



2018

# CONSEIL D'ÉTAT

Activité juridictionnelle et consultative  
des juridictions administratives en 2017

## Rapport public 2018

### Activité juridictionnelle et consultative des juridictions administratives en 2017



69

dF



La  
**documentation**  
Française

## Marchés et contrats administratifs

### 2.1.22. Catégories particulières de contrat

Le Conseil d'État a été amené à qualifier des contrats dans deux affaires présentant des configurations contractuelles originales.

**2.1.22.1.** Dans une première affaire, un grand port maritime (GPM) avait conclu une convention de terminal dans le cadre de l'article [R. 5312-84](#) du code des transports pour confier à une personne privée la gestion et l'exploitation d'un terminal portuaire (CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Société Grand Port Maritime de Bordeaux*, n<sup>os</sup> [405157](#), [405183](#), Rec.). Le Conseil d'État devait déterminer si une telle convention relevait de la commande publique et, si oui, de quelle catégorie contractuelle. Il a jugé que cette convention devait, compte tenu des engagements des parties – engagement de la société à investir sur le terminal, à construire et entretenir les équipements, bâtiments, outillages et terre-pleins nécessaires au maintien et au développement de l'activité portuaire, à assurer l'exploitation technique et commerciale du terminal en ayant la responsabilité des opérations de débarquement, d'embarquement, de manutention et de stockage des conteneurs et autres marchandises, en contrepartie du versement d'une redevance, de la mise à disposition des terrains et ouvrages nécessaires et du droit d'exploiter le terminal –, être regardée non comme une simple convention d'occupation du domaine public, mais comme un contrat administratif conclu pour répondre aux besoins du GPM. Cette convention de terminal ayant pour objet principal l'exécution d'une prestation de services et transférant au cocontractant un risque d'exploitation, elle revêt le caractère d'une concession de services au sens de l'[article 5](#) de l'ordonnance n° 2016-65 du



29 janvier 2016 relative aux contrats de concession. Cette qualification opérée, le Conseil d'État devait ensuite qualifier la « convention de mise en régie » conclue pour confier à un tiers l'exécution des obligations incombant au titulaire de la convention de terminal défaillant. Il juge qu'une telle convention revêt également le caractère d'une concession de services. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a pu conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de concession de services sans respecter au préalable les règles de publicité, l'existence d'un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service et d'une situation d'urgence tirée de l'impossibilité à faire exécuter le contrat étant reconnue.

**2.1.22.2.** Dans une seconde affaire, la commune d'Aix-en-Provence et une société d'économie mixte (SEM) avaient conclu une délégation de service public par laquelle la première avait d'une part confié à la seconde la gestion du service public du stationnement hors voirie, consistant en l'exploitation de parcs de stationnement publics, et, d'autre part, confié la gestion du service public de stationnement sur la voirie. La commune avait par la suite entendu, par une convention dont la suspension était demandée par le préfet, vendre lesdits parcs de stationnement à la SEM et par suite, partiellement résilier la convention initiale, l'exploitation des parcs ne consistant plus en une délégation de service public.

Le Conseil d'État a d'abord estimé que ce que les cocontractants ont présenté comme la « résiliation partielle » d'une ancienne convention datant de 1986 devait en réalité être regardé comme une modification du contrat de concession initial. En effet, du fait notamment des conditions de son équilibre financier, la concession ayant pour objet de concéder la gestion du service public du stationnement hors voirie et du service public du stationnement sur voirie constituait un ensemble unique.

Or compte tenu de l'ampleur des modifications apportées au contrat initial, dont le périmètre se trouvait substantiellement modifié, la commune aurait dû respecter les procédures de publicité et de mise en concurrence prévues pour la modification des contrats de concession et passer un nouveau contrat pour la gestion du service public restant confié au concessionnaire.

Ensuite, le Conseil d'État a estimé que le montage contractuel entre la commune et la SEM avait eu pour seul objet de faire échec au transfert de la compétence relative à la création et à la gestion des parcs de stationnement à la métropole d'Aix-Marseille-Provence à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2018, auquel la commune s'était vivement et publiquement opposée. Le moyen tiré de ce que la convention avait un objet illicite et pouvait être regardée comme entachée d'un « détournement de pouvoir » a été regardé comme de nature à faire naître un doute sérieux sur la légalité de la convention.

Le Conseil d'État précise enfin à cette occasion que la méconnaissance des règles applicables à la modification des contrats de concession et le caractère illicite de l'objet d'un contrat sont au nombre des illégalités susceptibles de conduire le juge du contrat à annuler un contrat. (CE, 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA*, n<sup>os</sup> [409728](#), [409799](#), T.).

### 2.1.23. Pénalités de retard

Les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect des délais. Elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi. Par une décision du 29 décembre 2008, *Office public d'habitations à loyer modéré (OPHLM) de Puteaux* (n° 296930, Rec.), le Conseil d'État avait reconnu au juge administratif le pouvoir de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard prévues par un contrat quand celles-ci atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché.

Par sa décision du 19 juillet 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent* (n° 392707, Rec.), la haute juridiction a précisé les limites qui s'imposent au juge dans l'exercice de son pouvoir de modulation de ces pénalités. Ainsi, il juge que ce pouvoir ne peut être mis en œuvre qu'à titre exceptionnel, et que, outre le montant du marché, doit être également prise en compte l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations. Pour obtenir du juge une telle modération des pénalités, le titulaire du marché doit lui fournir tous les éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif.

### 2.1.24. Contentieux contractuel

Le Conseil d'État a été saisi de questions nouvelles touchant aux procédures d'urgence propres à la passation des contrats de la commande publique, notamment au référé contractuel.

**2.1.24.1.** En premier lieu, le Conseil d'État a été saisi d'une demande d'indemnisation présentée par une société attributaire d'un lot d'un marché conclu avec le centre hospitalier de Narbonne en vue de la construction d'un centre de gériatrie. Ce contrat a toutefois été annulé par le juge du référé contractuel du tribunal administratif de Montpellier au motif que le contrat avait été conclu avant l'expiration du délai qui aurait permis aux concurrents évincés d'exercer un référé précontractuel. Il revenait alors au Conseil d'État de préciser les conditions d'indemnisation sur le terrain quasi-délictuel du titulaire d'un marché, qui a été annulé en raison d'une faute de l'administration.

Il a jugé que l'indemnisation du cocontractant, dont le contrat a été annulé par le juge dans le cadre du recours défini à l'article L. 551-13 du code de justice administrative, obéissait aux mêmes règles qu'une indemnisation faisant suite à l'annulation du contrat par le juge du contrat de droit commun (CE, 6 octobre 2017, *Société Cégélec Perpignan*, n° 395268, Rec.). A ainsi été étendue au référé



contractuel la jurisprudence du Conseil d'État sur l'indemnisation du cocontractant dont le contrat est annulé par le juge issue de sa décision de section du 10 avril 2008, *Decaux et Département des Alpes-Maritimes* (n<sup>os</sup> [244950](#), [284439](#), [248607](#), Rec.).

Le cocontractant a ainsi droit au remboursement des dépenses utiles sur un terrain quasi-contractuel, au titre de l'enrichissement sans cause. À cet égard, les éventuelles fautes qu'il aurait commises avant la conclusion du contrat sont sans incidence sur ce droit à indemnisation, sauf si le contrat a été obtenu dans des conditions de nature à vicier le consentement de l'administration.

Le Conseil d'État juge qu'en plus de cette indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause, dans le cas où le contrat est écarté en raison d'une faute de l'administration, il peut aussi prétendre, sur un terrain quasi-délictuel, à la réparation du dommage imputable à cette faute, sous réserve du partage de responsabilités découlant le cas échéant de ses propres fautes.

En ce qui concerne cette voie d'indemnisation quasi-délictuelle, il a été jugé qu'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. En l'espèce, les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence commis par le pouvoir adjudicateur ayant eu une incidence déterminante sur l'attribution du marché au titulaire, le lien entre la faute de l'administration et le manque à gagner dont la société entendait obtenir la réparation ne pouvait être regardé comme direct.

**2.1.24.2.** En second lieu, les conditions de recevabilité du référé contractuel ont été précisées dans une configuration inédite. Le juge était saisi d'un référé contractuel introduit par un candidat évincé après l'expiration du délai que le pouvoir adjudicateur s'était engagé à respecter avant la signature du contrat. Mais le pouvoir adjudicateur n'avait lui-même pas respecté ce délai ni informé le requérant de la signature de ce contrat. Or, en vertu de l'article [L. 551-14](#) du code de justice administrative, un requérant qui a introduit un référé précontractuel n'est pas recevable à introduire un référé contractuel. Ce principe souffre toutefois des exceptions : les candidats évincés qui ont vu leur référé précontractuel rejeté pour irrecevabilité du fait de la conclusion du contrat sont toutefois recevables à introduire un référé contractuel lorsque cette conclusion est intervenue en méconnaissance des règles de suspension de la signature du contrat qui s'imposaient au pouvoir adjudicateur ou lorsque ce dernier ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue par le juge du référé précontractuel.

Le Conseil d'État précise sa jurisprudence antérieure (CE, 10 novembre 2010, *Établissement public national des produits de l'agriculture et de la mer (France Agrimer)*, n<sup>o</sup> [340944](#), T. ; CE, 24 juin 2011, *Office public de l'habitat interdépartemental de l'Essonne, du Val d'Oise et des Yvelines et société Seni*, n<sup>os</sup> [346665](#), [346746](#), T. ; CE, 17 juin 2015, *Société Proxiserve*, n<sup>o</sup> 388457, T.) et juge que sont recevables à former un tel référé, outre le préfet, non seulement les candidats privés de la possibilité de présenter utilement un référé précontractuel – cas de non communication de la décision d'attribution aux candidats non retenus ou de non observation du délai

de *standstill* –, mais aussi ceux qui ont engagé un référé précontractuel lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas observé ce délai de *standstill* ou ne s'est pas conformé à la décision juridictionnelle rendue sur ce référé

Ainsi, pour apprécier si le référé contractuel introduit par un candidat dont le référé précontractuel a été rejeté pour irrecevabilité en raison de la signature du contrat est recevable, le juge ne pourra pas se contenter de constater une signature prématurée du marché. Il devra aussi vérifier si le référé précontractuel a bien été introduit avant l'expiration du délai de *standstill*. Ainsi, si ce référé a été introduit après l'expiration de ce délai, son irrecevabilité pour signature du contrat est sans lien avec cette signature mais imputable à la seule négligence du requérant. Par suite, l'exception tenant à la privation de la possibilité de présenter utilement un recours ne peut jouer et son référé contractuel sera également irrecevable (CE, 24 mai 2017, *Ville de Paris*, n° 407047, T.).