d'occupation de la prison (de l'ordre de 120%). L'administration sollicite de son partenaire des devis. Le coût des travaux supplémentaires envisagés est évalué à 950.000 euros.

- a) l'Administration pénitentiaire vous consulte pour savoir si un tel avenant serait légal.

Elle consulte le contrat et constate qu'il contient une liste d'hypothèses où la modification est envisagée :

a) elle se demande si elle est tenue par cette liste des modifications et si celle-ci est limitative. En décembre 2020 toutefois, n'étant pas satisfaite du prix proposé et trouvant les délais trop long, elle a décidé d'émettre un ordre de service, c'est-à-dire d'imposer unilatéralement la modification en fixant un calendrier à échéance du 30 juillet 2021 et de proposer un prix de 450.000 euros. Son partenaire refusant d'exécuter cet ordre, l'Administration pénitentiaire vous consulte.

- b) elle se demande, au regard du contrat et de la jurisprudence administrative, dans quelle mesure elle peut user de son pouvoir de modification unilatérale et si son partenaire était en droit de ne pas exécuter son ordre.

Annexe 1 : Contrat

Article 7 : La modification du contrat

Article 7.1. : L'origine de la modification

La modification du contrat est envisageable dans les hypothèses suivantes :

- (i) Survenance d'un événement relevant du fait du prince
- (ii) Survenance d'un événement relevant de l'imprévision
- (iii) Survenance d'un événement relevant de la force majeure
- (iv) Évolutions techniques et technologiques de nature à améliorer les conditions, y compris économiques, du contrat

Les parties conviennent de se concerter, selon la procédure définie à l'article 7.2 afin d'examiner la nécessité de réviser ou d'aménager les clauses contractuelles de nature à assurer la continuité du service public, sur la base des principes dégagés par la jurisprudence du Conseil d'État.

Article 7.2. : Procédure de négociation des modifications

Les parties demandent l'ouverture d'une négociation.

Toutefois, en cas d'urgence justifiée par la continuité du service public pénitentiaire, les modifications peuvent être prescrites par l'État sur simple ordre de service notifié au partenaire. Celui-ci est tenu de réaliser ces modifications dès la notification de l'OS, même en l'absence d'accord avec l'Etat sur les éventuelles modalités de prise en compte, dans le montant du loyer, du coût des modification. La détermination du prix de ces prestations s'effectue alors, le cas échéant, postérieurement à leur réalisation.

Annexe 2 : Fiche technique Demande de travaux modificatifs (signée des partenaires)

Deux hypothèses doivent être distinguées (Cf. art.7.2. du contrat) :

o Situation courante : La demande est formalisée par courrier recommandé

o Situation Urgente : La demande est formalisée par simple Ordre de service. L'Urgence correspond aux situations de mise en danger des biens et des personnes. Elle revêt à ce titre un caractère exceptionnel.

Article L.6 du Code de la commande publique

S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, sous réserve de ceux mentionnés au [livre V](#) de la deuxième partie et au [livre II](#) de la troisième partie. Les contrats mentionnés dans ces livres, conclus par des personnes morales de droit public, peuvent être des contrats administratifs en raison de leur objet ou de leurs clauses.

A ce titre : (...) 5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat.

Article L. 2195-1 et s. du Code de la commande publique

Art. L.2195-1 :

Sans préjudice des dispositions de l'article [L. 6](#) et des dispositions législatives spéciales, l'acheteur peut résilier le marché dans les cas prévus au présent chapitre.

Art. L.2195-2 :

L'acheteur peut résilier le marché en cas de force majeure.

Article L.2195-3 :

Lorsque le marché est un contrat administratif, l'acheteur peut le résilier :

1° En cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant ;

2° Pour un motif d'intérêt général, conformément aux dispositions du 5° de l'article L. 6.

Article L.2195-4 :

Lorsque le titulaire est, au cours de l'exécution du marché, placé dans l'un des cas d'exclusion mentionné aux articles [L. 2141-1 à L. 2141-11](#), il informe sans délai l'acheteur de ce changement de situation.

L'acheteur peut alors résilier le marché pour ce motif.

Toutefois, l'acheteur ne peut prononcer la résiliation du marché lorsque l'opérateur économique fait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire instituée par l'article [L. 631-1](#) du code de commerce, à condition que celui-ci l'ait informé sans délai de son changement de situation.

Article L.2195-5 :

Lorsqu'un marché n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne en matière de marchés qui a été reconnu par la Cour de justice de l'Union européenne dans le cadre de la procédure prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, l'acheteur peut le résilier.

Article L.2195-6 :

L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être [poursuivie](#) sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV du présent titre.

CE 25 janv. 2019, Sté. Uniparc Cannes, n° 424846

2. ... la commune de Cannes a confié à la société Uniparc Cannes, par un contrat de délégation de service public conclu le 31 mars 1995, la construction et l'exploitation d'un parc de stationnement ainsi que l'exploitation de sept parcs de stationnement existants. Le conseil municipal de Cannes a, par une délibération du 16 juillet 2018, décidé de résilier cette convention à compter du 1er mars 2019. Cette décision a été notifiée le 27 juillet 2018 par le maire de Cannes à la société Uniparc Cannes. Celle-ci a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nice, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à la suspension de l'exécution de la décision de résiliation du contrat dont elle était titulaire et à ce que soit ordonnée la poursuite des relations contractuelles. La société Uniparc Cannes se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 20 septembre 2018 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nice a rejeté ses demandes.

3. Il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité. Dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles.

4. Pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse.

5. Il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour déterminer si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse, d'apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation du préjudice résultant, pour le requérant, de la résiliation.

6. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter la demande de suspension de la société Uniparc Cannes, le juge des référés du tribunal administratif de Nice s'est borné, après avoir

relevé que la société soutenait que la décision litigieuse était entachée de plusieurs vices, à juger que la reprise provisoire des relations contractuelles serait, en tout état de cause, de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général tenant à la volonté de la commune de Cannes de s'engager dans une nouvelle politique et une gestion plus dynamique du stationnement sur son territoire. En s'abstenant de rechercher si les vices invoqués par la société Uniparc Cannes à l'encontre de la mesure de résiliation étaient d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation de la société, c'est-à-dire si, eu égard à leur gravité et, le cas échéant, à celle des manquements de la société à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, une telle reprise n'était pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général, le juge des référés du tribunal administratif de Nice a entaché son ordonnance d'une erreur de droit, l'existence d'un motif d'intérêt général s'opposant à la reprise des relations contractuelles ne pouvant être appréciée indépendamment de la gravité des vices affectant la mesure de résiliation. Par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, la société Uniparc Cannes est fondée à en demander l'annulation.

7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

8. En premier lieu, il résulte de l'instruction que préalablement à la délibération du 16 juillet 2018, les membres du conseil municipal de Cannes ont reçu une information sur la teneur de la mesure de résiliation envisagée et sur le risque indemnitaire inhérent à cette mesure. Il leur a été notamment indiqué que le conseil municipal serait conduit à se prononcer ultérieurement sur le montant de l'indemnité à verser éventuellement au délégataire, la commune estimant en l'état qu'aucune indemnisation du manque à gagner de la société n'était due. Par suite, le moyen tiré de ce que les membres du conseil municipal n'auraient pas bénéficié d'une information suffisante avant la délibération du 16 juillet 2018, notamment du fait de l'absence de chiffrage du montant de l'indemnisation due au délégataire, n'est pas, en l'état de l'instruction, de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation prononcée.

9. En deuxième lieu, le moyen tiré de ce que la décision litigieuse aurait été prise en méconnaissance du principe du contradictoire et des droits de la défense au motif que la société n'aurait pas été mise en mesure de présenter des observations préalables, ne peut être utilement invoqué à l'encontre d'une décision de résiliation pour motif d'intérêt général, qui ne revêt pas le caractère d'une sanction. Au demeurant, il résulte de l'instruction que plusieurs échanges ont eu lieu entre la société délégataire et la commune de Cannes avant l'adoption de la délibération du 16 juillet 2018.

10. Enfin, en admettant même que la convention de délégation de service public litigieuse ne puisse être regardée comme ayant été conclue pour une durée excessive, eu égard à la nature des prestations demandées et aux investissements mis à la charge du délégataire, il résulte de l'instruction que la mesure de résiliation est également fondée sur le motif d'intérêt général tiré de la nécessité d'une reprise en régie de la gestion des parcs de stationnement afin de permettre la mise en oeuvre d'une nouvelle politique du stationnement dans la ville.

11. Il résulte de tout ce qui précède qu'aucun des vices invoqués par la société Uniparc Cannes n'est de nature à faire naître un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse. Il suit de là que, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la condition tenant à l'existence d'une situation d'urgence, la demande de la société Uniparc Cannes tendant à la reprise provisoire des relations contractuelles doit être rejetée.

CE 10 juill. 2020, Sté. Comptoir négoce équipements, n° 430864

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la communauté d'agglomération Reims métropole a lancé une procédure de passation sous la forme d'un appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture de points lumineux, supports et pièces détachées. Ce marché public a été décomposé en trois lots distincts ayant pour objet la fourniture de points lumineux (lot n° 1), la fourniture de supports (lot n°2) et la fourniture de pièces détachées (lot n°3). Ces trois lots ont été attribués à la société Comptoir Négoces Equipements, qui a commencé

l'exécution des prestations le 1er janvier 2015. Le 5 février 2015, la communauté d'agglomération Reims métropole l'a toutefois informée de la résiliation des trois lots à compter du 1er avril 2015 en raison de l'irrégularité entachant la procédure de passation du marché. Saisi par la société Comptoir Négoce Equipements d'une demande tendant à la reprise des relations contractuelles, assortie de conclusions indemnitaires, le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne a, par un jugement du 8 août 2017, constaté qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur les conclusions en reprise des relations contractuelles, puis condamné la communauté urbaine du Grand Reims, venue aux droits de la communauté d'agglomération Reims métropole, à verser à cette société une somme de 172 560,73 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter du 25 mars 2015, en réparation des préjudices subis, au titre de l'année 2015, du fait de la résiliation de ces lots. La communauté urbaine du Grand Reims a relevé appel de ce jugement et, par la voie de l'appel incident, la société Comptoir Négoce Equipements a contesté le jugement en tant qu'il n'a pas indemnisé les préjudices qu'elle estime avoir subis au titre des années 2016 et 2017. Par un arrêt du 19 mars 2019, contre lequel la société Comptoir Négoce Equipements se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nancy a essentiellement annulé le jugement du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne en tant qu'il a condamné la communauté urbaine du Grand Reims à verser à la société une somme de 172 560,73 euros et rejeté le surplus des conclusions des parties. Eu égard aux moyens soulevés, le pourvoi doit être regardé comme dirigé contre l'arrêt attaqué en tant qu'il a partiellement annulé le jugement du 8 août 2017 du tribunal administratif de Châlons-en-Champagne puis rejeté les conclusions d'appel incident de la société requérante.

2. En vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique cocontractante peut toujours, pour un motif d'intérêt général, résilier unilatéralement un tel contrat, sous réserve des droits à indemnité de son cocontractant.

3. Dans le cas particulier d'un contrat entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation, la personne publique peut, sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles, résilier unilatéralement le contrat sans qu'il soit besoin qu'elle saisisse au préalable le juge. Après une telle résiliation unilatéralement décidée pour ce motif par la personne publique, le cocontractant peut prétendre, sur un terrain quasi-contractuel, pour la période postérieure à la date d'effet de la résiliation, au remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé. Si l'irrégularité du contrat résulte d'une faute de l'administration, le cocontractant peut, en outre, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes, prétendre à la réparation du dommage imputable à la faute de l'administration. Saisi d'une demande d'indemnité sur ce second fondement, il appartient au juge d'apprécier si le préjudice allégué présente un caractère certain et s'il existe un lien de causalité direct entre la faute de l'administration et le préjudice.

4. Aux termes du deuxième alinéa de l'article 29 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) des marchés publics de fournitures courantes et de services, applicable en vertu de l'article 5 du cahier des clauses administratives particulières du marché litigieux : " Le pouvoir adjudicateur peut également mettre fin, à tout moment, à l'exécution des prestations pour un motif d'intérêt général (...) ".

5. Aux termes du IV de l'article 6 du code des marchés publics, alors en vigueur, désormais repris à l'article R. 2111-7 du code de la commande publique : " Les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'un mode ou procédé de fabrication particulier ou d'une provenance ou origine déterminée, ni faire référence à une marque, à un brevet ou à un type, dès lors qu'une telle mention ou référence aurait pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits. Toutefois, une telle mention ou référence est possible si elle est justifiée par l'objet du marché ou, à titre exceptionnel, dans le cas où une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle et à la condition qu'elle soit accompagnée des termes : "ou équivalent" (...) ". Pour l'application de ces dispositions, il y a lieu d'examiner si la spécification technique a ou non pour effet de favoriser ou d'éliminer certains opérateurs économiques ou certains produits, puis, dans l'hypothèse seulement d'une telle atteinte à la concurrence, si cette spécification est justifiée par l'objet du marché ou, si tel n'est pas le cas, si une description suffisamment précise et intelligible de l'objet du marché n'est pas possible sans elle.

6. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Nancy a souverainement jugé, sans dénaturer les pièces du dossier qui lui était soumis, au vu notamment d'autres marchés dans lesquels les documents de la consultation comportaient la mention " ou équivalent " au titre des spécifications techniques, que l'omission de cette mention dans le marché en litige avait eu pour effet de favoriser la candidature de la société Comptoir Négoce Equipements. Toutefois, la cour a commis une erreur de droit en en déduisant que cette irrégularité justifiait la résiliation du contrat en litige par la communauté d'agglomération du Grand Reims par application des stipulations contractuelles citées au point 4, sans rechercher si cette irrégularité pouvait être invoquée par la personne publique au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles et si elle était d'une gravité telle que, s'il avait été saisi, le juge du contrat aurait pu prononcer l'annulation ou la résiliation du marché en litige, et, dans l'affirmative, sans définir le montant de l'indemnité due à la société requérante conformément aux règles définies au point 3.

7. Si la communauté urbaine du Grand Reims soutient, en défense, que la société requérante ne peut prétendre à aucune indemnisation au motif que le contrat en litige est un marché à bons de commande sans minimum contractuel, cette demande de substitution de motifs ne peut être retenue dès lors qu'il ne résulte pas des règles énoncées au point 3 que le titulaire d'un tel marché n'aurait, par principe, aucun droit à indemnité dans ce cas de résiliation du contrat.

8. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, que la société Comptoir Négoce Equipements est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant qu'il a partiellement annulé le jugement du 8 août 2017 du TA de Châlons-en-Champagne puis rejeté ses conclusions d'appel.

CE 16 déc. 2022, Sté. Grasse Vacances, n° 455186

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par acte du 9 février 1966, la commune de Grasse (Alpes-maritimes) a conclu un bail qualifié d'emphytéotique d'une durée de soixante ans avec la société civile immobilière de Grasse-vacances, filiale de la Caisse des dépôts, devenue la SNC Grasse-vacances, sur un terrain situé au lieu-dit Clavary, avec obligation, mise à la charge de la société centrale immobilière de la Caisse des dépôts, d'y construire et exploiter un village de vacances. La SNC Grasse-vacances a fait part à la commune de son intention de trouver un accord pour mettre fin à ce contrat. Par une délibération du 20 septembre 2016, le conseil municipal de Grasse a autorisé son maire à résilier ce bail de manière anticipée en contrepartie du versement, à titre d'indemnité, de la somme de 1 700 000 euros à la SNC Grasse-vacances. Par un jugement du 5 juillet 2019, le tribunal administratif de Nice, saisi par Mme B..., M. de F... et M. E..., a annulé cette délibération. La SNC Grasse-vacances se pourvoit contre l'arrêt du 7 juin 2021 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel qu'elle a formé contre ce jugement.

2. Les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat.

3. Par l'arrêt attaqué, la cour a jugé qu'en raison de l'obligation faite aux preneurs d'aménager et d'exploiter un village de vacances sur le site, le manque à gagner résultant de la résiliation anticipée du contrat du 9 février 1966 ne pouvait correspondre qu'à la perte du bénéfice qui pouvait être escompté de l'exploitation du site pour la durée du contrat restant à courir. En refusant de tenir compte, pour déterminer si le montant de l'indemnité accordée par la commune au titre de la résiliation du contrat était excessif au regard du préjudice en résultant pour le cocontractant au titre du gain dont il a été privé, du prix qu'il pouvait tirer de la cession des droits qu'il tenait du bail, afin de retenir le plus élevé des deux montants correspondant soit au bénéfice escompté de l'exploitation du site pour la durée du contrat restant à courir soit à la valeur des droits issus du bail, la cour a commis une erreur de droit.

4. Il résulte de ce qui précède que la SNC Grasse-vacances est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit à ses conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ces mêmes dispositions font obstacle à ce que la SNC Grasse-vacances, qui n'a pas la qualité de partie perdante, verse une somme au titre des frais exposés par M. F... et non compris dans les dépens.

CE avis 8 juin 2023, n° 407003

1. Souhaitant analyser les conséquences qu'il lui était légalement possible de tirer des recommandations émises par l'Autorité de la concurrence, dans son avis n° 14-A-13 rendu le 17 septembre 2014, sur les sociétés concessionnaires d'autoroutes (SCA) dites « historiques » (comprenant les six sociétés d'économie mixte concessionnaires d'autoroutes – SEMCA – et leurs filiales, privatisées en 2006, ainsi que la société Cofiroute), le Gouvernement avait, alors, interrogé le Conseil d'État sur les diverses possibilités permettant à l'État concédant de remédier à une situation où l'exploitation d'une concession dégage des bénéfices excédant de façon anormale les dépenses de cette concession.

2. Dans son avis n° 389520 du 5 février 2015, le Conseil d'État a notamment examiné la possibilité de réduire la durée d'une concession. Il a indiqué que « si l'autorité concédante estime que l'exploitation dégage des bénéfices excédant de façon anormale les dépenses de la concession à couvrir, il lui appartient soit de modifier les règles de tarification des péages (...), soit de réduire la durée de la concession, dès lors qu'en égard aux conditions d'exploitation de la concession, la durée normale d'amortissement des investissements peut être regardée comme dépassée (CE Ass. 8 avril 2009, n° 271737-271782, Compagnie générale des eaux et Commune d'Olivet ; CE 7 mai 2013, n° 365043, Société auxiliaire de parcs de la région parisienne) » (voir a du 1° du II de l'avis).

3. Le 5 novembre 2019, le Gouvernement a saisi le Conseil d'État d'une nouvelle demande d'avis portant sur les possibilités offertes à l'État pour conserver l'équilibre initial des concessions d'autoroutes lorsque le contexte économique et fiscal connaît une évolution favorable aux sociétés concessionnaires. Il demandait notamment s'il résultait de l'article R. 3114-2 du code de la commande publique, relatif à la durée des concessions, ou d'autres règles ou principes gouvernant ces contrats, « une règle générale voulant que les bénéfices retirés, par le concessionnaire, de l'exploitation de l'équipement ne puissent excéder la rémunération raisonnable des capitaux investis », et « comment apprécier la notion de rémunération raisonnable des capitaux investis ».

4. Dans son avis n° 399132 du 6 février 2020, le Conseil d'État a relevé, au point 88, que, « selon le modèle économique d'une concession de travaux publics, après une première période déficitaire due aux dépenses d'investissement financées par le recours à l'emprunt, les comptes se rééquilibrent et la concession dégage des excédents de recettes par rapport aux dépenses d'exploitation. Ces excédents importants sont destinés à assurer le paiement des intérêts, le remboursement des emprunts ainsi que la rémunération normale tant des capitaux que de l'exploitant. Il importe de bien faire la distinction, en cette période excédentaire, entre des bénéfices nécessaires à l'équilibre de la concession et des bénéfices qui seraient regardés comme “excessifs” ». Il a indiqué, au point 89, qu'« ainsi, la modification des conditions d'exploitation, notamment économiques et fiscales, extérieures au contrat de concession, peut être prise en compte s'il apparaît que leur évolution a conduit à ce que la rémunération du titulaire, appréciée sur la totalité de la durée du contrat, excède un montant raisonnable au regard de ces critères ».

Enfin, le point 94 de l'avis retient que, pour évaluer le caractère éventuellement excessif de la rémunération du capital des sociétés concessionnaires, appréciée sur la durée totale de la concession, l'autorité concédante pourra s'appuyer notamment sur les travaux que mènera l'Autorité de régulation des transports (ART) en application de l'article L. 122-9 du code de la voirie routière, créé par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui charge cette autorité d'établir, au moins une fois tous les cinq ans, un rapport public sur l'économie générale des concessions ainsi que d'assurer un suivi annuel des taux de rentabilité interne (TRI) de chaque concession.

La présente demande d'avis :

5. Le Conseil d'État relève, à titre liminaire, que la présente demande d'avis fait suite à la publication de plusieurs analyses procédant à une évaluation de la rentabilité des concessions autoroutières, dont les méthodes et, en conséquence, les conclusions sont différentes.

6. L'ART a ainsi rendu public son premier rapport sur l'économie générale des concessions au mois de novembre 2020 et son deuxième rapport au mois de mars 2023.

Dans ces rapports, l'ART analyse le TRI dit « projet » des SCA, qui intègre la rémunération de l'ensemble des capitaux engagés pour financer l'investissement (fonds propres et dettes), ainsi que le relève la demande d'avis. L'ART conclut que, sur la période allant de 2017 à 2021, le TRI projet des SCA est « globalement stable » (- 0,13 %) et s'établit en 2021 à 7,8 % pour les SCA historiques et à 6,3 % pour les autres SCA. Elle attire toutefois l'attention sur le fait que, compte tenu des difficultés soulevées par le calcul de ces TRI, leur niveau en valeur absolue doit être interprété avec prudence, seules leurs variations annuelles pouvant être regardées comme significatives.

7. En septembre 2020, la commission d'enquête mise en place par le Sénat sur « le contrôle, la régulation et l'évolution des concessions autoroutières » a rendu public son rapport d'information. Celui-ci fait état d'une étude indépendante, réalisée à la demande de la commission, indiquant que la rentabilité des SCA historiques, mesurée selon le TRI dit « actionnaire » (qui se concentre sur la rémunération des fonds propres apportés par les actionnaires, pour reprendre les termes de la demande d'avis), bien que « très significative sur la période allant de 2006 à 2019, ... se situe légèrement en deçà des attentes », soit de la rentabilité « prévue en 2006 pour fixer le prix de cession des participations majoritaires de l'État dans les SCA historiques ». En revanche, « sur la période 2020-2036 (date d'échéance des concessions), la rentabilité deviendrait très élevée, ce qui permettrait aux SCA d'atteindre des TRI très supérieurs à ceux qui avaient été initialement prévus ».

8. Enfin, le Gouvernement a rendu public, en mars 2023, le rapport sur « le modèle économique des sociétés concessionnaires d'autoroutes », qu'il avait demandé à l'Inspection générale des finances (IGF) et au Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) et qui lui a été remis au mois de février 2021. Selon ce rapport, si le TRI projet de toutes les concessions historiques est légèrement supérieur en 2020 à celui postulé lors de la privatisation des concessions en 2006, en revanche, le TRI actionnaire de quatre de ces concessions est, en 2020, « très supérieur » à celui postulé lors de la privatisation, mettant en évidence une « rentabilité très supérieure à l'attendu ». Le rapport indique qu'« un réaligement de la rentabilité de ces concessions sur le niveau de TRI actionnaire ciblé lors de la privatisation de 2006 supposerait des ajustements majeurs dans la durée de concession ou le montant des péages », le raccourcissement de la durée des concessions étant évalué entre cinq et dix ans selon le cas.

9. Dans ce contexte, le Gouvernement souhaite recueillir à nouveau l'avis du Conseil d'État sur la notion de rentabilité d'une concession. Il s'interroge, en premier lieu, sur la méthode qu'il convient de retenir pour apprécier la rentabilité d'une concession ainsi que sur la possibilité de résilier unilatéralement une concession dans l'hypothèse où elle dégagerait pour le concessionnaire une rémunération jugée excessive (1° et 2° de la demande d'avis). Il demande, en second lieu, dans l'hypothèse où une rentabilité excessive d'une concession serait identifiée, quelles seraient les modalités juridiques à respecter pour résilier, par anticipation, cette concession (3° de la demande d'avis).

10. Le Conseil d'État note que le contentieux introduit par trois SCA historiques devant le tribunal administratif de Paris, quelques jours après la saisine du Conseil d'État de la présente demande d'avis, ne présente, compte tenu de son objet et de la portée très générale des questions qu'il soulève, qu'un lien très indirect et très partiel avec les questions soulevées par la présente demande d'avis et ne fait donc pas obstacle à ce que le Conseil d'État y réponde.

Sur la méthode à retenir pour apprécier la rentabilité d'une concession :

11. Le Gouvernement s'interroge sur l'utilisation respective qu'il convient de faire de l'indicateur qu'il dénomme « TRI projet » dans sa demande d'avis, qui permet d'apprécier la rentabilité d'un projet de concession indépendamment de ses modalités de financement (par endettement ou par apport de fonds propres), et de l'indicateur qu'il dénomme « TRI actionnaires », qui permet d'apprécier la rentabilité des fonds propres investis par le concessionnaire dans un projet.

12. Le Conseil d'État estime que la demande d'avis ne soulève pas, sur ce point, de question de droit à laquelle il lui reviendrait de répondre.

13. Il relève simplement que les deux approches rappelées ci-dessus, couramment utilisées en analyse financière des projets, disposent chacune de leur cohérence propre, sont à la fois nécessaires et complémentaires, et peuvent être utilisées tant pour engager un projet que pour en suivre l'exécution. Il note toutefois que l'utilisation de ces indicateurs doit tenir compte, dans le cas des concessions autoroutières, de leur modèle économique particulier, fondé sur l'existence d'une période déficitaire suivie d'une période excédentaire, à partir de laquelle s'effectue le rééquilibrage des comptes, et qu'il

importe, en conséquence, d'analyser les flux, quels qu'ils soient, sur toute la durée de vie de la concession.

14. Le Conseil d'État souligne, enfin, que rien ne saurait dispenser l'État, en sa qualité de concédant et à l'égard de chacun de ses concessionnaires pris individuellement, d'exercer le pouvoir de contrôle qu'il détient, en vertu d'un principe général désormais codifié au 1^o de l'article L. 6 du code de la commande publique. Dans le cadre de ce contrôle qui s'exerce, le cas échéant, selon les modalités fixées conventionnellement, l'État concédant n'est en rien tenu par tel ou tel choix méthodologique. Il lui appartient, en tant que concédant, de contrôler les conditions d'exécution, y compris financières, de chaque contrat de concession par une analyse détaillée et critique, effectuée à date régulière, non seulement des résultats des exercices mais aussi du plan d'affaires du concessionnaire et des prévisions financières qui en ressortent.

En ce qui concerne la possibilité de résilier unilatéralement une concession dans l'hypothèse où elle dégagerait pour le concessionnaire une rémunération jugée excessive :

15. L'administration, conformément à une jurisprudence ancienne et désormais codifiée au 5^o de l'article L. 6 du code de la commande publique, n'est autorisée à faire usage de son pouvoir de résiliation unilatérale, hors les hypothèses expressément prévues par le contrat ou par la loi, que dans deux cas : lorsqu'elle se fonde sur un motif d'intérêt général ou lorsque le cocontractant a commis une faute.

16. L'avis du Conseil d'État du 5 février 2015 indiquait que pouvait être envisagée une « résiliation pour motif d'intérêt général dans le cas où l'évolution économique constatée aurait pour effet d'accélérer sensiblement, contrairement aux prévisions, l'amortissement des ouvrages et la rémunération raisonnable du concessionnaire, au point que la durée initialement convenue n'aurait plus de justification. Une telle mesure supposerait une appréciation globale de l'amortissement des investissements et de la rémunération du concessionnaire » (voir également l'avis du 6 février 2020, point 83).

17. La durée normale d'amortissement, qui a d'abord reçu une définition jurisprudentielle sur le fondement de la loi du 29 janvier 1993 (CE, 11 août 2009, Société Maison Comba, n^o 303517), est désormais définie par l'article R. 3114-2 du code de la commande publique, qui transpose l'article 18 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014, susvisée, et prévoit que : « Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat ».

Le point de départ à prendre en compte pour le calcul de la durée d'amortissement est, en principe, la date d'achèvement et de mise en service (CE, 8 février 2010, Commune de Chartres, n^o 323158).

18. Les précisions apportées à la notion de durée normale d'amortissement, par la jurisprudence puis par le droit de l'Union européenne et le droit interne, ont pu sembler introduire une condition supplémentaire, tenant à la rémunération des capitaux investis, laquelle doit cependant s'entendre comme englobant la couverture de la dette et la rémunération des fonds propres. Mais, en réalité, elles n'ont fait qu'aligner la définition de la durée des concessions, au sens de la loi du 29 janvier 1993 puis de l'article R. 3114-2 du code de la commande publique, sur la définition donnée de longue date par la jurisprudence dans le cadre de la théorie de l'équilibre financier des contrats. Selon cette théorie (voir, notamment, CE, 11 mars 1910, Ministre de travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways, Rec p. 216), les éléments essentiels du contrat (durée, niveau des recettes prélevées sur les usagers, importance des investissements mis à la charge du concessionnaire) sont réputés avoir été négociés entre les parties de façon à permettre au cocontractant de la personne publique de financer les biens qu'il est tenu d'affecter au service. Et, selon une formule classique, l'équation financière de la concession est acceptée par le concessionnaire comme lui assurant la couverture de ses dépenses, une rémunération raisonnable et un bénéfice normal. Les deux termes de l'équation sont réputés se faire équilibre au moment fixé par les parties contractantes (voir G. Jèze, note RDP 1935, p. 783).

19. On ne saurait ainsi déduire des évolutions de la définition de la durée maximale des concessions, comme semble faire la demande d'avis, qu'il y aurait lieu d'apprécier la rémunération des capitaux investis indépendamment de celle de la durée d'amortissement des investissements, dont elle est indissociable. Un tel raisonnement, qui présente un risque de confusion entre un contrat de concession et un contrat de marché, est étranger à l'encadrement légal et jurisprudentiel des concessions de travaux publics.

20. Si le concédant constatait, en cours d'exécution du contrat, une importante augmentation de la rémunération du concessionnaire, il lui appartiendrait, pour apprécier les conséquences à en tirer, de

tenir compte du transfert de risque auquel procède le contrat de concession, et qui est le corollaire de l'équilibre de ce dernier.

21. Le transfert de risques, d'origine jurisprudentielle, est, tant au regard du droit de l'Union européenne que du droit interne, le critère qui permet de distinguer le contrat de concession du contrat de marché public. Il est aujourd'hui codifié à l'article L. 1121-1 du code de la commande publique. Les risques transférés au concessionnaire, et que celui-ci est réputé avoir acceptés au moment de la conclusion du contrat, sont financiers mais aussi économiques. Ce dernier type de risques englobe des facteurs exogènes au contrat (tels que la baisse ou la hausse des taux d'intérêt, l'absence ou l'existence d'une inflation, l'évolution des coûts de construction ou de matières premières comme le pétrole).

22. Or, si le transfert de risques, pour des raisons évidentes, joue essentiellement dans les cas d'évolutions défavorables au concessionnaire, il doit jouer également dans les cas d'évolutions favorables à ce dernier.

23. Par voie de conséquence, la seule circonstance que le concessionnaire ait optimisé le financement de sa dette en raison de taux historiquement bas, voire négatifs, comme cela a été le cas dans la période récente, ou qu'une baisse des coûts de construction et d'entretien, corrélée à une inflation particulièrement faible, lui ait procuré des bénéfices importants, ne pourrait suffire à fonder légalement une résiliation pour motif d'intérêt général, au regard du risque de pertes que le concessionnaire a accepté de courir en contrepartie des possibilités de gains que peut lui procurer une situation économique favorable.

24. Il ne pourrait en aller autrement que s'il était constaté une évolution particulièrement importante et durable de la rémunération des capitaux investis par le concessionnaire et de ses bénéfices, conduisant à une altération profonde et irréversible de l'équilibre économique de la concession. Une telle situation est, en principe, désormais prévenue, s'agissant des concessions récentes, par l'existence, dès la conclusion du contrat, de clauses dites de « durée endogène », prévoyant la réduction de la durée initiale après une certaine durée d'exécution du contrat et lorsqu'est atteint, par le concessionnaire, un certain niveau de résultats. Des clauses de même nature ont, certes, été introduites dans les contrats des SCA historiques mais leurs conditions sont très restrictives et leur portée est limitée à la durée des avenants qui les ont prévues.

25. Il n'appartient pas au Conseil d'État, statuant en formation consultative, de se prononcer, à la lumière des observations qui précèdent, sur la rentabilité des concessions autoroutières, en particulier des concessions confiées aux SCA historiques, et cela d'autant plus que, ainsi que l'indique l'ART, la plupart de ces concessions historiques présentent des caractéristiques atypiques, tenant notamment à ce qu'une grande partie des données relatives à la première moitié de leur durée d'exécution a disparu, y compris en ce qui concerne la mise en service des équipements, ce qui rend difficile l'estimation d'une durée normale d'amortissement, notamment la détermination de son point de départ.

Sur les modalités juridiques que devrait respecter l'État, en tant qu'autorité concédante, pour résilier, par anticipation, une concession autoroutière (3° de la demande d'avis) :

26. Le Conseil d'État attire l'attention du Gouvernement sur le fait qu'une décision de résiliation unilatérale est un acte qui, eu égard à l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public et à sa bonne exécution, requiert une préparation sérieuse qui doit être menée avec rigueur. Il va de soi qu'une résiliation mettant, de manière anticipée, fin à un contrat de concession implique que le concédant ait déjà envisagé l'organisation future du service public et qu'il en ait défini le modèle. Les délais de préparation d'une éventuelle remise en concurrence sont à prendre en compte, de même que la nécessité de disposer d'un inventaire des biens de retour de l'ensemble des concessions concernées par une telle mesure.

27. Il pourrait, à cet égard, être opportun, et conforme à l'intérêt qui s'attache à la continuité du service public, de ménager non seulement un délai de préavis suffisant entre la décision de résiliation et sa prise d'effet mais aussi, le cas échéant, de prévoir un effet différé. Cet effet différé devrait être calibré pour permettre un amortissement complet des investissements.

A cette fin, toute évaluation financière sérieuse démontrant que les investissements peuvent être amortis et la dette remboursée sur une durée moindre que la durée du contrat restant à courir serait pertinente. Différentes durées devraient être testées jusqu'à trouver un équilibre raisonnable.

28. L'évaluation du temps nécessaire à ces travaux de préparation devrait conduire l'État concédant à s'interroger sur la portée utile d'une décision de résiliation, alors que les concessions d'autoroutes les plus anciennes n'ont plus, à la date du présent avis, qu'une durée résiduelle ne dépassant pas treize ans.

29. Enfin, une résiliation pour motif d'intérêt général devrait prendre en compte l'existence de clauses de rachat « pour motif d'intérêt général » figurant dans les contrats détenus par les SCA historiques

et qui prévoient une indemnisation, que ces clauses y figurent depuis l'origine ou qu'elles y aient été introduites à une date plus récente.

Or, le rachat avec indemnisation d'une concession est une alternative à la résiliation unilatérale du contrat. Il peut, en effet, être regardé comme un mode de résiliation unilatérale, à l'initiative du concédant, organisé par le contrat de concession.

Le Conseil d'État rappelle, enfin, que, si les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat, c'est sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat (CE, 16 décembre 2022, Société Grasse-vacances, n° 455186).

Compte tenu de l'existence de ces clauses de rachat pour motif d'intérêt général, le Conseil d'État estime qu'il n'est pas nécessaire d'examiner plus avant la question de l'indemnisation du co-contractant lorsque l'autorité publique prend une décision de résiliation unilatérale, quel qu'en soit le motif.

CAA de Bordeaux, 6 nov. 2024, n° 22BX03145

1. Par un acte d'engagement notifié le 14 novembre 2018, le secrétariat pour l'administration du ministère de l'intérieur (SGAMI) Sud-Ouest a confié à un groupement conjoint dont la société Roncarolo était mandataire l'exécution d'un marché de conception-réalisation ayant pour objet les travaux de rénovation de l'accueil et de la sécurisation du commissariat de Pessac, pour un montant de 213 683,33 euros HT. L'exécution de ce marché, initiée par ordre de service n°1 du 30 novembre 2018, a été interrompue à la suite de la décision du 13 mai 2019 par laquelle le SGAMI Sud-Ouest a prononcé la résiliation du marché pour motif d'intérêt général, décision accompagnée d'un état du solde présentant un solde débiteur à la charge du groupement d'un montant de 51 104 euros. Après envoi d'un mémoire en réclamation incluant un projet de décompte d'un montant de 58 033,44 euros HT en faveur du groupement, réceptionné le 11 juin 2009, et une tentative de règlement amiable engagée par la société auprès du comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges (CIRA) de Bordeaux, le SGAMI Sud- Ouest a accepté, par une décision du 11 septembre 2020, de suivre l'avis du CIRA et d'accorder à la société Roncarolo la somme de 19 050,41 euros au titre des prestations effectuées et des préjudices subis. Par ailleurs, le directeur général des finances publiques d'Aquitaine a émis deux titres exécutoires du 22 septembre 2020 portant respectivement sur les sommes de 38 104 euros et de 7 720 euros et a rejeté, par des décisions du 1er juin 2021, les recours gracieux de la société Roncarolo. Par un jugement du 26 octobre 2022, le tribunal administratif de Bordeaux a constaté qu'il n'y avait plus lieu de statuer sur la demande de cette société tendant au paiement d'une somme de 19 092,41 euros puis a, d'une part, fixé le solde du marché à la somme de 44 575,84 euros en faveur de l'Etat et a, d'autre part, annulé les titres de perceptions du 22 septembre 2020 et déchargé la société Roncarolo des sommes mises à sa charge à hauteur de 1 248,16 euros et a, enfin, rejeté le surplus des conclusions de cette société. Cette dernière relève appel de ce jugement en tant qu'il a fixé le solde du marché à la somme de 44 575,84 euros en faveur de l'Etat et a rejeté ses conclusions tendant à ce que l'Etat soit condamné à lui verser la somme de 45 809,50 euros HT au titre du solde de ce marché.

Sur le règlement du solde du marché :

En ce qui concerne le bien-fondé de la résiliation :

2. Aux termes du 2^e alinéa de l'article 45 du cahier des clauses administratives générales des marchés de travaux (CCAG Travaux) applicable en vertu du cahier des clauses administratives particulière (CCAP) du marché litigieux : " (...) Le pouvoir adjudicateur peut également mettre fin, à tout moment, à l'exécution des prestations pour un motif d'intérêt général. Dans ce cas, le titulaire a droit à être indemnisé du préjudice qu'il subit du fait de cette décision, selon les modalités prévues à l'article 46.4. (...)"

3. Il résulte de l'instruction, et en particulier de la décision du 16 avril 2019, que le pouvoir adjudicateur a décidé d'abandonner le projet de travaux en raison des difficultés techniques rencontrées en cours d'exécution de la phase réalisation et d'une évolution du besoin. Il en résulte également, d'une part, que, malgré les travaux ayant conduit à la définition du projet de rénovation et de sécurisation de l'accueil du commissariat de police de Pessac, le SGAMI Sud- Ouest a été confronté, pendant la phase

de conception du marché, à une évolution des besoins des services utilisateurs en termes de sécurité des installations n'entrant pas dans les prescriptions techniques du contrat qui, contrairement à ce que soutient la société Roncarolo, ne résulte pas d'une insuffisante définition de l'objet du marché. D'autre part, il résulte des nombreux échanges intervenus entre le SGAMI Sud-ouest et la société Roncarolo que les difficultés de cette dernière pour établir une décomposition du prix forfaitaire et global (DPGF) conforme à l'acte d'engagement ne sont pas exclusivement imputables à cette évolution du périmètre des prestations. Ainsi, en l'absence de faute démontrée de l'administration dans la préparation du marché, la société Roncarolo, qui ne conteste pas que la poursuite du marché aurait conduit à une modification substantielle des prestations par rapport aux besoins exprimés lors de la consultation, n'est pas fondée à soutenir que la décision du SGAMI Sud-Ouest d'abandonner le projet ne répondait pas à un motif d'intérêt général. Elle n'est donc pas fondée à demander que la résiliation soit requalifiée aux torts de l'administration.

En ce qui concerne l'indemnisation des préjudices :

4. Aux termes de l'article 46.4 du CCAG Travaux applicable : " Lorsque le représentant du pouvoir adjudicateur résilie le marché pour motif d'intérêt général, le titulaire a droit à une indemnité de résiliation, obtenue en appliquant au montant initial hors taxes du marché, diminué du montant hors taxes non révisé des prestations reçues, un pourcentage fixé par les documents particuliers du marché ou, à défaut, de 5 %. / Le titulaire a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements, éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'aurait pas été prise en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe d'apporter toutes les justifications nécessaires à la fixation de cette partie de l'indemnité, dans un délai de quinze jours après la notification de la résiliation du marché. / Le titulaire doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de deux mois compté à partir de la notification de la décision de résiliation ".

5. En premier lieu, ainsi que le relève le jugement critiqué, le SGAMI Sud-Ouest a accepté dans la décision citée au point 1 du 11 septembre 2020, suivant l'avis du CIRA, d'indemniser la société requérante des prestations supplémentaires nécessaires à la bonne exécution du marché litigieux pour un montant de 6 240,78 euros HT qui n'est plus en débat.

6. En deuxième lieu, s'agissant de l'indemnisation du manque à gagner, la société Roncarolo n'établit pas, par la seule production d'une attestation comptable selon laquelle elle a réalisée, sur ses exercices clos entre 2014 et 2018, des excédents bruts d'exploitation et des bénéfices avant impôt correspondant à moins de 5% de son chiffre d'affaires, que son taux de marge nette habituel serait de 15%. Elle n'est donc pas fondée à soutenir que la somme de 9 369,17 euros que le SGAMI Sud-Ouest lui a alloué au titre de l'indemnité de résiliation prévue par les stipulations précitées de l'article 46.4 du CCAG Travaux serait insuffisante.

7. En troisième lieu, la société Roncarolo n'établit pas que des frais généraux, engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, n'auraient pas été pris en compte dans le montant des prestations payées.

8. Il résulte de ce qui précède que la société Roncarolo n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement critiqué, le tribunal administratif de Bordeaux a arrêté le solde du décompte de résiliation à la somme 44 575,84 euros au profit du SGAMI Sud-Ouest et a rejeté ses conclusions tendant à la condamnation de l'Etat au versement de la somme de 45 809,50 euros HT au titre du solde de son marché, augmentée de la TVA et des intérêts moratoires courant à la date du 9 décembre 2019 au taux de 8 % et l'indemnité forfaitaire de 40 euros pour frais de recouvrement.

CAA Toulouse, 10 juin 2025, Synd. Mixte d'aménagement de la vallée de la Durance, n° 23TL01217

1. Par un contrat de concession de service public conclu le 8 avril 1988, la commune de Cadenet (Vaucluse) a confié au syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance la conception, la construction, la gestion et l'exploitation d'un camping-caravaning de 180 emplacements implanté sur des terrains communaux situés sur les rives de la Durance, pour une durée de 45 ans. Par la suite, le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance a subdélégué la gestion et l'exploitation de ce terrain de camping-caravaning à la société " Val Durance ", devenue ultérieurement la société Ingénierie Loisirs Développement (ILD), dans le cadre

d'une convention d'affermage conclue le 15 avril 1991 pour une durée de dix ans, tacitement reconductible. Confronté à des difficultés budgétaires, le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance a, par un avenant signé le 25 septembre 2003, prolongé la durée de l'affermage consenti à la société ILD jusqu'au 15 avril 2016. En contrepartie, cette société s'est engagée à verser, à titre d'avance, une indemnité de 1 067 000 euros hors taxes, ce montant correspondant à treize années de redevance, somme dont ont été déduits les investissements réalisés par cette société, en lieu et place du syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance, pour un montant de 450 662 euros.

2. Par une lettre du 19 mars 2015, le syndicat mixte a informé la commune de Cadenet de sa décision de résilier de manière anticipée le contrat de concession les liant, avec effet au 15 avril 2016, et demandé le versement de l'indemnité de résiliation prévue par l'article 8 de ce contrat. Le 30 mai 2016, le syndicat mixte a émis à l'encontre de la commune de Cadenet un titre exécutoire d'un montant de 698 706,04 euros au titre de l'indemnité de résiliation. Par un jugement n° 1700005 du 23 mai 2019, le tribunal administratif de Nîmes a annulé ce titre exécutoire et déchargé la commune de Cadenet de l'obligation de payer la créance précitée. Par un arrêt n° 19MA03215 du 25 octobre 2021, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel présenté par le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance. En dernier lieu, le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance a demandé au tribunal administratif de Nîmes de condamner la commune de Cadenet à lui verser une somme de 698 706,04 euros, et à titre subsidiaire celle de 368 187,87 euros, au titre de l'indemnité de résiliation prévue par l'article 8 de la convention de délégation de service public. Le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance relève appel du jugement du 30 mars 2023, rectifié par une ordonnance du 20 avril 2023, par lequel le tribunal administratif de Nîmes a rejeté sa demande.

Sur les conclusions à fin d'indemnisation présentées par le concessionnaire :
En ce qui concerne le cadre juridique applicable au litige :

3. D'une part, le cocontractant lié à une personne publique par un contrat administratif est tenu d'en assurer l'exécution, sauf en cas de force majeure, et ne peut notamment pas se prévaloir des manquements ou défaillances de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou prendre l'initiative de résilier unilatéralement le contrat. Il est toutefois loisible aux parties de prévoir dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut résilier le contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles. Cependant, le cocontractant ne peut procéder à la résiliation sans avoir mis à même, au préalable, la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général, tiré notamment des exigences du service public. Lorsqu'un motif d'intérêt général lui est opposé, le cocontractant doit poursuivre l'exécution du contrat. Un manquement de sa part à cette obligation est de nature à entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs. Il est toutefois loisible au cocontractant de contester devant le juge le motif d'intérêt général qui lui est opposé afin d'obtenir la résiliation du contrat.

4. En particulier, les parties à un contrat conclu par une personne publique peuvent déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation du contrat, sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat.

5. Toutefois, la fixation des modalités d'indemnisation de la part non amortie des biens de retour dans un contrat de concession obéit, compte tenu de la nature d'un tel préjudice, à des règles spécifiques. Lorsqu'une personne publique résilie une concession avant son terme normal, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour anticipé des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, dès lors qu'ils n'ont pu être totalement amortis. Lorsque l'amortissement de ces biens a été

calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, sous réserve que l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne puisse, en toute hypothèse, excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus, il est exclu qu'une telle dérogation, permettant de ne pas indemniser ou de n'indemniser que partiellement les biens de retour non amortis, puisse être prévue par le contrat lorsque le concessionnaire est une personne publique.

6. D'autre part, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat. Toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel.

En ce qui concerne la licéité des stipulations relatives aux modalités d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation anticipée du contrat :

7. En application du contrat de concession, la maîtrise d'ouvrage de l'opération a été assurée gratuitement par le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance pour le compte de la commune de Cadenet, propriétaire des terrains. Le coût du projet, d'un montant de 4 000 000 de francs a été financé comme suit : 1 760 000 francs par le département de Vaucluse, 840 000 francs par le syndicat mixte concessionnaire, 200 000 francs par la région Provence-Alpes-Côte d'Azur et, enfin, une part d'auto-financement à hauteur de 30 % correspondant à la somme de 1 200 000 francs. Sur ce dernier point, l'article 4 du contrat de concession stipulait que le syndicat mixte délégataire prendrait en charge, en sus d'une partie du financement des équipements destinés à l'exploitation du camping-caravaning pour un montant de 840 000 francs, la part de l'auto-financement restant à couvrir pour le montant précité de 1 200 000 francs ainsi que les frais financiers afférents au préfinancement de la taxe sur la valeur ajoutée s'élevant à environ 140 000 francs. En application de l'article 7 du contrat, le concessionnaire est tenu, à compter de la quatrième année d'exécution du contrat, de verser annuellement à la commune de Cadenet une redevance forfaitaire de 20 000 francs indexée sur l'évolution de l'indice INSEE " Service de vacances, sport, camping ".

8. Aux termes de l'article 8 du contrat de concession en litige : " Il pourra être mis fin de manière anticipée à la présente convention, par l'une des parties, moyennant un préavis d'un an. / Dans ce cas : (...) / - si l'interruption intervient au-delà des quinze premières années, la Commune remboursera au Syndicat le montant des investissements réalisés par lui sur ses fonds propres. Cette indemnité sera indexée sur l'évolution de l'indice de la construction, et diminuée de 1/30ème de son montant ainsi actualisé, par année écoulée à partir de la 16ème année d'application de la présente convention. / - À l'expiration de la présente convention, que celle-ci intervienne au terme, ou de manière anticipée, comme prévu ci-dessus, la Commune deviendra propriétaire de l'ensemble des installations réalisées ".

9. En premier lieu, l'article 8 du contrat de concession institue un pouvoir unilatéral de résiliation anticipée du contrat en faveur du concessionnaire sans que cette résiliation soit justifiée par l'existence d'un cas de force majeure ou un motif d'intérêt général alors même que le contrat de concession en litige a pour objet l'exécution d'un service public. En tout état de cause, à supposer que le syndicat mixte puisse se prévaloir à l'encontre de la commune concédante de l'exception d'inexécution, il ne résulte pas de l'instruction, et il n'est pas allégué, que cette dernière aurait méconnu ses obligations contractuelles. Par suite, les stipulations de l'article 8 du contrat de concession en tant qu'elles confèrent au délégataire de service public un droit de résiliation du contrat en litige sans motif, alors que ce contrat porte sur l'exécution

d'un service public concédé, sont illicites et il y a lieu, dès lors, d'en écarter l'application.

10. En second lieu, ces stipulations de l'article 8 de la convention du 8 avril 1988 mettent à la charge exclusive de l'autorité concédante le versement d'une indemnité de résiliation correspondant aux investissements sur fonds propres réalisés par le concessionnaire qui ne tient compte ni de la réalité du préjudice subi du fait de la résiliation, ni de la réalité des investissements réalisés, ni de leur durée d'amortissement. Or, sur ce point, il résulte de l'instruction que si le concessionnaire s'est vu confier l'exploitation du camping en 1988, il en a subdélégué la gestion et l'exploitation à un tiers dans le cadre d'un contrat d'affermage conclu dès l'année 1991 dont l'exécution a donné lieu à des investissements financés par le fermier. Il en résulte que les investissements réalisés par le syndicat mixte sur ses fonds propres sont, dans les faits, demeurés limités alors que la résiliation en litige est intervenue plus de 28 ans après la conclusion du contrat. Les stipulations de l'article 8 du contrat, qui reviennent à imposer à l'autorité concédante d'indemniser un préjudice dont elle n'est pas à l'origine, dans des conditions excédant la réalité du préjudice susceptible d'être subi par le concessionnaire dès lors qu'il ne peut excéder la valeur nette comptable des biens de retour non amortis à la date de la résiliation, sont illicites et leur application doit, dès lors, être écartée elle aussi. En ce qui concerne l'indemnisation du préjudice lié à la résiliation du contrat sur le fondement des règles générales applicables à l'indemnisation des biens de retour non amortis :

11. D'une part, en application des dispositions de l'article L. 1411-3 du code général des collectivités territoriales, en vigueur depuis le 24 février 1996, puis successivement reprises à l'article 52 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et à l'article L. 3131-5 du code de la commande publique, le délégataire est tenu de produire, chaque année avant le 1er juin, à l'autorité délégante un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité de service, ce rapport permettant à l'autorité délégante d'apprécier les conditions d'exécution du service public.

12. En application de ces dispositions et indépendamment de l'évolution des règles comptables en matière d'amortissement depuis l'entrée en vigueur au 1er janvier 2004 de l'instruction M 52 dont se prévaut l'appelant, le concessionnaire était légalement tenu d'établir une comptabilité spécifique retraçant annuellement les opérations afférentes à l'exécution du contrat de délégation de service public en litige. Par suite, le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance ne peut utilement se prévaloir de la circonstance qu'il se trouverait dans l'impossibilité matérielle, au regard des règles comptables alors en vigueur, de produire les documents permettant d'établir la valeur nette comptable des biens de retour non amortis à la date de la résiliation du contrat en litige.

13. D'autre part, il est constant que des investissements ont été contractuellement mis à la charge du concessionnaire lors de la conclusion du contrat de concession pour un montant total de 2 180 000 francs dans les conditions rappelées au point 7, soit 332 338,86 euros, le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance évaluant, en dernier lieu, ces investissements à la somme de 368 187,87 euros dans le cadre de sa requête d'appel. Toutefois, le concessionnaire n'est pas en mesure, pas plus en première instance que devant la cour, et en dépit du supplément d'instruction diligenté par le tribunal, de préciser la teneur exacte des investissements sur fonds propres dont il se prévaut, en l'absence, notamment, de liste précise des immobilisations réalisées au cours du contrat, de preuve qu'elles ont été financées sur ses fonds propres et d'inventaire des biens de retour dédiés à l'exécution du service public concédé à la date de la résiliation du contrat. S'il se prévaut de comptes administratifs, de factures et de différents mandats de paiement et d'un tableau sommaire non sourcé, ces documents ne peuvent tenir lieu d'inventaire des biens de retour nécessaires à l'exécution du service public, pas plus qu'ils ne peuvent compenser l'absence de tableau d'amortissement. En outre, en dépit de la mesure d'instruction adressée par les premiers juges, le concessionnaire ne produit aucun tableau d'amortissement détaillé et probant permettant de connaître la durée d'amortissement qu'il a associée aux investissements constitutifs de biens de retour dont il se prévaut. De même,

il ne produit aucun document permettant de connaître la valeur nette comptable des biens de retour permettant de s'assurer que les investissements ainsi réalisés pour l'exécution du service public concédé n'auraient pas déjà été amortis à la date de la résiliation en litige, laquelle est intervenue après 28 années d'exécution du contrat dont la durée initiale d'exécution était fixée à 45 ans, le tableau sommaire qu'il produit en vue de reconstituer rétroactivement les amortissements ne pouvant en tenir lieu.

14. Au surplus, il est constant que le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance a, dès 1991, confié à la société ILD l'exploitation du terrain de camping caravanning en litige dans le cadre d'un contrat d'affermage en contrepartie du versement de redevances dont le montant a été fixé, en dernier lieu, dans le cadre de l'avenant conclu le 25 septembre 2003 prolongeant la durée de l'affermage jusqu'au 15 avril 2016, à un montant total de 1 067 000 euros, correspondant à treize années de redevances, soit une redevance annuelle moyenne de 82 076,92 euros. La conclusion de ce contrat d'affermage et les conditions dans lesquelles des investissements d'un montant de 450 662 euros ont été réalisés par la société ILD, fermier, en lieu et place du syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance, sont, dans les circonstances de l'espèce, de nature à établir que ce dernier, qui n'exploitait plus directement le camping- caravanning depuis l'année 1991, n'a pas réalisé d'investissements sur ses fonds propres au-delà de cette période. Indépendamment du fait que le terrain de camping-caravanning en litige était productif de revenus pour le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance qui en a confié la gestion à une société privée, il ne résulte pas de l'instruction que les investissements allégués, à supposer leur teneur et leur nécessité pour exploitation du service public établies, n'auraient pas été amortis à la date de la résiliation. D'ailleurs, l'équipement en litige, constitué d'un terrain de camping-caravanning aménagé autour d'un plan d'eau, n'implique pas de lourds investissements. Dans ces conditions, l'indemnisation réclamée par le concessionnaire doit être regardée comme excédant le montant du préjudice susceptible de naître de la résiliation en litige, laquelle est intervenue à sa seule initiative et ne peut donner lieu à un montant supérieur à la valeur nette comptable des biens de retour non amortis dont il lui appartenait d'établir la consistance en produisant une comptabilité complète.

15. Enfin, si le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance indique avoir, au cours de l'année 2004, versé une somme de 450 662 euros à la société ILD en remboursement des investissements réalisés par cette dernière, ces investissements, qui ont donné lieu à une réfaction sur le montant des loyers perçus auprès de ce fermier, n'ont pas été réalisés sur ses fonds propres. Ils procèdent, ainsi qu'il a été dit précédemment, de l'exécution d'un contrat distinct conclu avec la société ILD, de sorte qu'en application du principe de l'effet relatif des contrats, le syndicat mixte ne peut utilement en réclamer l'indemnisation dans le cadre du litige contractuel l'opposant à la commune de Cadenet.

16. Il s'évince de ce qui précède que, eu égard à l'illicéité des règles d'indemnisation prévues par le contrat de concession en cas de résiliation anticipée, il y a lieu d'écarter l'application du contrat et de rejeter les conclusions à fin d'indemnisation fondées sur l'article 8 de la concession, les parties n'ayant pas demandé à la cour de régler le litige sur un terrain autre que contractuel en réponse au moyen d'ordre public adressé par la cour. En outre, dès lors que le concessionnaire n'établit pas la réalité du préjudice dont il se prévaut en l'absence de comptabilité complète retraçant l'existence de biens de retour financés sur ses fonds propres et non amortis sur le plan comptable à la date de la résiliation, les conclusions à fin d'indemnisation présentées par le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance doivent être rejetées comme infondées, la commune de Cadenet ne pouvant être tenue de supporter les conséquences financières d'une résiliation dont elle n'est pas à l'initiative, pas plus qu'il ne lui appartient de reconstituer, a posteriori, la valeur nette comptable des biens non amortis ayant fait retour dans son patrimoine.

17. Il résulte de tout ce qui précède que, sans qu'il soit besoin de se prononcer d'office sur la recevabilité de la requête, le syndicat mixte d'aménagement de la Vallée de la Durance n'est

pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nîmes a rejeté sa demande.

CE 17 juill. 2025, Cne de Berck-sur-Mer, n° 503317

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la commune de Berck-sur-Mer a cédé en 1997 son ancienne gare routière à la société Groupe Partouche afin qu'elle soit transformée en un bâtiment ayant vocation à accueillir un casino. La société Jean Metz, dont la société Groupe Partouche détenait alors 99% des parts avant d'en devenir l'unique actionnaire en 2004, s'est alors vu attribuer par la commune de Berck-sur-Mer la concession relative à l'exploitation de son casino et des services associés et a conclu, avec la société Groupe Partouche, un bail commercial tacitement reconduit dont les stipulations prévoient expressément que l'activité exercée dans le bâtiment est l'exploitation d'un casino et des services associés. La concession a été renouvelée au profit de la société Jean Metz par un contrat conclu le 30 septembre 2005. Par un avis d'appel public à la concurrence du 9 décembre 2024, la commune de Berck-sur-Mer a lancé une consultation en vue du renouvellement de cette concession. La société du Grand Casino de Dinant a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lille, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'annuler cette procédure. Par une ordonnance du 25 mars 2025, contre laquelle la commune de Berck-sur-Mer se pourvoit en cassation, le juge des référés a fait droit à cette demande.

Sur les interventions des sociétés Jean Metz et Groupe Partouche :

2. Les sociétés Jean Metz et Groupe Partouche justifient, eu égard à l'objet et à la nature du litige, d'un intérêt suffisant pour intervenir dans la présente instance au soutien des conclusions présentées par la commune de Berck-sur-Mer. Ainsi, leurs interventions sont recevables.

Sur le bien-fondé de l'ordonnance attaquée :

3. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que l'article 6.2 du règlement de la consultation imposait aux candidats de disposer, à la date de remise des offres, soit dans un délai de deux mois, d'un titre de propriété du bâtiment devant abriter l'activité d'exploitation de casino au nom du concessionnaire ou d'un contrat d'occupation conclu avec un tiers propriétaire ainsi que des documents certifiant la conformité du bâtiment à la réglementation " établissement recevant du public " (ERP) et à l'ensemble des normes de sécurité applicables. Pour juger qu'en fixant cette condition l'autorité concédante avait méconnu le principe d'égalité entre les candidats, le juge des référés du tribunal administratif de Lille a relevé que non seulement elle était pratiquement impossible à satisfaire pour les candidats autres que la société Jean Metz, titulaire sortant disposant, grâce au bail commercial que lui a consenti la société Groupe Partouche qui détient l'intégralité de son capital, de la jouissance du bâtiment qui abrite le casino mais aussi qu'elle n'était pas nécessaire à l'attribution de la concession dès lors que, le bâtiment abritant actuellement le casino devant lui faire retour en application des principes régissant les biens nécessaires à l'exécution des services publics concédés, il appartenait à la commune de prévoir, dans la nouvelle convention, que ce bâtiment resterait le lieu d'exercice de l'activité à concéder.

4. La société Jean Metz soutient, en premier lieu, que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en jugeant que le bâtiment abritant le casino devait faire retour à la commune au terme de la convention, alors que ce bien immobilier appartient à la société Groupe Partouche qui est tiers au contrat de concession.

5. Dans le cadre d'une concession de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public, l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique. Le contrat peut attribuer au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des ouvrages qui, bien que nécessaires au fonctionnement du service public, ne sont pas établis sur la propriété d'une personne publique, ou des droits réels sur ces biens, sous réserve de comporter les garanties propres à assurer la continuité du service public, notamment la faculté pour la personne publique de s'opposer à la cession,

en cours de concession, de ces ouvrages ou des droits détenus par la personne privée.

6. A l'expiration de la convention, les biens qui sont entrés, en application de ces principes, dans la propriété de la personne publique et ont été amortis au cours de l'exécution du contrat font nécessairement retour à celle-ci gratuitement, sous réserve des clauses contractuelles permettant à la personne publique, dans les conditions qu'elles déterminent, de faire reprendre par son cocontractant les biens qui ne seraient plus nécessaires au fonctionnement du service public. Le contrat qui accorde au concessionnaire, pour la durée de la convention, la propriété des biens nécessaires au service public autres que les ouvrages établis sur la propriété d'une personne publique, ou certains droits réels sur ces biens, ne peut, sous les mêmes réserves, faire obstacle au retour gratuit de ces biens à la personne publique en fin de concession.

7. Lorsque la convention arrive à son terme normal ou que la personne publique la résilie avant ce terme, le concessionnaire est fondé à demander l'indemnisation du préjudice qu'il subit à raison du retour des biens à titre gratuit dans le patrimoine de la collectivité publique, en application des principes énoncés ci-dessus, lorsqu'ils n'ont pu être totalement amortis, soit en raison d'une durée du contrat inférieure à la durée de l'amortissement de ces biens, soit en raison d'une résiliation à une date antérieure à leur complet amortissement. Lorsque l'amortissement de ces biens a été calculé sur la base d'une durée d'utilisation inférieure à la durée du contrat, cette indemnité est égale à leur valeur nette comptable inscrite au bilan. Dans le cas où leur durée d'utilisation était supérieure à la durée du contrat, l'indemnité est égale à la valeur nette comptable qui résulterait de l'amortissement de ces biens sur la durée du contrat. Si, en présence d'une convention conclue entre une personne publique et une personne privée, il est loisible aux parties de déroger à ces principes, l'indemnité mise à la charge de la personne publique au titre de ces biens ne saurait en toute hypothèse excéder le montant calculé selon les modalités précisées ci-dessus.

8. Les règles énoncées ci-dessus trouvent également à s'appliquer lorsque le cocontractant de l'administration était, antérieurement à la passation de la concession de service public, propriétaire de biens qu'il a, en acceptant de conclure la convention, affectés au fonctionnement du service public et qui sont nécessaires à celui-ci. Une telle mise à disposition emporte le transfert des biens dans le patrimoine de la personne publique, dans les conditions énoncées au point 5. Elle a également pour effet, quels que soient les termes du contrat sur ce point, le retour gratuit de ces biens à la personne publique à l'expiration de la convention, dans les conditions énoncées au point 6. Les parties peuvent prendre en compte cet apport dans la définition de l'équilibre économique du contrat, à condition que, eu égard notamment au coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, à la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et au montant des amortissements déjà réalisés, il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique.

9. Si les règles énoncées ci-dessus ne trouvent pas à s'appliquer aux biens qui sont la propriété d'un tiers au contrat de concession, quand bien même ils seraient affectés au fonctionnement du service public et nécessaires à celui-ci, il en va différemment dans le cas où, d'une part, il existe des liens étroits entre les actionnaires ou les dirigeants du propriétaire du bien et du concessionnaire, lesquels permettent de regarder l'un comme exerçant une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'autre ou de regarder l'un et l'autre comme étant placé sous le contrôle d'une même entreprise tierce et, d'autre part, le bien, exclusivement destiné à l'exécution du contrat de concession, a été mis par son propriétaire à la disposition du concessionnaire pour cette exécution. Dans un tel cas, le propriétaire du bien doit être regardé comme ayant consenti à ce que l'affectation du bien au fonctionnement du service public emporte son transfert dans le patrimoine de la personne publique, dans les conditions précédemment énoncées.

10. Il ressort des énonciations, non contestées sur ce point, de l'ordonnance attaquée que le bâtiment abritant actuellement le casino est la propriété de la société Groupe Partouche, qui l'a acquis auprès de la commune en vue de l'aménager pour pouvoir exploiter le futur casino et qui le loue à la société Jean Metz, dont elle détient l'intégralité du capital, par l'effet d'un bail commercial dont les stipulations prévoient expressément que l'activité exercée dans le bâtiment est l'exploitation d'un casino et des services associés. Dans ces conditions, en retenant que la circonstance que le bâtiment du casino n'était

pas la propriété du concessionnaire ne faisait pas obstacle à ce qu'il fasse retour à la commune au terme de la convention, le juge des référés n'a pas méconnu les principes énoncés aux points précédents.

11. En deuxième lieu, si les jeux de casino ne constituent pas, par eux-mêmes, une activité de service public, la convention conclue pour leur installation et leur exploitation a pour objet, compte tenu des obligations imposées au cocontractant quant à, notamment, la prise en charge du financement d'infrastructures et de missions d'intérêt général en matière de développement économique, culturel et touristique et des conditions de sa rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, de confier à ce cocontractant l'exécution d'un service public. Par suite, les biens nécessaires au fonctionnement du service public ainsi confié au cocontractant, alors même que des jeux de casino y sont installés, constituent des biens de retour et appartiennent à la personne publique contractante.

12. Au cas présent, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le bâtiment litigieux a été spécialement aménagé en vue d'y accueillir l'activité de casino et les services connexes prévus par le contrat de concession. Contrairement à ce que soutient la commune requérante, en jugeant, ainsi que cela ressort des motifs de l'ordonnance attaquée, que ce bâtiment était nécessaire au fonctionnement du service public, le juge des référés a exactement qualifié les faits de l'espèce.

13. En troisième lieu, les moyens tirés de la méconnaissance de l'article 17 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont nouveaux en cassation et, par suite, inopérants.

14. En quatrième lieu, en retenant, d'une part, que l'article 6.2 du règlement de la consultation imposait aux candidats de disposer, à la date de remise des offres, d'un titre de propriété ou d'un contrat d'occupation et, d'autre part, que, compte tenu de la taille de la commune de Berck-sur-Mer, le délai de deux mois dont disposaient les candidats pour remettre une offre, impliquant qu'ils aient pu, dans ce délai, négocier l'achat ou l'occupation d'un bâtiment en mesure d'accueillir l'activité de casino, était insuffisant, pour en déduire que la commune avait méconnu l'égalité de traitement entre les candidats en procurant un avantage à la société Jean Metz, laquelle avait, ainsi qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés, effectivement déposé une offre dans les délais, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier. Il n'a pas non plus inexactement qualifié les faits de l'espèce en jugeant qu'un tel manquement était susceptible d'avoir lésé la société du Grand Casino de Dinant, qui a été dissuadée de présenter sa candidature du fait de ce manquement, alors même qu'il s'agissait de la troisième procédure conduite en vue du renouvellement de la concession et que la première avait été engagée près de deux ans auparavant.

Lire les documents reproduits.

Lecture :

- _ L. Coutron et M. Ubaud-Bergeron, « De l'absence de certitudes quant à la conventionnalité de la jurisprudence administrative sur le référé précontractuel », *CMP* 2022, Repère 11.
- _ B. Blaquièrre, « L'indemnisation du concurrent irrégulièrement évincé : un régime à repenser », *CMP* 2024, étude 3
- _ X. Domino, « Des tropiques au Tarn-et-Garonne, en passant par Béziers : coulisses de la révolution du droit administratif des contrats », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025
- _ S. Douteaud, « Et si la résolution des paradoxes du contentieux contractuel s'était faite au profit du juge de l'excès de pouvoir ? », *Rencontres, Mél. Ph. Terneyre*, Dalloz 2025.
- _ A. Goin et L. Cadin, « Le préjudice du candidat évincé de la procédure de passation d'un contrat de la commande publique », *AJDA* 2025. 1118
- _ R. Sevagamy, « La perte de chance dans le contentieux de la commande publique », *RFDA* 2024. 1079

Travail possible (à la discrétion du chargé de travaux dirigés)

- _ Dissertation : La stabilité du contrat administratif
- _ Commentaire d'arrêt : CE 10 juin 2025, *Assoc. Agir pour l'environnement*, n° 495479
- _ Cas pratique :

1 - Par un avis d'appel public à candidature, publié le 24 juillet 2018, la commune des Baux-de-Provence a lancé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution d'une délégation de service public portant sur la gestion, et plus précisément sur la mise en valeur culturelle du site des carrières de Bringasses dont elle est propriétaire.

Une convention a été conclue avec la société Culturespaces, le 2 novembre 2018, pour une durée de dix ans.

Par un courrier du 10 septembre 2023, la société Cathédrale d'Images a sollicité de la commune des Baux-de-Provence qu'elle mette fin à l'exécution de cette convention de délégation de service public.

La commune n'ayant pas donné suite à cette demande, elle souhaite exercer un recours. Vous la conseillez.

2 – Par un avis d'appel public à la concurrence publié le 3 décembre 2017 au BOAMP, le ministre de l'intérieur a lancé une procédure négociée ayant pour objet la fourniture de flashball pour des agents. La société X a déposé une offre pour chacun des lots n° 1 et 2 de ce marché, qui ont été rejetées par des décisions du 19 août 2018. La presse a fait état de la livraison de ce matériel et de son utilisation dès le mois de décembre 2018, lors du mouvement dit des gilets jaunes. Le mois dernier, la société X qui a souhaité être à nouveau candidate à l'attribution d'un marché similaire a tenté de consulter le marché conclu en 2018 afin d'affiner son offre. Elle s'est toutefois rendue compte que la publicité du contrat n'avait jamais été garantie. Avant de saisir le TA de Paris de conclusions tendant à contester la validité du contrat en litige et à en demander l'annulation, elle vous consulte sur les modalités d'un tel recours.

3 – Piper, la sœur de Prudence, vous consulte à propos de problèmes qu'elle rencontre avec l'entreprise de restauration, le P3, qu'elle dirige à Strasbourg. Elle a appris que son offre pour l'obtention d'un contrat de restauration, contrat de la commande publique, avait été rejetée par la Ville de Strasbourg qui a préféré retenir la société Shadow. Piper est connue de la juridiction strasbourgeoise. Elle a en effet, d'une part, formé un référé précontractuel après la signature du contrat invoquant une violation des obligations de publicité et de mise en concurrence. Elle a, d'autre part, introduit un recours pour

excès de pouvoir contre la décision de la Ville de Strasbourg de refus de résilier le contrat conclu avec la société Shadow. Elle vous demande si elle a bien fait de former ces deux recours

- **Recours contre le contrat exercé par les parties**

CE 28 déc. 2009, Ass., Cne de Béziers, n°304802

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre d'un syndicat intercommunal à vocation multiple qu'elles avaient créé à cette fin, les communes de BEZIERS et de Villeneuve-lès-Béziers ont mené à bien une opération d'extension d'une zone industrielle intégralement située sur le territoire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers ; que, par une convention signée par leurs deux maires le 10 octobre 1986, ces collectivités sont convenues que la commune de Villeneuve-lès-Béziers verserait à la COMMUNE DE BEZIERS une fraction des sommes qu'elle percevrait au titre de la taxe professionnelle, afin de tenir compte de la diminution de recettes entraînée par la relocalisation, dans la zone industrielle ainsi créée, d'entreprises jusqu'ici implantées sur le territoire de la COMMUNE DE BEZIERS ; que, par lettre du 22 mars 1996, le maire de Villeneuve-lès-Béziers a informé le maire de BEZIERS de son intention de résilier cette convention à compter du 1er septembre 1996 ; que, par un jugement du 25 mars 2005, le tribunal administratif de Montpellier, saisi par la COMMUNE DE BEZIERS, a rejeté sa demande tendant à ce que la commune de Villeneuve-lès-Béziers soit condamnée à lui verser une indemnité de 591 103,78 euros au titre des sommes non versées depuis la résiliation de la convention, ainsi qu'une somme de 45 374,70 euros au titre des dommages et intérêts ; que, par un arrêt du 13 juin 2007, contre lequel la COMMUNE DE BEZIERS se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Marseille a, après avoir annulé pour irrégularité le jugement du tribunal administratif de Montpellier, jugé que la convention du 10 octobre 1986 devait être " déclarée nulle " et rejeté la demande de la COMMUNE DE BEZIERS ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation ;

Considérant, en second lieu, que, lorsque les parties soumettent au juge un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat ; que, toutefois, dans le cas seulement où il constate une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, il doit écarter le contrat et ne peut régler le litige sur le terrain contractuel ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 2-I de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, désormais codifiées à l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales : " Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué

dans le département " ; que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive écarter le contrat et que le litige qui oppose les parties ne doive pas être tranché sur le terrain contractuel ;

Considérant, qu'en jugeant que la convention conclue le 10 octobre 1986 entre les communes de Villeneuve-lès-Béziers et de Béziers devait être " déclarée nulle " au seul motif que les délibérations du 29 septembre 1986 et du 3 octobre 1986 autorisant les maires de ces communes à la signer n'avaient été transmises à la sous-préfecture que le 16 octobre 1986 et qu'une telle circonstance faisait obstacle à ce que les stipulations du contrat soient invoquées dans le cadre du litige dont elle était saisie, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ;

CAA Versailles, 29 fév. 2024, n° 21VE00016

1. M. D... a été recruté par la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise, le 16 juin 2008, en qualité de directeur du centre de formation des apprentis, et a été titularisé le 16 juin 2010. Par un contrat signé le 25 août 2011 et intitulé " séparation à l'amiable - rupture conventionnelle ", les parties ont souhaité " d'un commun accord mettre un terme à leur collaboration " et, en contrepartie de sa renonciation à toute action ou recours, M. D... a obtenu le versement par la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise d'une somme de 105 219,07 euros. Selon les termes mêmes de ce contrat, celui-ci constituait un " accord transactionnel (...) conclu en application des dispositions des articles 2044 et suivants du code civil ". M. D... demande l'annulation du jugement du 5 novembre 2020 par lequel le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a, à la demande de la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise, prononcé la nullité de cette transaction et l'a condamné à restituer à la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise la somme de 105 219,07 euros.

Sur l'exception de prescription de l'action en nullité du contrat :

2. D'une part, aux termes de l'article 2224 du code civil : " Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ".

3. Les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie. Il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui. Il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation. Cette action est ouverte aux parties au contrat pendant toute la durée d'exécution de celui-ci.

4. En outre, il résulte des principes dont s'inspire l'article 2224 précité du code civil, qu'à compter du terme du contrat ou, si elle est plus tardive, de la date à laquelle les parties ont connu ou auraient dû connaître les faits leur permettant d'exercer cette action, celles-ci disposent d'un délai de cinq ans pour en demander l'annulation, si elles se prévalent de l'illicéité de son objet ou d'un vice d'une particulière gravité relatif, notamment, aux conditions dans lesquelles elles ont donné leur consentement.

5. D'autre part, aux termes de l'article 2241 du code civil : " La demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription (...) ", l'article 2242 du même code, dans sa rédaction issue de la loi

du 17 juin 2008, prévoyant que " l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance ". Toutefois, aux termes de l'article 2243 du code civil : " L'interruption est non avenue si le demandeur se désiste de sa demande ou laisse périmer l'instance, ou si sa demande est définitivement rejetée "

6. M. D... soutient que c'est à tort que le tribunal administratif a écarté l'exception de prescription soulevée en première instance dès lors que la demande de la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise tendant à l'annulation de la transaction du 25 août 2011 n'a été présentée que le 26 octobre 2017, postérieurement à l'expiration du délai de prescription.

7. Il résulte de l'instruction que la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise a sollicité l'annulation de ce contrat par des conclusions reconventionnelles présentées le 20 août 2012, dans l'instance n° 1110422 introduite par M. D..., et auxquelles le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a fait droit par un jugement du 8 décembre 2014. Ce jugement a été partiellement réformé par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Versailles n° 15VE00452 du 29 décembre 2016 rejetant ces conclusions pour irrecevabilité. Le pourvoi en cassation introduit par la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise contre cet arrêt a ensuite fait l'objet d'une décision de non admission du Conseil d'Etat statuant au contentieux du 19 juillet 2017. Ainsi, si le délai de prescription, fixé à cinq ans ainsi qu'il résulte de ce qui a été exposé au point 4, a été interrompu par l'introduction de ces conclusions reconventionnelles, cette interruption est réputée non avenue, en application de l'article 2243 du code civil, dès lors que ces conclusions reconventionnelles ont été définitivement rejetées par l'arrêt de la cour du 29 décembre 2016 mentionné ci-dessus. Il en résulte que le délai de l'action en contestation de validité du contrat, qui a couru à compter du 6 septembre 2011 soit le lendemain de la date d'exécution de la transaction, était, en tout état de cause, expiré le 26 octobre 2017, date à laquelle la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise a saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise d'une nouvelle demande tendant à l'annulation de cette transaction.

8. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de la requête, que M. D... est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a annulé la transaction du 25 août 2011 et l'a condamné à verser à la chambre de métiers et de l'artisanat du Val-d'Oise la somme de 105 219,07 euros.

- **Recours contre les actes d'exécution exercé par les parties**

CE Sect. 21 mars 2011, Cne de Béziers, 304806

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre d'un syndicat intercommunal à vocation multiple qu'elles avaient créé à cette fin, les communes de BEZIERS et de Villeneuve-lès-Béziers ont mené à bien une opération d'extension d'une zone industrielle intégralement située sur le territoire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers ; que, par une convention signée par leurs deux maires le 10 octobre 1986, ces collectivités sont convenues que la commune de Villeneuve-lès-Béziers verserait à la COMMUNE DE BEZIERS une fraction des sommes qu'elle percevrait au titre de la taxe professionnelle, afin de tenir compte de la diminution de recettes entraînée par la relocalisation, dans la zone industrielle ainsi créée, d'entreprises jusqu'ici implantées sur le territoire de la COMMUNE DE BEZIERS ; que, par une délibération du 14 mars 1996, le conseil municipal de la commune de Villeneuve-lès-Béziers a décidé que la commune ne devait plus exécuter la convention de 1986 à compter du 1er septembre suivant et que, par lettre du 22 mars 1996, le maire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers a informé le maire de la COMMUNE DE BEZIERS de la résiliation de la convention ; que la COMMUNE DE BEZIERS se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 12 février 2007 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel qu'elle a formé contre le jugement du 25 mars 2005 par lequel le tribunal administratif de Montpellier a rejeté sa demande dirigée contre cette mesure de résiliation ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 2-I de la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, désormais codifiées à l'article L. 2131-1 du code général des collectivités territoriales : " Les actes pris par les autorités communales sont exécutoires de plein droit dès lors qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés ainsi qu'à leur transmission au représentant de l'Etat dans le département ou à son délégué dans le département " ; que l'absence de transmission de la délibération autorisant le maire à signer un contrat avant la date à laquelle le maire procède à sa signature constitue un vice affectant les conditions dans lesquelles la commune a donné son consentement ; que, toutefois, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, ce seul vice ne saurait être regardé comme d'une gravité telle que le juge doive annuler le contrat ou l'écarter pour régler un litige relatif à son exécution ;

Considérant, dès lors, qu'en jugeant que la convention conclue le 10 octobre 1986 entre les communes de Villeneuve-lès-Béziers et de Béziers devait être " déclarée nulle " au seul motif que les délibérations des 29 septembre 1986 et 3 octobre 1986 autorisant les maires de ces communes à la signer n'ont été transmises à la sous-préfecture que le 16 octobre 1986, pour en déduire que la demande dirigée contre la résiliation de cette convention était privée d'objet et rejeter son appel pour ce motif, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ; que, par suite, la COMMUNE DE BEZIERS est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque,

Considérant que, ... il y a lieu de régler l'affaire au fond ...;

Considérant que la COMMUNE DE BEZIERS soutient que le tribunal administratif de Montpellier ne pouvait rejeter comme irrecevables ses conclusions dirigées contre la résiliation de la convention du 10 octobre 1986 au motif que les conditions dans lesquelles la résiliation d'un tel contrat intervient ne sont susceptibles d'ouvrir droit qu'à indemnité ;

Sur les voies de droit dont dispose une partie à un contrat administratif qui a fait l'objet d'une mesure de résiliation :

Considérant que le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, peut seulement, en principe, rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité ; que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles ; qu'elle doit exercer ce recours, y compris si le contrat en cause est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de la mesure de résiliation ; que de telles conclusions peuvent être assorties d'une demande tendant, sur le fondement des dispositions de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution de la résiliation, afin que les relations contractuelles soient provisoirement reprises ;

Sur l'office du juge du contrat saisi d'un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles :

Considérant qu'il incombe au juge du contrat, saisi par une partie d'un recours de plein contentieux contestant la validité d'une mesure de résiliation et tendant à la reprise des relations contractuelles, lorsqu'il constate que cette mesure est entachée de vices relatifs à sa régularité ou à son bien-fondé, de déterminer s'il y a lieu de faire droit, dans la mesure où elle n'est pas sans objet, à la demande de reprise des relations contractuelles, à compter d'une date qu'il fixe, ou de rejeter le recours, en jugeant que les vices constatés sont seulement susceptibles d'ouvrir, au profit du requérant, un droit à indemnité ; que, dans l'hypothèse où il fait droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il peut décider, si des conclusions sont formulées en ce sens, que le requérant a droit à l'indemnisation du préjudice que lui a, le cas échéant, causé la résiliation, notamment du fait de la non-exécution du contrat entre la date de sa résiliation et la date fixée pour la reprise des relations contractuelles ;

Considérant que, pour déterminer s'il y a lieu de faire droit à la demande de reprise des relations contractuelles, il incombe au juge du contrat d'apprécier, eu égard à la gravité des vices constatés et,

le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse ;

Sur l'office du juge du contrat saisi de conclusions tendant à la suspension de l'exécution d'une mesure de résiliation :

Considérant, en premier lieu, qu'il incombe au juge des référés saisi, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, de conclusions tendant à la suspension d'une mesure de résiliation, après avoir vérifié que l'exécution du contrat n'est pas devenue sans objet, de prendre en compte, pour apprécier la condition d'urgence, d'une part les atteintes graves et immédiates que la résiliation litigieuse est susceptible de porter à un intérêt public ou aux intérêts du requérant, notamment à la situation financière de ce dernier ou à l'exercice même de son activité, d'autre part l'intérêt général ou l'intérêt de tiers, notamment du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse, qui peut s'attacher à l'exécution immédiate de la mesure de résiliation ;

Considérant, en second lieu, que, pour déterminer si un moyen est propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux sur la validité de la mesure de résiliation litigieuse, il incombe au juge des référés d'apprécier si, en l'état de l'instruction, les vices invoqués paraissent d'une gravité suffisante pour conduire à la reprise des relations contractuelles et non à la seule indemnisation du préjudice résultant, pour le requérant, de la résiliation ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui vient d'être dit que c'est à tort que le tribunal administratif de Montpellier a jugé que les conclusions de la COMMUNE DE BEZIERS dirigées contre la mesure de résiliation de la convention du 10 octobre 1986 étaient irrecevables au motif que les conditions dans lesquelles la résiliation d'un tel contrat intervient ne sont susceptibles d'ouvrir droit qu'à indemnité ;

Considérant toutefois que, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, le recours qu'une partie à un contrat administratif peut former devant le juge du contrat pour contester la validité d'une mesure de résiliation et demander la reprise des relations contractuelles doit être exercé par elle dans un délai de deux mois à compter de la date à laquelle elle a été informée de cette mesure ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la demande de la COMMUNE DE BEZIERS dirigée contre la résiliation, par la commune de Villeneuve-lès-Béziers, de la convention du 10 octobre 1986 a été enregistrée au greffe du tribunal administratif de Montpellier le 2 mars 2000 ; que la COMMUNE DE BEZIERS ne peut sérieusement contester avoir eu connaissance de cette mesure au plus tard par la lettre du 22 mars 1996, reçue le 25 mars suivant, par laquelle le maire de la commune de Villeneuve-lès-Béziers a informé son maire de la résiliation de la convention à compter du 1er septembre 1996 ; qu'aucun principe ni aucune disposition, notamment pas les dispositions de l'article R. 421-5 du code de justice administrative, qui ne sont pas applicables à un recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles, n'imposent qu'une mesure de résiliation soit notifiée avec mention des voies et délais de recours ; que, dès lors, la demande présentée par la COMMUNE DE BEZIERS devant le tribunal administratif de Montpellier était tardive et, par suite, irrecevable ;

CE 13 juill. 2022, n° 458488

1. M. B... a conclu avec la commune de Sanary-sur-Mer une convention d'occupation temporaire du domaine public portuaire lui permettant de bénéficier, pour l'année 2016, d'un poste d'amarrage dans le port de cette commune pour un bateau dont il est copropriétaire avec M. D.... Par un courrier du 7 octobre 2016, la commune de Sanary-sur-Mer a informé M. B... de ce qu'elle ne serait pas en mesure de renouveler pour 2017 ce contrat arrivant à échéance le 31 décembre 2016. Par un jugement du 16 mai 2019, le tribunal administratif de Toulon a rejeté la demande de M. B... et de M. D... tendant à l'annulation de cette décision. La commune de Sanary-sur-Mer se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 17 septembre 2021 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille, faisant droit à l'appel de M. B..., a annulé la décision attaquée.

2. Le juge du contrat ne peut, en principe, lorsqu'il est saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution d'un contrat, que rechercher si cette mesure est intervenue dans des conditions de nature à ouvrir droit à indemnité. Toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Cette exception relative aux décisions de résiliation ne s'étend pas aux décisions de la personne publique refusant de faire application de stipulations du contrat relatives à son renouvellement. Il s'agit alors de mesures d'exécution du contrat qui n'ont ni pour objet, ni pour effet de mettre unilatéralement un terme à une convention en cours.

3. Dès lors, après avoir analysé les conclusions dont elle était saisie comme tendant à l'annulation du refus de renouvellement de la convention d'occupation domaniale en litige, lequel était rendu possible par son article 5, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en annulant cette mesure se rattachant à l'exécution du contrat.

4. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'autre moyen de son pourvoi, que la commune de Sanary-sur-Mer est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

5. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

6. Il résulte des règles rappelées au point 2 de la présente décision que les conclusions soumises au tribunal administratif, qui tendent à l'annulation du refus de faire application des stipulations d'une convention d'occupation domaniale relatives à son renouvellement, sont irrecevables en tant qu'elles émanent de M. B..., cocontractant, et doivent être rejetées. Elles sont également, et en tout état de cause, irrecevables en tant qu'elles émanent de M. D... qui, n'étant pas partie au contrat, ne justifie pas d'un intérêt pour agir contre la décision attaquée.

- **Référé précontractuel**

Articles L. 551-1 et s. du Code de justice administrative

L.551-1 :

Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public ou la sélection d'un actionnaire opérateur économique d'une société d'économie mixte à opération unique.
(...). Le juge est saisi avant la conclusion du contrat.

L.551-2 :

I. - Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages.

Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations.

II. - Toutefois, le I n'est pas applicable aux contrats passés dans les domaines de la défense ou de la sécurité au sens du II de [l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005](#) relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Pour ces contrats, il est fait application des [articles L. 551-6 et L. 551-7](#).

L.551-3 :

Le président du tribunal administratif ou son délégué statue en premier et dernier ressort en la forme des référés.

L.551-4 :

Le contrat ne peut être signé à compter de la saisine du tribunal administratif et jusqu'à la notification au pouvoir adjudicateur de la décision juridictionnelle.

Marion UBAUD-BERGERON, Étendre le référé précontractuel aux conventions domaniales ?, Contrats et Marchés publics n° 1, Janvier 2025, repère 1

En l'état actuel du droit, la procédure du référé précontractuel instituée par l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#) n'est pas ouverte à l'encontre des conventions d'occupation du domaine public, alors même que ces dernières font l'objet, depuis l'[ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017](#), d'une procédure de sélection préalable, conformément à l'[article L. 2122-1-1 du Code général de la propriété des personnes publiques](#) (sur cette procédure, V. Ch. Roux, *Noces de cire : les (quatre) premiers feux de la mise en concurrence des titres domaniaux* : [Contrats-Marchés publ. 2021, étude 2](#)).

La restriction de la compétence du juge administratif du référé précontractuel s'explique par la rédaction même de l'[article L. 551-1 du Code de justice administrative](#) qui limite le champ du recours aux seuls contrats administratifs répondant aux critères des contrats de la commande publique, soit les marchés publics et concessions. Cette rédaction trouve naturellement son explication dans les origines européennes du référé précontractuel, dont l'institution a été commandée par le souci d'accroître l'effectivité des procédures de mise en concurrence dans la commande publique : en droit de l'Union européenne comme en droit français, les règles du référé précontractuel ont été adoptées antérieurement à la reconnaissance des obligations de transparence découlant de la directive 2006/123/CE services et pesant sur les personnes publiques dans l'attribution des titres domaniaux ([CJUE, 14 juill. 2016, aff. C-458/14 et C-6715, Promoimpresa Srl et Mario Melis e.a.](#)), sans que cette évolution n'ait conduit jusqu'à présent à une modification des dispositions du référé précontractuel pour étendre la compétence du juge des référés.

Ainsi, à l'exception des cas où le contrat domanial pourrait être requalifié en contrat de la commande publique ([CE, 14 févr. 2017, n° 405157, Sté de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand port maritime de Bordeaux](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 99, note G. Eckert](#) : solution rendue en matière de référé contractuel), les juridictions administratives jugent irrecevables les référés précontractuels introduits contre les conventions d'occupation du domaine public, cette solution ayant pu être retenue aussi bien avant l'ordonnance du 19 avril 2017 ([CE, 12 mars 1999, n° 186085, Ville de Paris](#) : *Lebon T.*, p. 778. – [CE, 10 mars 2006, n° 284802, Sté Unibail Management](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 151, note G. Eckert](#)), qu'après son adoption ([TA Rouen, 16 juin 2023, n° 2302077](#). – [TA Strasbourg, 5 sept. 2023, n° 2305837](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 341, note G. Eckert](#)). Cette incompétence demeure même lorsque l'autorité gestionnaire a choisi d'organiser une procédure de mise en concurrence propre aux contrats de la commande publique ([CE, 3 déc. 2014, n° 384170, Établissement public Tisséo](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 48, note G. Eckert](#) ; [AJDA 2015, p. 1107, note H. Hoepffner](#)).

Faut-il procéder à une modification de l'article L. 551-1 du Code justice administrative pour étendre la compétence du juge des référés aux contrats d'occupation du domaine public ? Si la question se pose régulièrement, elle appelle toutefois une réponse nuancée.

L'argument principal en faveur d'une telle évolution serait évidemment de renforcer l'effectivité de la procédure instituée en 2017 : dès lors que l'autorité gestionnaire est tenue, si l'occupation du domaine public est consentie pour une exploitation économique, d'organiser une « *procédure de sélection préalable présentant toutes les garanties d'impartialité et de transparence et comportant des mesures de publicité permettant aux candidats potentiels de se manifester* », seule l'efficacité du contrôle dans le cadre d'un référé permettrait d'assurer dans un délai bref le respect des exigences de cette procédure de sélection, ce que ne garantit pas dans des conditions équivalentes un recours en contestation de validité du contrat, même si celui-ci est recevable contre un contrat domanial ([CE, 2 déc. 2015, n° 386979, École centrale de Lyon](#) ; [Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 50, note M. Ubaud-Bergeron](#) ; [AJDA 2016, p. 736, obs. Ch. Roux](#)).

L'évidence du constat n'en appelle pas moins quelques réserves dont il faudrait tenir compte avant d'engager une telle réforme. La première vient de ce que le « *titre* » visé par l'article L. 2122-1-1 du Code général de propriété des personnes publiques peut aussi bien prendre la forme d'un contrat que

d'une autorisation unilatérale : le référé précontractuel n'étant, par définition, prévu que pour les procédures d'attribution d'un contrat, il faudrait soit limiter une telle extension aux seuls titres domaniaux ayant une nature contractuelle (ce qui serait absurde), soit modifier les dispositions du Code de justice administrative en étendant également la procédure à ces actes unilatéraux, ce qui n'est pas sans poser quelques difficultés de rédaction.

On peut par ailleurs s'interroger sur la réelle amélioration que le référé précontractuel permettrait : toute l'efficience du référé précontractuel repose dans l'existence d'un délai de *stand-still* permettant aux concurrents évincés de l'introduire utilement. Faute pour la procédure domaniale de prévoir un délai comparable, l'existence d'un référé précontractuel pour cette dernière se heurtera à une difficulté réelle de mise en œuvre, à l'instar de la procédure adaptée pour les marchés publics, où seule la notification du rejet de l'offre aux concurrents évincés est prévue, sans délai de suspension de signature du contrat. De surcroît, cette difficulté ne saurait être compensée par un référé contractuel, dont on voit mal comment il pourrait être étendu aux contrats domaniaux, sauf à limiter ce recours aux cas où l'autorité gestionnaire du domaine n'a organisé aucune procédure de sélection préalable.

Enfin, il ne faut pas sous-estimer les effets plus profonds qu'une telle évolution serait de nature à provoquer. La procédure de sélection préalable prévue en matière domaniale n'est en aucun cas comparable à celle existant pour les contrats de la commande publique et cette différence ne tient pas seulement au faible degré de contraintes de la première : en matière de commande publique, le pouvoir adjudicateur est en situation de demandeur sur un marché, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il agit comme autorité gestionnaire du domaine, et ces logiques fondamentalement distinctes ont une influence sur l'office du juge du référé précontractuel. Étendre ce dernier aux contrats d'occupation du domaine public obligerait donc ce même juge à exercer un contrôle très différent selon la nature du contrat en cause, mais il n'est pas impossible non plus que cet alignement procédural conduise peu à peu à une attraction des contrats domaniaux vers les logiques et raisonnements qui sous-tendent le droit de la commande publique : au prix, sans doute, d'un affaiblissement inéluctable de la singularité des contrats domaniaux ?

CE Sect. 3 oct. 2008, SMIRGEOMES, n° 305420

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement, ainsi que le représentant de l'Etat dans le département dans le cas où le contrat est conclu ou doit être conclu par une collectivité territoriale ou un établissement public local. (...) Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations. Dès qu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours (...) "

;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le SYNDICAT MIXTE INTERCOMMUNAL DE REALISATION ET DE GESTION POUR L'ELIMINATION DES ORDURES MENAGERES DU SECTEUR EST DE LA SARTHE (SMIRGEOMES) a lancé, en janvier 2007, une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution d'un marché de services ayant pour objet la prise en charge, le transport, le tri, la valorisation des métaux collectés au sein de ses déchetteries et l'élimination des refus ; que le SMIRGEOMES se pourvoit en cassation contre l'ordonnance en date du 24 avril 2007 du juge des référés précontractuels du tribunal administratif de Nantes en tant qu'elle a fait droit aux conclusions de la société Passenaud Recyclage, dont l'offre n'avait pas été retenue, tendant à l'annulation de la procédure de passation du marché ; que, par la voie du pourvoi incident, la société Passenaud Recyclage demande l'annulation de la même

ordonnance en tant qu'elle a rejeté ses conclusions tendant à ce qu'il soit enjoint au syndicat de lui communiquer certaines informations, notamment les motifs de rejet de son offre ;

Sur le pourvoi principal :

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, les personnes habilitées à agir pour mettre fin aux manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles susceptibles d'être lésées par de tels manquements ; qu'il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente ; que, par suite, en annulant la procédure de passation litigieuse au motif que le syndicat aurait indiqué à tort dans les avis d'appel public à la concurrence que le marché était couvert par l'Accord sur les marchés publics, sans rechercher si cette irrégularité, à la supposer établie, était susceptible d'avoir lésé ou risquait de léser la société Passenaud Recyclage, le juge des référés a commis une erreur de droit et a ainsi méconnu son office ; qu'il en résulte que le SMIRGEOMES est fondé à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a prononcé l'annulation de la procédure de passation du marché ;

Sur le pourvoi incident :

Considérant qu'aux termes de l'article 83 du code des marchés publics : " Le pouvoir adjudicateur communique, dans un délai maximal de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite, à tout candidat écarté qui en fait la demande les motifs détaillés du rejet de sa candidature ou de son offre et, à tout candidat dont l'offre n'a pas été rejetée pour un motif autre que ceux mentionnés au III de l'article 53, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom du ou des attributaires du marché ou de l'accord-cadre " ;

Considérant qu'en rejetant la demande de la société Passenaud Recyclage tendant à ce qu'il soit enjoint au SMIRGEOMES de lui communiquer diverses informations au motif qu'à la date de l'enregistrement des conclusions de cette société, le délai de quinze jours prévu par les dispositions précitées de l'article 83 du code des marchés publics n'était pas écoulé, alors qu'il lui appartenait d'examiner le bien fondé d'une telle demande à la date à laquelle il statuait, le juge des référés a commis une erreur de droit ; que la société Passenaud Recyclage est ainsi fondée à demander l'annulation de l'ordonnance attaquée en tant qu'elle a rejeté ses conclusions aux fins d'injonction ;

Considérant que ...de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée...

Sur les conclusions tendant à l'annulation de la procédure de passation :

Considérant, en premier lieu, que la société Passenaud Recyclage soutient que les avis d'appel public à la concurrence mentionnent de façon erronée que le contrat envisagé est couvert par l'Accord sur les marchés publics, que l'exigence que les entreprises fournissent, à l'appui de leur candidature, une "déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le candidat dispose pour la réalisation des marchés de même nature " présente un caractère discriminatoire et disproportionné et que les codes CPV (" vocabulaire commun de marché ") utilisés dans les avis d'appel public à la concurrence étaient imprécis ; que, toutefois, il ne résulte pas de l'instruction que la société requérante, dont la candidature a été admise et qui a présenté une offre correspondant à l'objet du marché, soit susceptible d'avoir été lésée ou risque d'être lésée par les irrégularités ainsi invoquées, qui se rapportent à une phase de la procédure antérieure à la sélection de son offre ; que, compte tenu de l'office du juge des référés précontractuels, tel qu'il a été défini ci-dessus, elle ne peut, dès lors, se prévaloir de tels manquements à l'appui de sa requête ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'en renvoyant notamment, au titre de la rubrique VI-4-2) " délais d'introduction des recours " des avis d'appel public à la concurrence, à l'article L. 551-1 du code de justice administrative, le syndicat a rempli avec suffisamment de précision ladite rubrique ; qu'ainsi le moyen tiré de ce que les délais et voies de recours n'ont pas été mentionnés avec les précisions requises dans les avis d'appel public à la concurrence doit être écarté ;

Considérant enfin que la société Passenaud Recyclage soutient que l'absence, dans les avis d'appel public à la concurrence, de fixation des niveaux minimaux de capacité au regard desquels s'effectue la sélection des candidatures méconnaît l'article 52 du code des marchés publics et a permis de retenir la candidature d'une entreprise, la société Derouin, ne disposant pas de la capacité technique et financière pour exécuter le marché ; que toutefois, aux termes de l'article 45 du code des marchés publics : " (I) Le pouvoir adjudicateur ne peut exiger des candidats que des renseignements ou documents permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières ainsi que des documents relatifs aux pouvoirs des personnes habilitées à les engager. " ; qu'aux termes de l'article 52 du même code : " (I) (...) Les candidats qui ne peuvent soumissionner à un marché en application des dispositions de l'article 43 ou qui, le cas échéant après mise en oeuvre des dispositions du premier alinéa, produisent des dossiers de candidature ne comportant pas les pièces mentionnées aux articles 44 et 45 ne sont pas admis à participer à la suite de la procédure de passation du marché. / Les candidatures qui n'ont pas été écartées en application des dispositions de l'alinéa précédent sont examinées au regard des niveaux de capacités professionnelles, techniques et financières mentionnées dans l'avis d'appel public à la concurrence, ou, s'il s'agit d'une procédure dispensée de l'envoi d'un tel avis, dans le règlement de consultation. Les candidatures qui ne satisfont pas à ces niveaux de capacité sont éliminées " ; que si ces dispositions font obligation au pouvoir adjudicateur de contrôler les garanties professionnelles, techniques et financières des candidats à l'attribution d'un marché public au vu des documents ou renseignements demandés à cet effet dans les avis d'appel public à concurrence ou dans le règlement de consultation dans les cas de procédures dispensées de l'envoi de tels avis, le pouvoir adjudicateur n'est, en revanche, pas tenu de fixer dans les avis d'appel public à la concurrence des niveaux minimaux de capacités professionnelles, techniques et financières exigés des candidats ; qu'ainsi le SMIRGEOMES n'a pas méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence en n'exigeant pas de tels niveaux minimaux de capacités ; qu'en outre la société requérante n'établit pas, par les éléments qu'elle avance, l'incapacité technique et financière de la société Derouin à exécuter le marché ;

CE 17 avr. 2025, N° 501427, Sté. Consortium Stade de France,

1. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics le 9 mars 2023 et au Journal officiel de l'Union européenne le 10 mars 2023, le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique a lancé une procédure de passation en vue de la conclusion, par l'Etat, d'un contrat de concession portant sur l'exploitation du Stade de France (Saint-Denis). Deux groupements momentanés d'entreprises, l'un composé de la société Consortium Stade de France, agissant en qualité de mandataire, et des sociétés Vinci Stadium, Bouygues Construction et Stade 1, l'autre composé de la société GL Events Venues, agissant en qualité de mandataire, et de la société Financière du Stade de France, ont déposé leurs candidatures le 27 avril 2023. À la suite du dépôt de leur offre initiale, le 3 janvier 2024, l'Etat a engagé des négociations avec chacun des candidats et les a invités à remettre leur offre " finale ". Par un courrier du 9 décembre 2024, le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique a informé la société Consortium Stade de France que l'offre " finale " de son groupement avait été classée en deuxième position et qu'en application de l'article 10.3 du règlement de la consultation, il engageait des négociations exclusives avec l'autre soumissionnaire, classé en première position. La société Consortium Stade de France se pourvoit en cassation contre l'ordonnance du 6 février 2025 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil, statuant sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, a rejeté sa demande tendant à l'annulation de la procédure de passation du contrat ou, à tout le moins, à l'annulation de la décision du 9 décembre 2024, et à ce qu'il soit enjoint à l'Etat de reprendre la procédure au stade de l'analyse des offres " finales ".

2. Aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : " Le président du tribunal

administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation par les pouvoirs adjudicateurs de contrats administratifs ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, la délégation d'un service public (...) / (...) Le juge est saisi avant la conclusion du contrat ". Selon le I de l'article L. 551-2 du même code : " Le juge peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre l'exécution de toute décision qui se rapporte à la passation du contrat, sauf s'il estime, en considération de l'ensemble des intérêts susceptibles d'être lésés et notamment de l'intérêt public, que les conséquences négatives de ces mesures pourraient l'emporter sur leurs avantages. / Il peut, en outre, annuler les décisions qui se rapportent à la passation du contrat et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations ".

3. En vertu des dispositions de l'article L. 551-10 du code de justice administrative, les personnes habilitées à engager le recours prévu à l'article L. 551-1 en cas de manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué. Il appartient dès lors au juge du référé précontractuel de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

Sur l'analyse des candidatures :

4. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3123-20 du code de la commande publique : " Est irrecevable une candidature présentée par un candidat (...) qui ne possède pas les capacités ou les aptitudes exigées en application de la présente section ". Selon l'article R. 3123-1 du même code : " L'autorité concédante vérifie les conditions de participation relatives aux capacités et aux aptitudes des candidats nécessaires à la bonne exécution du contrat de concession ". Aux termes du premier alinéa de l'article R. 3123-19 du même code : " Si le candidat s'appuie sur les capacités et aptitudes d'autres opérateurs économiques, il justifie des capacités et aptitudes de ces opérateurs économiques et apporte la preuve qu'il en disposera pendant toute l'exécution du contrat. Cette preuve peut être apportée par tout moyen approprié. "

5. Le juge du référé précontractuel ne peut censurer l'appréciation portée par l'autorité concédante sur les capacités et aptitudes techniques que présentent les candidats à une concession que dans le cas où cette appréciation est entachée d'une erreur manifeste.

6. Aux termes de l'article III.1.1 du document complémentaire à l'avis de concession : " Le terme "Candidat" désigne l'opérateur économique qui se porte candidat à la présente procédure, soit sous forme individuelle, soit sous forme de groupement d'opérateurs économiques, quelle que soit sa forme juridique. Le groupement d'opérateurs économiques susmentionné est exclusivement composé de futurs actionnaires de la société dédiée titulaire du contrat de concession. / Conformément à l'article R. 3123-9 du code de la commande publique, les Candidats peuvent demander que soient également prises en compte les capacités et les aptitudes d'autres opérateurs économiques, quelle que soit la nature juridique des liens qui les unissent. / Le terme "Equipe Technique Candidate" désigne les opérateurs économiques éventuels qui ne font pas partie du Candidat, mais dont les capacités et les aptitudes, dont le Candidat disposera en tant que de besoin au cours de l'exécution du contrat de concession, sont présentées dans les candidatures ". Cet article précise en outre que le candidat devra produire " la preuve (par exemple, une attestation écrite) que le Candidat disposera des capacités et aptitudes des membres de son Equipe Technique Candidate en tant que de besoin ". Enfin, le dernier alinéa de l'article III.1.3 du même document précise que le Candidat peut se prévaloir " de la capacité technique et professionnelle de ses prestataires inclus dans l'Equipe Technique Candidate ".

7. Le juge des référés a relevé, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que le groupement GL Events Venues entend confier à la société d'exploitation du Palais omnisport de Paris Bercy (POPB), membre de son équipe technique candidate, une mission de conseil pour l'accompagner dans la définition et la mise en œuvre d'un projet d'investissement et d'exploitation du Stade de France,

et que le groupement a justifié, en produisant une attestation du 18 avril 2023 du directeur général de la société d'exploitation du POPB, qu'il disposerait de l'ensemble des capacités, compétences et moyens de cette société pour l'exécution du contrat de concession. Eu égard à la portée très large tant de l'engagement ainsi pris par cette société que de la mission qu'entend lui confier le groupement GL Events Venues, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que les références de la société d'exploitation du POPB, y compris en matière de construction, de gestion et d'exploitation d'enceintes événementielles, pouvaient être prises en compte pour apprécier la capacité technique et professionnelle du groupement GL Events Venues.

8. En deuxième lieu, l'article III.1.2 du document complémentaire à l'avis de concession prévoit que l'autorité concédante apprécie la capacité économique et financière des candidats au regard, notamment, du chiffre d'affaires global et du chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du contrat de concession, sur les cinq derniers exercices disponibles.

9. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour juger que l'autorité concédante avait pu, sans erreur manifeste d'appréciation, estimer que le groupement justifiait de capacités économiques et financières suffisantes pour exploiter le Stade de France, le juge des référés a relevé que l'autorité concédante avait constaté que, si la société GL Events Venues était par elle-même une société de facturation générant peu de chiffre d'affaires, elle était la société-mère de filiales gérant des enceintes événementielles et générant à ce titre un chiffre d'affaires nettement supérieur à celui attendu de la concession. Ce faisant, le juge des référés a, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation et d'erreur de droit, interprété les documents de la consultation comme permettant à l'autorité concédante, compte tenu des spécificités de ce secteur d'activité, de prendre en compte le chiffre d'affaires généré par les filiales des candidats pour apprécier leur capacité économique et financière.

10. En troisième lieu, en relevant, pour écarter ce moyen d'erreur manifeste d'appréciation, que des sociétés filiales de la société GL Events Venues avaient un chiffre d'affaires supérieur à celui projeté pour l'exploitation du Stade de France, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a nécessairement estimé, sans entacher son ordonnance d'une insuffisance de motivation, que le chiffre d'affaires de ces sociétés offrait une garantie suffisante des capacités économiques et financières du groupement candidat.

Sur la définition de ses besoins par l'autorité concédante :

11. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3111-1 du code de la commande publique : " La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation (...) ". En vertu de l'article L. 3111-2 du même code, " les travaux ou services faisant l'objet du contrat de concession sont définis par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles ". Selon le premier alinéa de l'article R. 3111-1 du même code, " les spécifications techniques et fonctionnelles définissent les caractéristiques requises des travaux ou des services ".

12. Les concessions sont soumises aux principes généraux du droit de la commande publique de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Pour assurer le respect de ces principes, la personne publique doit apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Il lui appartient à ce titre d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres. S'il est loisible à l'autorité concédante d'indiquer précisément aux candidats l'étendue et le détail des investissements qu'elle souhaite les voir réaliser, elle n'est pas tenue de le faire à peine d'irrégularité de la procédure. Il lui est en effet possible, après avoir défini les caractéristiques essentielles de la concession, de laisser les candidats définir eux-mêmes leur programme d'investissement, sous réserve qu'elle leur ait donné des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir des investissements, sur leur nature et leur consistance et sur le rôle qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres.

13. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que l'article 2.2 du règlement de la consultation définissait l'objet du contrat de concession du Stade de France au regard de plusieurs

objectifs, dont celui visant à " renforcer le dynamisme du lieu avec un maximum de matches et d'événements ". Cet article précisait que l'exploitation de l'équipement devait " permettre l'accueil prioritaire des événements organisés par la Fédération Française de Rugby (en ce compris la Ligue Nationale de Rugby par délégation) et la Fédération Française de Football, ainsi que des Grands Evénements Sportifs Internationaux (GESI) ", tout en pouvant " également permettre l'accueil d'autres événements sportifs divers, l'organisation de concerts ou l'organisation d'autres événements (...) ". L'exigence d'accueillir prioritairement les " grands événements " des fédérations françaises de football et de rugby ainsi que les " grands événements sportifs internationaux " figurait également aux articles 36 et 37 du projet de contrat de concession. Si les " grands événements " des fédérations françaises de football et de rugby n'étaient pas définis par ce projet de contrat, lequel renvoyait à la conclusion de conventions entre le soumissionnaire et les fédérations, le volet A du cahier des charges de la concession précisait qu'afin de maintenir la " portée iconique " du Stade de France et sa " vocation de stade national ", le concessionnaire devait " accueillir les équipes nationales et les finales des grandes compétitions nationales ". Enfin, l'article 11 du règlement de la consultation prévoyait que, pour apprécier l'offre présentant le meilleur avantage global, l'autorité concédante évaluerait, au titre du critère n° 4, " la robustesse économique et financière de l'offre ", notamment au regard du " niveau " et de la " fermeté " des engagements obtenus des fédérations sportives nationales. En estimant, au terme d'une appréciation souveraine des documents de la consultation, exempte de dénaturation, que l'autorité concédante avait ainsi apporté aux candidats une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire en matière d'accueil prioritaire des " grands événements " des fédérations françaises de football et de rugby, alors même que cette autorité avait laissé aux candidats le soin de conclure un accord avec ces fédérations quant au nombre et au type de matches susceptibles d'être accueillis, par priorité sur toute autre utilisation, au Stade de France, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil n'a pas commis d'erreur de droit.

Sur les critères d'appréciation des offres :

14. Aux termes de l'article L. 3124-5 du code de la commande publique : " Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Parmi ces critères peuvent figurer notamment des critères environnementaux, sociaux ou relatifs à l'innovation. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. / Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. / (...) ".

15. En premier lieu, il ressort des pièces soumises au juge des référés que, selon l'article 11 du règlement de la consultation, les offres des soumissionnaires devaient être appréciées au regard de cinq critères, dont un critère n° 1 relatif aux " éventuels engagements demandés à l'Etat et avantages économiques pour l'Etat ". Il était précisé que " ce critère évalue le niveau des éventuels subventions ou versements demandés à l'Etat au titre du contrat de concession ainsi que le niveau des redevances et autres flux financiers à verser par le concessionnaire à l'Etat ". Les redevances étaient, selon l'article 50 du projet de contrat de concession, composées d'une part fixe et d'une part variable, les modalités de calcul de cette part variable devant figurer à l'article 50.2 du projet de contrat.

16. Pour écarter le moyen tiré de ce que ce critère n° 1 serait irrégulier au motif qu'il aurait pris en compte le niveau des redevances variables proposées par les soumissionnaires, alors qu'il s'agissait, selon la société requérante, de données invérifiables et non constitutives d'un engagement quelconque, le juge des référés a relevé que si la part variable de la redevance reposait sur une donnée prévisionnelle, l'offre du soumissionnaire devait préciser les modalités de calcul de cette part variable, qui devaient ensuite être inscrites à l'article 50 du futur contrat de concession, et contenir notamment une note F1 " modèle financier ", comportant les projections détaillées des redevances, ainsi qu'un module permettant de réaliser un test de sensibilité pour attester de la solidité du montage financier, en particulier s'agissant des redevances. En estimant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, que ce critère était suffisamment objectif et précis, alors même qu'il prenait en compte une donnée prévisionnelle relative au niveau des redevances variables, dès lors que l'autorité

concedante disposait de données financières précises, assorties d'engagements contractuels des soumissionnaires quant aux modalités de calcul de la redevance variable, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit.

17. En second lieu, la société Consortium Stade de France ne peut utilement contester le bien-fondé de l'ordonnance qu'elle attaque en invoquant, pour la première fois devant le juge de cassation, le moyen, qui n'est pas d'ordre public et n'est pas né de cette ordonnance, tiré de ce que l'Etat ne pouvait, à travers le critère n° 4, déléguer son pouvoir d'appréciation des offres à des tiers à la procédure de passation du contrat.

Sur les moyens tirés de la méconnaissance du principe d'égalité et du principe d'impartialité de la procédure :

18. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3123-10 du code de la commande publique : " L'autorité concedante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. / Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du contrat de concession. "

19. Il ressort des pièces des dossiers soumis au juge des référés du tribunal administratif de Montreuil que, en laissant aux candidats le soin de négocier et conclure un accord avec les fédérations françaises de football et de rugby, dans les conditions rappelées au point 13, et en prenant en compte, parmi les éléments d'appréciation du critère n° 4 d'attribution des offres, le " niveau " et la " fermeté " des engagements obtenus des fédérations sportives nationales, sans que soit imposée la conclusion d'un accord avec ces dernières préalablement à l'attribution de la concession, l'Etat n'a pas fait participer ces fédérations, qui n'étaient pas susceptibles d'en influencer l'issue, au déroulement de la procédure de passation de la concession. Par suite, la société Consortium Stade de France ne pouvait utilement soutenir devant le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil que la société GL Events Venues entretenait de multiples liens avec la Fédération française de rugby révélant une situation de conflits d'intérêts. Elle ne pouvait pas plus utilement soutenir que la Ligue nationale de rugby se trouvait dans une situation de conflit d'intérêts, au regard de ses liens allégués avec la société GL Events Venues, dès lors qu'elle ne participait pas au déroulement de la procédure de passation du contrat de concession et n'était pas davantage susceptible d'en influencer l'issue.

20. En deuxième lieu, il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour écarter le moyen tiré de ce que l'autorité concedante aurait manqué à son obligation de garantir l'égalité entre les candidats lors de leurs négociations avec les fédérations françaises de football et de rugby en vue de l'élaboration de leurs offres, le juge des référés a estimé que ni la circonstance que la société Consortium Stade de France était le concessionnaire sortant ni les liens que la société GL Events Venues entretenait avec la Fédération française de rugby n'étaient de nature à caractériser une rupture d'égalité entre les soumissionnaires qui aurait nécessité de l'autorité concedante la mise en œuvre de mesures particulières dans le cadre de la procédure de passation. En se fondant sur ces motifs, qui n'étaient pas inopérants, le juge des référés, qui n'était pas tenu de répondre à tous les arguments de la société Consortium Stade de France, a suffisamment motivé son ordonnance et n'a pas commis d'erreur de droit.

Sur la participation de la société d'exploitation du POPB :

21. Aux termes de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique : " L'autorité concedante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession les personnes qui ont entrepris d'influer indûment le processus décisionnel de l'autorité concedante ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du contrat de concession, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution. "

22. En estimant, au regard de la lettre de candidature du groupement GL Events Venues ainsi que de la note " J1 " de son mémoire juridique et de la note de synthèse de son offre finale, que ce candidat n'avait pas fourni, quant au principe de l'intervention de la société d'exploitation du Palais omnisport de Paris Bercy (POPB) dans le cadre du contrat de concession et à la nature des missions qui lui seraient confiées, des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution de la concession litigieuse, au sens des dispositions précitées de l'article L. 3123-8 du code de la commande publique, le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil, qui n'était pas tenu de répondre à tous les arguments de la société Consortium Stade de France, a suffisamment motivé son ordonnance et n'a pas dénaturé la portée du contenu de l'offre du groupement

Sur la procédure de négociation des offres :

23. En premier lieu, aux termes de l'article L. 3121-1 du code de la commande publique : " L'autorité concédante organise librement une procédure de publicité et mise en concurrence qui conduit au choix du concessionnaire dans le respect des dispositions des chapitres I à V du présent titre et des règles de procédure fixées par décret en Conseil d'Etat. / Elle peut recourir à la négociation. / Ces dispositions s'appliquent sous réserve des règles particulières du chapitre VI du présent titre. " Selon l'article L. 3124-1 de ce code : " Lorsque l'autorité concédante recourt à la négociation pour attribuer le contrat de concession, elle organise librement la négociation avec un ou plusieurs soumissionnaires dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat. / La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. " Aux termes de l'article L. 3124-2 du même code : " L'autorité concédante écarte les offres irrégulières ou inappropriées. " Selon l'article L. 3124-3 de ce code : " Une offre est irrégulière lorsqu'elle ne respecte pas les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. " Aux termes de l'article R. 3124-1 du même code : " Lorsque l'autorité concédante fait usage de la possibilité de négocier prévue à l'article L. 3121-1, elle peut décider de limiter le nombre de soumissionnaires admis à participer à la négociation. / Elle procède à la sélection du ou des soumissionnaires en appliquant les critères d'attribution fixés aux articles R. 3124-4 et R. 3124-5 ".

24. Il résulte de ces dispositions que l'autorité concédante peut librement négocier avec les candidats à l'attribution d'une concession l'ensemble des éléments composant leur offre, dès lors que cette négociation ne conduit pas cette autorité à remettre en cause l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation. Ces dispositions ne s'opposent pas à ce que, lorsqu'elle recourt à la négociation, l'autorité concédante y admette, dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats, un soumissionnaire ayant remis une offre initiale irrégulière. Le respect de ce principe implique toutefois qu'elle ne puisse retenir un candidat dont la régularisation de l'offre se traduirait par la présentation de ce qui constituerait une offre entièrement nouvelle. En tout état de cause, l'autorité concédante est tenue de rejeter les offres qui sont demeurées irrégulières à l'issue de la négociation.

25. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Montreuil que le règlement de la consultation prévoyait, à son article 3.2, que la consultation se déroulerait en trois étapes, à savoir une phase de remise des " offres initiales ", une phase de remise des " offres finales " et une phase de " mise au point avec le titulaire pressenti ". Ce même article précisait que " après chaque remise d'Offres ", l'Etat pourrait " soit décider d'attribuer sans négociation le Contrat de Concession au Soumissionnaire qui aura remis l'offre économiquement la plus avantageuse, soit décider d'entamer une phase de négociation avec tout ou partie des Soumissionnaires. / L'Etat pourra décider, à tout moment de la procédure, de demander à tout ou partie des Soumissionnaires de soumettre une nouvelle Offre ". L'article 10.3 du même règlement, relatif à la négociation des offres, prévoyait que " L'Etat peut décider d'engager une négociation avec l'ensemble des Soumissionnaires ayant remis une Offre ou seulement avec celui ou ceux ayant remis, sur la base des critères prévus à l'Article 11, les meilleures Offres " et que " à tout moment de la négociation, l'Etat peut décider (i) de réduire le nombre de Soumissionnaires admis initialement à la négociation (...) ou (ii), y compris en cas de négociations conduites avec un seul Soumissionnaire, d'ouvrir des négociations avec un ou plusieurs des autres

Soumissionnaires non initialement admis à la négociation ", ainsi que " décider d'organiser une étape supplémentaire à la consultation, notamment en demandant la remise de nouvelles Offres à tout ou partie des Soumissionnaires ".

26. En jugeant qu'en égard au stade de la procédure de passation de la concession, au cours duquel l'autorité concédante avait décidé d'engager des négociations exclusives avec le soumissionnaire classé en première position après examen des offres " finales " remises par les candidats, la société Consortium Stade de France ne pouvait utilement soutenir que l'offre finale du groupement GL Events Venues était irrégulière, le juge des référés a, par une appréciation souveraine qui n'est pas arguée de dénaturation, implicitement estimé qu'il résultait des dispositions des articles 3.2 et 10.3 du règlement de la consultation que l'offre " finale " au sens de ce règlement ne désignait pas la dernière offre remise par les candidats à l'issue de la négociation, mais une offre intermédiaire encore susceptible de faire l'objet d'une négociation et donc d'être régularisée. Ce faisant, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit.

27. Par ailleurs, la société Consortium Stade de France ne peut utilement invoquer, pour la première fois devant le juge de cassation, le moyen, qui n'est pas d'ordre public et n'est pas né de l'ordonnance attaquée, tiré de ce que l'autorité concédante aurait méconnu les dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article 10.3 du règlement de la consultation selon lesquelles " aucune négociation ne pourra être menée sur la base d'une Offre irrégulière ou inappropriée au sens des articles L. 3124-3 et L. 3124-4 du code de la commande publique ".

28. Enfin, il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que la société Consortium Stade de France n'avait pas soutenu devant lui que l'engagement de négociations exclusives avec le groupement GL Events méconnaissait le principe d'égalité de traitement des candidats. Dès lors qu'un tel moyen n'est pas d'ordre public, la société Consortium Stade de France ne peut soutenir utilement que le juge des référés aurait commis une erreur de droit en ne recherchant pas si ce principe était à ce titre respecté.

Sur la durée du contrat de concession :

29. Aux termes de l'article L. 3114-7 du code de la commande publique : " La durée du contrat de concession est limitée. Elle est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire, dans les conditions prévues par voie réglementaire. " Aux termes de l'article R. 3114-1 du même code : " Pour la détermination de la durée du contrat de concession, les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, lorsqu'ils sont nécessaires à l'exploitation des travaux ou des services concédés. / Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. " Selon l'article R. 3114-2 du même code, " pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat ne doit pas excéder le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. "

30. Il résulte de ces dispositions que le choix de la collectivité publique est encadré quant à la fixation de la durée d'une concession. Il appartient cependant au juge des référés précontractuels, saisi sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, de sanctionner les seuls manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles d'avoir lésé les entreprises requérantes ou risquent de les léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente.

31. Pour écarter le moyen tiré de l'illégalité, en raison de son caractère excessif, de la durée de la concession du Stade de France, fixée à trente ans alors que l'autorité concédante avait imposé aux candidats des travaux de faible ampleur tout en leur permettant de proposer des " travaux libres " de rénovation, restructuration ou extension, le juge des référés a relevé que les soumissionnaires

disposaient d'informations précises et suffisantes relatives au périmètre de la concession, aux besoins de l'Etat, notamment quant à la nature et au type d'investissements attendus, et aux critères de sélection des offres, leur permettant de présenter utilement leur offre. En se fondant sur ce motif, par lequel il doit être regardé comme ayant estimé que la société Consortium Stade de France n'avait pas été lésée par le manquement qu'elle invoquait, le juge des référés n'a pas commis d'erreur de droit.

- **Recours indemnitaire**

CE 24 avr. 2024, Cne de la Chapelle d'Abondance, n° 472038

1. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la commune de la Chapelle d'Abondance a lancé une procédure d'attribution d'une délégation de service public pour l'exploitation des remontées mécaniques et des pistes de ski alpin situées sur son territoire. L'offre de la société d'exploitation de la Chapelle d'Abondance (SELCA) a été retenue. Le contrat a été signé le 10 novembre 2016. La société Chapelle d'Abondance Loisirs Développement (CALD), candidate évincée, a demandé au tribunal administratif de Grenoble de condamner la commune à l'indemniser de son manque à gagner ou, à titre subsidiaire, des frais de présentation de son offre. Par un jugement du 19 novembre 2020, le tribunal administratif a partiellement fait droit à sa demande en condamnant la commune de la Chapelle d'Abondance à lui verser 22 558 euros, correspondant aux frais de présentation de son offre. La commune de la Chapelle d'Abondance se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 10 janvier 2023 par lequel la cour administrative d'appel de Lyon, sur appel de la société CALD, a réformé ce jugement et porté le montant de sa condamnation à la somme de 450 000 euros correspondant au manque à gagner de cette société.

2. D'une part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de la procédure d'attribution, il appartient au juge de vérifier d'abord si l'entreprise était ou non dépourvue de toute chance de remporter le contrat. Dans l'affirmative, l'entreprise n'a droit à aucune indemnité. Dans la négative, elle a droit en principe au remboursement des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre. Il convient ensuite de rechercher si l'entreprise avait des chances sérieuses d'emporter le contrat. Dans un tel cas, l'entreprise a droit à être indemnisée de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre qui n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique.

3. D'autre part, lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat 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 et si les chances sérieuses de l'entreprise d'emporter le contrat sont établies, de vérifier qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation. Il lui incombe aussi d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain, en tenant compte notamment, s'agissant des contrats dans lesquels le titulaire supporte les risques de l'exploitation, de l'aléa qui affecte les résultats de cette exploitation et de la durée de celle-ci.

4. Enfin, dans le cas où le contrat a été résilié par la personne publique, il y a lieu, pour apprécier l'existence d'un préjudice directement causé par l'irrégularité et en évaluer le montant, de tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, afin de déterminer quels auraient été les droits à indemnisation du concurrent évincé si le contrat avait été conclu avec lui et si sa résiliation avait été prononcée pour les mêmes motifs que celle du contrat irrégulièrement conclu.

5. Il suit de là qu'en jugeant que, par principe, la circonstance que le contrat en litige initialement signé a été résilié par la suite était sans incidence sur le droit à l'indemnisation du manque à gagner du concurrent évincé, sans tenir compte des motifs et des effets de cette résiliation, la cour administrative d'appel de Lyon a commis une erreur de droit. Ce moyen, qui est né de l'arrêt attaqué, peut, contrairement à ce que soutient la société CALD en défense, être soulevé pour la première fois devant le juge de cassation.

6. Il résulte de ce qui précède que la commune de la Chapelle d'Abondance est fondée, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens de son pourvoi, à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

- **Recours devant le juge du contrat contre le contrat**

CE Ass. 4 avril 2014, Dpt Tarn et Garonne, n°358994, RFDA 2014, p. 425, concl. B. Dacosta

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence du 26 juin 2006, le département de Tarn-et-Garonne a lancé un appel d'offres ouvert en vue de la conclusion d'un marché à bons de commande ayant pour objet la location de longue durée de véhicules de fonction pour les services du conseil général ; que, par une délibération en date du 20 novembre 2006, la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, retenue comme attributaire par la commission d'appel d'offres ; que le 18 janvier 2007, M. François Bonhomme, conseiller général de Tarn-et-Garonne, a saisi le tribunal administratif de Toulouse d'une demande d'annulation pour excès de pouvoir de la délibération du 20 novembre 2006 ; que le conseil général de Tarn-et-Garonne se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 28 février 2012 par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté sa requête tendant à l'annulation du jugement du tribunal administratif de Toulouse du 20 juillet 2010 annulant la délibération attaquée et invitant les parties, à défaut de résolution amiable du contrat, à saisir le juge du contrat ;

Sur les recours en contestation de la validité du contrat dont disposent les tiers :

2. Considérant qu'indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles ; que cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité ; que les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat ; que ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi ; que la légalité du choix du cocontractant, de la délibération autorisant la conclusion du contrat et de la décision de le signer, ne peut être contestée qu'à l'occasion du recours ainsi défini ; que, toutefois, dans le cadre du contrôle de légalité, le représentant de l'Etat dans le département est recevable à contester la légalité de ces actes devant le juge de l'excès de pouvoir jusqu'à la conclusion du contrat, date à laquelle les recours déjà engagés et non encore jugés perdent leur objet ;

3. Considérant que le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini ; que 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 ;

4. Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités

territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés ;

5. Considérant qu'il appartient en principe au juge d'appliquer les règles définies ci-dessus qui, prises dans leur ensemble, n'apportent pas de limitation au droit fondamental qu'est le droit au recours ; que toutefois, eu égard à l'impératif de sécurité juridique tenant à ce qu'il ne soit pas porté une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours, le recours ci-dessus défini ne pourra être exercé par les tiers qui n'en bénéficiaient pas et selon les modalités précitées qu'à l'encontre des contrats signés à compter de la lecture de la présente décision ; que l'existence d'un recours contre le contrat, qui, hormis le déferé préfectoral, n'était ouvert avant la présente décision qu'aux seuls concurrents évincés, ne prive pas d'objet les recours pour excès de pouvoir déposés par d'autres tiers contre les actes détachables de contrats signés jusqu'à la date de lecture de la présente décision ; qu'il en résulte que le présent litige a conservé son objet ;

Sur le pourvoi du département de Tarn- et- Garonne :

6. Considérant que, pour confirmer l'annulation de la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le marché avec la société Sotral, la cour administrative d'appel de Bordeaux a énoncé qu'en omettant de porter les renseignements requis à la rubrique de l'avis d'appel public à la concurrence consacrée aux procédures de recours, le département avait méconnu les obligations de publicité et de mise en concurrence qui lui incombent en vertu des obligations du règlement de la Commission du 7 septembre 2005 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre des procédures de passation des marchés publics conformément aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement et du Conseil ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher si l'irrégularité constatée avait été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver d'une garantie les personnes susceptibles d'être concernées par l'indication des procédures de recours contentieux, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit ; que, par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

7. Considérant qu'il y a lieu, ... de régler l'affaire au fond ... ;

8. Considérant que si M. A... soutient que l'avis d'appel public à la concurrence publié par le département de Tarn-et-Garonne ne comportait pas la rubrique " Procédures de recours " en méconnaissance des dispositions du règlement de la Commission du 7 septembre 2005, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette irrégularité ait été, dans les circonstances de l'espèce, susceptible d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ou de priver des concurrents évincés d'une garantie, la société attributaire ayant été, d'ailleurs, la seule candidate ; que, par suite, le département de Tarn-et-Garonne est fondé à soutenir que c'est à tort que, pour annuler la délibération du 20 novembre 2006, le tribunal administratif de Toulouse s'est fondé sur la méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence qui incombent au département en ne portant pas les renseignements requis à la rubrique " Procédures de recours " de l'avis d'appel public à la concurrence ;

9. Considérant toutefois qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi par l'effet dévolutif de l'appel, d'examiner les autres moyens soulevés par M. A... devant le tribunal administratif de Toulouse ;

10. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que les membres de la commission permanente ont été, contrairement à ce que soutient M. A..., destinataires d'un rapport mentionnant les principales caractéristiques du marché ;

11. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 71 du code des marchés publics alors en vigueur : " Lorsque, pour des raisons économiques, techniques ou financières, le rythme ou l'étendue des besoins à satisfaire ne peuvent être entièrement arrêtés dans le marché, la personne publique peut passer un marché fractionné sous la forme d'un marché à bons de commande " ; que si M. A... fait valoir que le département de Tarn-et-Garonne a méconnu ces dispositions en recourant au marché fractionné pour la location de ses véhicules de service, il ressort des pièces du dossier que, compte tenu du renouvellement à venir de l'assemblée départementale et de la perspective du transfert de nouvelles compétences aux départements, le département de Tarn-et-Garonne n'était pas en mesure d'arrêter entièrement l'étendue de ses besoins dans le marché ;

12. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 57 du code des marchés publics alors en vigueur : " Le délai de réception des offres ne peut être inférieur à 52 jours à compter de l'envoi de l'appel public à la concurrence (...) " ; que si M. A... soutient que le département de Tarn-et-Garonne aurait méconnu ces dispositions en fixant le délai de réception des offres à dix-sept heures le cinquante-deuxième jour suivant l'envoi de l'avis d'appel public à la concurrence, il ne ressort pas des pièces du dossier, et il n'est pas même soutenu, qu'un candidat aurait été empêché de présenter utilement son offre en raison de la réduction alléguée de quelques heures du délai de 52 jours de réception des offres ; qu'ainsi, le vice allégué affectant la procédure de passation du marché n'a été susceptible, dans les circonstances de l'espèce, ni d'exercer une influence sur le sens de la délibération contestée ni de priver d'autres candidats d'une garantie ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir opposées à la demande de M. A... par le département de Tarn-et-Garonne, que ce dernier est fondé à soutenir que c'est à tort que par son jugement du 10 juillet 2010, le tribunal administratif de Toulouse a annulé la délibération du 20 novembre 2006 par laquelle la commission permanente du conseil général a autorisé le président de l'assemblée départementale à signer le contrat ;

- **Recours pour excès de pouvoir**

CE 9 févr. 2018, Cté d'agglomération Val d'Europe, n°404982

1. Considérant que, par un courrier en date du 7 juillet 2016, le président de la communauté d'agglomération Val d'Europe agglomération a demandé au Premier ministre d'abroger les annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention, approuvée par décret du 29 octobre 1990, passée entre l'Etat et la Société des Autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes, au motif que ces annexes ne prévoient pas la réalisation du barreau de liaison entre l'autoroute A4 et la RN 36 déclarée d'utilité publique par un arrêté préfectoral du 27 juillet 2012 ; que les dispositions de ces annexes, relatives à la reconfiguration de l'échangeur autoroutier de Bailly-Romainvilliers, ont été introduites par le douzième avenant à cette convention, lui-même approuvé par décret du 21 août 2015 ; que la présente requête tend à l'annulation pour excès de pouvoir du refus implicite opposé par le Premier ministre à cette demande ;

2. Considérant qu'indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, un tiers à un contrat est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires contenues dans un contrat administratif qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts ; qu'il est également recevable à demander, par la même voie, l'annulation du refus d'abroger de telles clauses à raison de

leur illégalité ; que, d'autre part, il appartient à toute personne y ayant intérêt de contester par la voie de l'excès de pouvoir une décision autorisant l'exécution de travaux autoroutiers ;

3. Considérant, d'une part, que revêtent un caractère réglementaire les clauses d'un contrat qui ont, par elles-mêmes, pour objet l'organisation ou le fonctionnement d'un service public ; que, s'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé ; qu'en revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel ;

4. Considérant que les stipulations contestées des annexes de l'article 47.2 g) du cahier des charges de la convention de concession autoroutière en cause, qui portent sur la reconfiguration de l'échangeur autoroutier de Bailly-Romainvilliers et déterminent les conditions de réalisation d'un aménagement complémentaire à cet échangeur, et sont ainsi relatives à la réalisation d'ouvrages, ne présentent pas un caractère réglementaire ; que, dès lors, les conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger ces dispositions sont irrecevables ;

5. Considérant, d'autre part, que si les stipulations de l'avenant à la convention de concession litigieuse révèlent, au plus tard à la date à laquelle cet avenant a été approuvé par le décret du 21 août 2015, la décision par laquelle la ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie a autorisé la SANEF à exécuter les travaux nécessaires à la réalisation d'une bretelle de sortie de l'autoroute A4 au niveau de l'échangeur n° 14, une telle mesure, qui ne constitue pas une décision réglementaire et ne présente pas davantage le caractère d'une décision administrative individuelle, ne pouvait être contestée par la voie contentieuse au-delà du délai de recours de droit commun de deux mois à compter de sa publication ; que le décret approuvant l'avenant litigieux a été publié au Journal officiel le 23 août 2015 ; que dès lors, si la présente requête, qui est dirigée contre le rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur la demande que lui a adressée le président de la communauté d'agglomération le 7 juillet 2016, tend également à contester la décision ministérielle d'autorisation de travaux, de telles conclusions ne peuvent qu'être rejetées comme tardives ;

CE 10 juin 2025, Assoc. Agir pour l'environnement n° 495479

1. Les requêtes présentées par les associations Agir pour l'environnement, ATTAC Tarn et les Vallons présentent à juger les mêmes questions, de sorte qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

2. Par trois courriers datés du 18 avril 2024 les associations Agir pour l'environnement, ATTAC Tarn et les Vallons ont demandé respectivement au Premier ministre, au ministre de la transition écologique et de la cohésion des territoires et au ministre placé auprès du ministre de la transition et de la cohésion des territoires, chargé des transports, d'abroger l'article 29 de la convention, approuvée par décret du 20 avril 2022, passée entre l'Etat et la société Atosca pour la concession de l'autoroute A 69, relatif à la durée de la convention et à sa résiliation par le concédant, au motif que cette durée excède le délai raisonnablement escompté par le concessionnaire pour amortir les investissements nécessaires. Les trois requêtes tendent à l'annulation des décisions implicites de rejet nées du silence gardé par le Premier ministre, le ministre de la transition écologique et de la cohésion du territoire et le ministre placé auprès du ministre de la transition et de la cohésion des territoires, chargé des transports sur leurs demandes.

3. Indépendamment du recours de pleine juridiction dont disposent les tiers à un contrat administratif pour en contester la validité, un tiers à un contrat est recevable à demander, par la voie du recours pour excès de pouvoir, l'annulation des clauses réglementaires contenues dans un contrat administratif qui portent une atteinte directe et certaine à ses intérêts.

4. S'agissant d'une convention de concession autoroutière, relèvent notamment de cette catégorie les clauses qui définissent l'objet de la concession et les règles de desserte, ainsi que celles qui définissent les conditions d'utilisation des ouvrages et fixent les tarifs des péages applicables sur le réseau concédé. En revanche, les stipulations relatives notamment au régime financier de la concession ou à la réalisation des ouvrages, qu'il s'agisse de leurs caractéristiques, de leur tracé, ou des modalités de cette

réalisation, sont dépourvues de caractère réglementaire et revêtent un caractère purement contractuel.

5. Il suit de là que la clause d'un contrat de concession fixant la durée d'une concession autoroutière et les conditions d'une résiliation par le concédant, qui n'a pour objet que d'organiser les relations entre le concédant et le concessionnaire et de participer à la détermination du régime financier de la concession, est dépourvue de caractère réglementaire. Dès lors, les conclusions tendant à l'annulation pour excès de pouvoir du refus d'abroger ces stipulations sont irrecevables.