

DECEMBRE 2023

NEWSLETTER DROIT DES CONTRATS PUBLICS



L'actualité du droit des contrats publics

Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Nancy, M2 Droit des Contrats Publics et de l'Achat public



CEDH :

Illégalité partielle de la jurisprudence « Czabaj » au nom du droit à un procès équitable

TA DE NICE : LE COVID 19 N'EST PAS UN CAS DE FORCE MAJEURE

Le Conseil d'Etat

précise la qualité du titulaire d'un accord cadre multi-attributaire

Actualité européenne :

La Commission publie les nouveaux seuils européens applicables dès 2024.

Sommaire

1. Textes de lois, règlements, etc.

- Les nouveaux seuils de procédures communiqués par la Commission Européenne
- **Le billet du mois** : décret du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé : focus sur le marché global de performance énergétiques à paiement différé

2. Jurisprudences

2.1. Passation

- ♦ **TA Grenoble, 25 octobre 2023, Société Wise Ride n°2306384** : L'appréciation du motif technique justifiant le recours au marché de conception-réalisation ;
- ♦ **TA Poitiers, 13 novembre 2013, Société Anjou TP, n°230278** : L'acheteur ne peut abandonner en cours de procédure un critère de sélection prévu dans le règlement de consultation ;
- ♦ **TA Poitiers, 6 octobre 2023, Société Philippe Vediaud Publicité, n°2302509** : Précisions sur la limitation du nombre de pages du mémoire technique ;
- ♦ **TA Rouen, 10 novembre 2023 n°2202246** : Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur quant au caractère anormalement bas d'une offre ;
- ♦ **TA Lille, 17 novembre 2023 Société Europe Services Propreté n°2308582** : Contrôle des capacités économiques, financières et techniques / et contrôle des attestations fiscales et sociales : toujours avant l'attribution du marché !
- ♦ **CAA Marseille, 13 novembre 2023 n°22MA00652 et 22MA00485** : 12 ans pour un marché public, c'est long !
- ♦ **CE, 11 novembre 2023, n°746301** : La correction par l'acheteur d'une offre erronée n'est pas systématiquement irrégulière !

2.2. Exécution, indemnisation, délai de recours

- ♦ **TA Nice, 31 octobre 2023 n°2103109** : La crise du covid-19 n'est pas un cas de force majeure justifiant l'inexécution du contrat ;
- ♦ **CEDH, 9 novembre 2023 Legros et autres c/ France** : Illégalité partielle de la jurisprudence Czabaj du Conseil d'Etat ;
- ♦ **CE avis, 24 novembre 2023 n°474108 Association IMEDI** : Recours en contestation de validité d'un accord multi-attributaire par l'un des titulaires ;
- ♦ **CE, 27 novembre 2023 Société SNCF Voyageurs, n°462445** : Le juge de l'indemnité ne peut s'immiscer dans les relations contractuelles et annuler le contrat d'office.

Les nouveaux seuils de procédure formalisée

La Commission européenne a révélé ce mois-ci les nouveaux seuils européens au-delà desquels il est nécessaire de passer par une procédure formalisée pour les contrats de concessions et de marchés publics.

Ces nouveaux seuils sont applicables à partir du 1 janvier 2024 et sont en légère augmentation :

Marchés publics / Concessions	Nouveaux seuils 2024-2025
Marchés de fournitures et services des pouvoirs adjudicateurs centraux	143 000 euros
Marchés de fournitures et services des autres pouvoirs adjudicateurs	221 000 euros
Marchés de fournitures et services des entités adjudicatrices et marchés de fournitures et services de défense ou de sécurité	443 000 euros
Marchés de travaux et contrats de concessions	5 538 000 euros

Décret du 3 novembre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé

Focus sur le nouveau marché global de performance énergétique à paiement différé

La loi n°2023-222 du 30 mars 2023 est venue ouvrir à titre expérimental et pour une durée de 5 ans la possibilité pour l'État, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements de recourir aux marchés globaux de performance à paiement différé ou comme il est parfois qualifié "à tiers financement". Le décret d'application n°2023-913 du 3 octobre 2023 précise les modalités de recours à ce nouveau contrat en reprenant en grande partie les règles applicables au marché de partenariat. Ces deux contrats peuvent par ailleurs être rapprochés au regard des missions confiées au titulaire et à leurs conditions de recours. On confie dans les deux cas à un même titulaire le préfinancement, la conception, la réalisation, la maintenance ou l'exploitation d'un ouvrage. Nous nous intéresserons au régime de ce nouveau marché ainsi qu'aux différences, avantages et inconvénients qu'il revêt par rapport au marché de partenariat.

Pour rappel, le marché global de performance est défini à l'article L2171-3 du code de la commande publique qui dispose : *"Le marché global de performance associe l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance. Ces objectifs sont définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.*

Le marché global de performance comporte des engagements de performance mesurables."

Ce marché global présente l'avantage de pouvoir déroger à l'obligation de séparation des missions de maîtrise d'œuvre et de réalisation des travaux, ainsi qu'à l'obligation d'allotissement. Ces possibilités peuvent être intéressantes pour les acheteurs dans un contexte de recherche de performance énergétique et environnementale notamment lié aux crises énergétiques et aux contraintes environnementales croissantes. (Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 dite "loi ELAN" et le Décret n° 2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire)

Il permet de confier à un même opérateur non seulement la réalisation ou la conception et la réalisation, mais aussi la maintenance de l'ouvrage ou son exploitation afin de remplir des objectifs chiffrés de performances.

Selon le code de la commande publique, les objectifs de performances sont définis selon : le niveau d'activité, la qualité de service, l'efficacité énergétique ou l'incidence écologique. Le code dispose ainsi que les prix relatifs à la réalisation, à la maintenance ou à l'exploitation apparaissent de manière séparée. Ce sera donc le paiement des prestations d'exploitation ou de maintenance qui sera lié à l'atteinte des objectifs de performance dans les conditions stipulées par le contrat, de sorte que le titulaire soit motivé à respecter au mieux lesdits objectifs qu'il s'est fixé contractuellement tout en étant garanti de voir l'exécution des travaux rémunérée en intégralité.

Ce marché global reste cependant soumis aux règles générales en matière de marchés publics. Parmi elles, figure l'interdiction du paiement différé prévue à l'article L.2191-5 du code de la commande publique. Le titulaire du marché doit être payé en intégralité à la réception des travaux et ce paiement ne saurait être échelonné dans le temps.

Cependant, la loi du 30 mai 2023 permet de déroger à cette interdiction et rend possible le paiement différé ou "tiers financement" lors du recours au marché global de performance en visant spécifiquement la performance énergétique dans le cadre de rénovation énergétique de bâtiments.

Seules les opérations de rénovation énergétique sont visées, ainsi la construction de bâtiments neufs par les acheteurs visés n'est pas concernée. L'opération de rénovation vise : "tout type de travaux sur tout ou partie d'un bâtiment existant autre qu'une extension" selon l'article L111-1 du code de la construction et de l'habitation. La rénovation énergétique, selon la mission d'appui au financement des infrastructures, a pour finalité la diminution des consommations énergétiques des bâtiments publics. Le recours à ce type de contrat répond donc à une première condition quant à la nature du projet envisagé assez restrictive, là où les autres marchés globaux visent de plus larges éventails de travaux.

Le paiement différé implique que le titulaire du contrat préfinance l'ouvrage qu'il va construire pour le compte de l'acheteur. En l'occurrence le titulaire préfinance les travaux de rénovation énergétique des bâtiments de l'acheteur. Le paiement du prix des travaux sera alors effectué de manière échelonnée sous forme de loyers tout au long de la durée du contrat. Ce mode de paiement permet aux acheteurs concernés de rénover les bâtiments qu'ils souhaitent afin d'améliorer leur consommation énergétique et leur émission de gaz à effet de serre, sans aggraver la charge de leur dette auprès d'établissements bancaires et de répartir le paiement des travaux sur la durée. Cet argument est cependant à nuancer. L'acheteur s'endette en réalité envers son cocontractant pour une longue durée, les modalités de recouvrement des loyers sont cependant négociables et peuvent varier en fonction des possibilités laissées par le contrat.

De plus, le paiement différé peut apparaître comme un mécanisme incitatif permettant de garantir l'atteinte des objectifs de performance sur la durée. Le contrat peut permettre une longue durée d'exploitation garantissant le respect des objectifs de performance énergétique sur la durée du fait que la rémunération est versée en fonction de l'atteinte de ces objectifs.

Le recours à ce type de contrat est cependant soumis à des contraintes procédurales non négligeables. Il nécessite une étude préalable de soutenabilité budgétaire visant à évaluer le coût total de l'opération pour l'acheteur, étude qui sera soumise pour avis au ministère chargé du budget.

Le texte prévoit également une étude de projet détaillant les avantages et inconvénients du montage et les raisons pour lesquelles ce montage est le plus adapté par rapport aux autres types de contrats de la commande publique. La mission d'appui au financement des infrastructures "Fin Infra" a publié un guide du marché global de performance énergétique à paiement différé dans lequel la mission propose un modèle type d'étude comparative préalable. Le guide détaille les différents éléments devant être analysés tels que la performance énergétique des bâtiments à rénover et les objectifs estimés à atteindre sur une période donnée et donne des pistes argumentaires pour justifier le recours à ce nouveau type de contrat. Il est, en outre, impossible pour l'acheteur de se baser uniquement sur l'avantage du paiement différé, il doit montrer que le marché global serait avantageux notamment en matière de performance énergétique et en quoi les autres possibilités contractuelles restreindraient cette performance. Même si la performance énergétique semble être le levier principal permettant de justifier ce contrat, des problématiques de calendrier peuvent également venir à l'appui des justifications avancées en matière de performance énergétique. L'étude comparative des modes de projets est ensuite transmise pour avis à la "Fin Infra" qui se prononce dans un délai d'un mois à l'issue duquel son avis est réputé favorable. C'est ensuite aux assemblées délibérantes ou aux autorités compétentes de l'Etat, en fonction de la nature de l'acheteur, d'autoriser le principe du recours au marché global. Ceux-ci ne sont en rien tenus par l'avis de la "Fin Infra", mais il doit être présenté lors des délibérations. S'ensuivra ensuite une procédure de passation classique en fonction des seuils européens à l'issue de laquelle le titulaire sera retenu.

Ces caractéristiques procédurales et financières ne nous sont cependant pas étrangères puisque largement inspirées du marché de partenariat. En effet, les conditions de recours et les formalités procédurales sont presque intégralement identiques.

L'article L2213-8 du code de la commande publique dispose que le titulaire du marché de partenariat est rémunéré à compter de l'achèvement des travaux et est lié à des objectifs de performances assignés au titulaire, ce qui le rapproche du régime du marché global de performance énergétique à paiement différé. En revanche, ce dernier ne permet d'imposer que des objectifs de performance énergétiques relatifs à la rénovation de bâtiments existants, là où le marché de partenariat ne précise pas quel type d'objectif de performance peut être stipulé dans le contrat. Le marché de partenariat peut en outre porter sur plusieurs types de travaux tels que définis à l'article L1112-1 du code de la commande publique.

Le marché de partenariat transfère au titulaire la qualité de maître d'ouvrage alors que l'acheteur public du marché global de performance énergétique à paiement différé doit lui-même assurer ce rôle et se conformer à ses obligations de maîtrise d'ouvrage.

Le marché de partenariat est en outre soumis à des seuils au-dessous desquels son recours est illégal. Ce seuil est de 5 millions d'euros pour les marchés concernant les infrastructures

de réseaux ou lorsque le marché confie seulement la conception, la réalisation de travaux et le préfinancement de l'ouvrage. Dans les autres cas, ce seuil est porté à 10 millions d'euros. Le marché global de performance énergétique à paiement différé n'est cependant pas soumis à un seuil au-delà duquel son utilisation est permise. Les acheteurs publics concernés ont donc une plus ample marge de manœuvre et peuvent ainsi développer des plus petits projets de rénovations répondant à des impératifs énergétiques et environnementaux.

Le bilan effectué lors de l'étude préalable dans le cadre du marché de partenariat est global. L'acheteur doit prouver au regard du projet, que le recours à ce type de contrat est le plus optimal par rapport aux autres possibilités laissées par le code de la commande publique. Dans le cadre du marché global de performance énergétique à paiement différé, l'acheteur se base principalement sur les objectifs de performance énergétique en matière de consommation et d'émission de gaz à effet de serre en expliquant pourquoi ceux-ci seraient mieux atteints par ce biais qu'en ayant recours aux autres possibilités contractuelles.

Si le recours au marché global de performance énergétique est plus ample, son périmètre d'intervention est plus restreint. Comme son nom l'indique, le projet support du marché doit répondre à des problématiques directement liées à leur performance énergétique. Dans un contexte de responsabilité sociétale et environnementale et de crise énergétique, le recours à ce type de contrat ne devrait pas se faire rare et peut s'avérer un réel atout pour les acheteurs concernés qui peuvent ainsi limiter la charge qui pèserait sur leurs finances publiques et améliorer l'impact environnemental et l'efficacité énergétique de leurs bâtiments.

TA Grenoble, 25 Octobre 2023 n°2306384 Société Wise Ride **On ne peut recourir à un marché de conception/réalisation comme on veut!**

Le tribunal administratif de Grenoble le rappelle très justement, le marché de conception-réalisation n'est pas une affaire d'opportunité.

En l'espèce, une commune a entendu installer sur son territoire un pumptrack, un bike park ainsi qu'un parking. Pour ce faire, elle a décidé de recourir à la procédure de conception-réalisation, estimant que la construction envisagée se démarquait des constructions existantes et qu'une bonne gestion des deniers publics impliquait cette coordination entre conception et réalisation.

Toutefois, le recours à un tel marché est strictement encadré par le code de la commande publique. En effet, son article L.2171-2 précise que :

“Les acheteurs soumis aux dispositions du livre IV ne peuvent conclure un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel portant sur l'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage.”

De même, le juge rappelle qu'en vertu de l'article R.2171-1 du même code, *“les motifs d'ordre technique justifiant le recours à un marché de conception-réalisation sont liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.”*

Sont concernés des ouvrages dont l'utilisation conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des ouvrages dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques.”

Il suit de là que le marché passé par la commune ne respectait pas les exigences du code. Le tribunal considère ainsi que la commune ne justifie pas d'un motif technique justifiant le recours au marché de conception-réalisation de même que l'ouvrage ne répond pas aux caractéristiques requises.

TA Poitiers 13 novembre 2013 n°230278 Société Anjou TP **L'interdiction pour un acheteur public d'abandonner un critère de sélection prévu dans le règlement de consultation.**

Dans cette ordonnance du 13 novembre 2023, le Tribunal administratif de Poitiers vient rappeler qu'un acheteur public ne peut pas abandonner un critère de sélection à un marché public pendant l'analyse des offres.

En effet, en l'espèce, une commune avait publié un marché public de travaux en précisant dans son règlement de consultation que l'offre serait jugée en fonction d'un critère technique pondéré à 60% et d'un critère prix pondéré à 40%. Or, c'est la société classée deuxième selon les critères de sélection qui avait remporté le marché au motif qu'elle proposait l'offre la mieux-disante.

Le Tribunal vient alors rappeler que la commune « ne pouvait en cours de procédure abandonner le critère de la valeur technique défini comme principal critère de jugement des offres par le règlement de consultation et ne retenir que le prix alors même que ce critère n'occupait pas une place prépondérante, dans le jugement des offres, compte tenu du coefficient de pondération qui lui était affecté »

Le Tribunal conclut alors que la commune a manqué à ses obligations de publicité et mise en concurrence.

TA Poitiers 6 octobre 2023 n°2302509 Société Philippe Vediaux Publicité

Des précisions sur la limitation du nombre de pages du mémoire technique.

Dans cette ordonnance du 6 octobre 2023, le Tribunal administratif de Poitiers vient apporter des précisions quant à la limitation du nombre de pages du mémoire technique demandée par l'acheteur public dans le cadre de la passation d'un marché public.

En effet, il est possible pour l'acheteur de prévoir dans son règlement de consultation un nombre de pages maximum autorisé pour les mémoires techniques présentés par les candidats.

En l'espèce, l'acheteur public avait limité le mémoire technique à 60 pages maximum. Une société avait toutefois voulu contourner cette limitation en diminuant la police d'écriture et en jouant sur la forme de son document ; de ce fait son mémoire technique comprenait bien 60

pages mais avait en réalité le contenu de 240 pages. L'acheteur public avait alors refusé d'analyser cette offre, la considérant comme irrégulière ce qui n'est toutefois pas l'avis du Tribunal administratif de Poitiers qui considère que « *le règlement de consultation n'a pas défini les conditions de présentation du mémoire technique autrement que par cette limitation du nombre de pages, et n'a pas posé d'exigence notamment sur la taille de la police d'écriture employée ou sur la composition et la mise en forme de chaque page* ». Ce petit tour de passe-passe qui permet donc au candidat de contourner la limitation du nombre de pages prévue par l'acheteur.

TA Rouen 10 novembre 2023 n°2202246

Anormalement bas, vous trouvez ?

En ne mettant pas en œuvre la procédure de détection de l'offre anormalement basse à l'encontre de l'offre plus de deux fois inférieure à l'estimation du marché et quatre fois inférieure à celle présentée par le concurrent évincé, l'acheteur commet une erreur manifeste d'appréciation, qui entache d'une irrégularité la procédure d'attribution du marché.

Par un avis d'appel public à la concurrence, la métropole Rouen Normandie a engagé une procédure de passation prenant la forme d'une procédure adaptée. Ledit marché portait principalement sur des travaux de démolition d'un édifice culturel.

Seulement, le marché a été attribué à un candidat présentant une offre défiant étrangement toute concurrence. Deux sociétés s'estiment lésées par une éviction irrégulière. Après avoir chacune déposé une réclamation indemnitaire, sans réponse de l'acheteur, les malheureux candidats ont contesté la validité du contrat.

Sur la question de l'offre anormalement basse, la réponse du juge est limpide et logique. D'abord, ce dernier rappelle au pouvoir adjudicateur la démarche à suivre « *il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre.* »

Une précision qui mérite d'être répétée : « *le caractère anormalement bas ou non d'une offre ne saurait résulter du seul constat d'un écart de prix important entre cette offre et d'autres offres que les explications fournies par le candidat ne sont pas de nature à justifier et il appartient notamment au juge du plein contentieux, saisi d'un moyen en ce sens, de rechercher si le prix en cause est en lui-même manifestement sous-évalué et, ainsi, susceptible de compromettre la bonne exécution du marché.* »

Faute de convaincre le juge sur ce point, l'offre présentée par l'attributaire du marché revêt le caractère de l'offre anormalement basse.

TA Lille 17 novembre 2023 n°2308582 Société Europe Services Propreté

Contrôle des capacités économiques, financières et techniques / et contrôle des attestations fiscales et sociales : toujours avant l'attribution du marché.

En l'espèce, une commune lance une procédure pour la passation d'un accord-cadre à bons de commande pour le nettoyage de bâtiments communaux. Le marché est divisé en 3 lots, le lot n°1 est contesté devant le juge des référés précontractuels par un concurrent évincé. Ce dernier soutient :

1. que les capacités économiques, financières et techniques du candidat retenu, n'ont été vérifiées par le pouvoir adjudicateur, qu'après l'attribution du marché, en méconnaissance du Code de la commande publique.

Le Code de la commande publique dispose que les pièces permettant de vérifier les capacités économiques, financières et techniques des candidats peuvent être analysées à tout moment de la procédure, mais elles doivent l'être au plus tard avant l'attribution du marché. Le règlement de la consultation prévoit quant à lui, que ces pièces doivent être remises « par le candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché ».

Le tribunal administratif de Lille rejette les arguments du requérant en considérant que le règlement de la consultation prévoit l'analyse des pièces susmentionnées avant l'attribution du marché. De plus, le juge ajoute que le rapport d'analyse des offres fait apparaître la vérification des pièces avant l'attribution du marché. Par conséquent, le règlement de la consultation peut prévoir que les documents qui attestent des capacités des candidats peuvent seulement être vérifiés pour l'attributaire pressenti, tant que cette vérification a lieu avant l'attribution du marché.

2. que la société retenue n'a pas fourni, avant l'attribution du marché, l'ensemble des attestations fiscales et sociales nécessaires à sa candidature.

Le tribunal administratif de Lille rappelle qu'en cas de défaut de transmission des attestations fiscales et sociales requises, l'attributaire pressenti se fait exclure de plein droit de la procédure et son offre est rejetée. Dès lors, le candidat arrivé en 2ème position peut se voir attribuer le marché et ainsi de suite...

Or, faute de transmission de l'ensemble des attestations avant l'attribution du marché, l'attributaire a été irrégulièrement retenu. C'est un manquement susceptible d'avoir lésé le candidat évincé dès lors que sa candidature, ou son offre ne devaient pas elles-mêmes être rejetées. N'étant pas le cas, le TA de Lille annule la procédure de passation à partir de l'examen des candidatures.

CAA Marseille 13 novembre 2023 n°22MA00652 et n°22MA00485

Marché public : 12 ans, c'est long !

Dans le cadre d'une procédure négociée, la Régie des Transports Métropolitains (RTM) en charge de la gestion des transports de la ville de Marseille, a attribué au GIE Transrades un marché public de services ayant pour objet la desserte maritime entre le Vieux Port et l'Archipel du Frioul.

Le préfet des Bouches-du-Rhône, estimant la durée du marché excessivement longue, saisit le tribunal administratif de Marseille d'un déféré préfectoral tendant à l'annulation du marché.

Le juge de première instance prononce la résiliation du marché, le juge d'appel confirme.

En effet, la Cour administrative d'appel n'entend pas les justifications apportées à la durée particulièrement longue du marché public de services. En se prévalant de la nécessité d'amortir trois navires dont l'acheteur s'était engagé d'acquérir, la cour estime que la RTM opère une confusion avec le régime des biens de retour, propre aux concessions.

Par conséquent, le juge considère que "le préfet des Bouches-du-Rhône est fondé à soutenir que la fixation de la durée du marché à douze années méconnaît les dispositions précitées de l'article 16 du décret du 25 mars 2016". Dès lors, la résiliation du marché est maintenue.

CE 11 novembre 2023 n°746301

La correction par l'acheteur d'une offre erronée n'est pas systématiquement irrégulière !

Les faits de l'espèce sont sans grandes difficultés et nous rappellent que le juge des référés précontractuels n'est pas dupe.

Une communauté d'agglomération avait lancé une procédure d'appel d'offres ouvert afin d'attribuer un accord-cadre à bons de commande portant sur les prestations de location, enlèvement, transport et vidage des caissons de déchetterie.

Une société évincée tente alors, tant bien que mal, à faire annuler ladite procédure. Pour ce faire, elle soulève le moyen suivant : l'acheteur aurait rectifié une offre incomplète.

Or, s'il est constant que la modification par l'acheteur d'une offre incomplète, abstraite ou même irrégulière est prohibée, il est des situations sans conséquences étant parfaitement admissibles.

Ainsi, lorsque l'acheteur modifie, après une demande de précision adressée à la société attributaire, le taux de TVA applicable aux prestations du marché, ce dernier ne commet pas d'irrégularité.

La fin ne justifie pas les moyens !

TA Nice 31 Octobre 2023 n°2103109

La pandémie Covid-19 ne constitue pas un cas de force majeure !

La ville de Nice et la société Nice Eco Stadium ont conclu un contrat de partenariat portant sur la conception, le financement en tout ou partie, la construction, l'entretien, la maintenance et l'exploitation (hors rencontres sportives du club résident et autres activités de service public) de l'actuel "Allianz Riviera".

L'interruption de l'activité commerciale de la société Nice Eco Stadium a conduit cette dernière, en application d'une clause contractuelle, à informer son cocontractant de son impossibilité de payer les recettes garanties qui viennent diminuer le montant de la redevance brute que lui verse la ville au titre de sa rémunération.

La ville de Nice a rappelé à la société son obligation de régler les recettes garanties en considérant qu'une telle circonstance ne constituait pas un cas de force majeure.

En dépit d'une tentative de règlement du litige à l'amiable, la société Nice Eco Stadium recherche devant le tribunal administratif de Nice la responsabilité contractuelle de la ville de Nice en ce que cette dernière n'a pas mis en œuvre les stipulations du contrat de partenariat relatives à la force majeure.

Dans sa décision du 31 octobre 2023, la juridiction niçoise considère que *"l'épidémie de covid 19 ne caractérise pas, dès lors, une situation de force majeure dans le cadre des rapports contractuels liant les parties"*.

En effet, si l'on ne saurait ignorer le caractère imprévisible et extérieur aux parties d'un tel événement, le juge du fond considère toutefois que l'exécution du contrat n'a pas été irrésistiblement compromise. Le tribunal relève ainsi que la poursuite du contrat n'était pas insurmontable, l'activité événementielle ayant simplement été perturbée.

Que la société requérante ne s'estime pas vaincue ! Si les conditions de la force majeure ne sont pas réunies, le juge précise que la partie peut, *"si elle s'y croit fondée, demander le versement d'une indemnité couvrant ses pertes pendant la période au cours de laquelle l'exécution du contrat de partenariat a été bouleversée par ces circonstances imprévisibles ainsi que le prévoient les stipulations de l'article 45.4 du contrat de partenariat."*

CEDH 9 novembre 2023 Legros et autres C/ France

Illégalité partielle de la jurisprudence Czabaj du Conseil d'Etat

Si la Cour européenne des droits de l'homme ne trouve rien à redire quant à la limitation jurisprudentielle du délai de recours contentieux, elle considère toutefois que son application immédiate porte atteinte au droit d'accès à un tribunal.

Dans sa décision "Czabaj" du 13 juillet 2016, le Conseil d'Etat limitait, au nom de la sécurité juridique, le délai de contestation d'une décision administrative ne mentionnant pas les voies et délais de recours. Il instaurait ainsi un "délai raisonnable" ne pouvant pas excéder un an à compter de la notification ou de la connaissance de la décision, sauf à justifier de circonstances particulières.

Alors que ce "délai raisonnable" tend largement à s'exporter vers d'autres contentieux (contre une autorisation d'urbanisme : CE, 13 Juillet 2016, n°387763 ; contre une décision expresse dont l'objet est purement pécuniaire: CE, 9 mars 2018, Communauté de communes du pays roussillonnais, n° 405355 ; de même contre un titre exécutoire : Conseil d'Etat, 9 mars 2018, Communauté d'agglomération du pays ajaccien, n° 401386 ; contre le refus implicite d'un recours gracieux : CE, 12 octobre 2020, n° 429185 ; dans le cadre d'un recours en contestation de validité d'un contrat administratif : CE, 19 juillet 2023, Société Seateam n°465308), la CEDH a été saisi de 18 requêtes tendant à faire constater qu'une telle décision viole l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sur le principe même, la Cour valide la création, par voie prétorienne, d'une limitation temporelle de présenter un recours contentieux. Cette règle jurisprudentielle et contra legem peut ainsi continuer à prospérer.

En revanche, s'il est loisible pour le juge de changer les règles du jeu, il ne saurait le faire en cours de partie, sauf à porter atteinte au droit d'accès à un juge des requérants. Ainsi, l'applicabilité immédiate de la jurisprudence "Czabaj" est contraire à l'article 6 paragraphe 1 de la Convention.

Une telle solution n'affectera en rien les contentieux à venir mais aura pour intérêt de rappeler au Conseil d'Etat que se porter garant du principe de sécurité juridique ne devrait pas conduire à apporter de l'insécurité juridique aux justiciables.

CE Avis, 24 novembre 2023 n°474108 Association IMEDI

Précisions sur le recours en contestation de validité d'un accord multi-attributaire par l'un des titulaires...

Le Conseil d'Etat se prononce sur la possibilité pour le juge de prononcer la résiliation ou l'annulation d'un accord cadre multi-attributaires dans le cadre d'un recours présenté par l'un des titulaires contre le contrat uniquement en ce qu'il a été conclu avec d'autres opérateurs.

Le Conseil d'Etat explique que si l'un des attributaires conteste la validité de l'accord cadre vis à vis des autres titulaires, il le fait en qualité de tiers, donc dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne (CE 4 avril 2014 n°358994, Département du Tarn-et-Garonne) et respecter les conditions de recevabilité qui en découlent. Ce recours peut alors mener à l'annulation ou la résiliation du contrat mais uniquement en ce qu'il lie les autres titulaires, lorsqu'il est en présence de vices ne permettant pas la poursuite du contrat.

En effet, le requérant, certes titulaire du contrat annulé ou résilié, voit sa propre relation contractuelle préservée. Le Conseil d'Etat ne permet pas aux juges de résilier ou d'annuler le contrat dans son entièreté lorsque ce recours en contestation de validité est initié par un des titulaires, contre le contrat en ce qu'il a été conclu avec d'autres opérateurs économiques.

On apprend en outre, que le fait que cette résiliation ou annulation contreviendrait au nombre minimum d'attributaires exigé par le règlement de la consultation n'empêche pas le juge d'exercer son office. On se demande alors si le pouvoir adjudicateur dispose de la possibilité de reprendre les sélections des attributaires manquants afin de se conformer au règlement de consultation.

CE 27 novembre 2023 n°462445 Société SNCF Voyageurs

Le juge indemnitaire ne peut s'immiscer dans les relations contractuelles et annuler le contrat d'office

Le Conseil d'Etat rappelle à l'ordre les juridictions du fond quant à leur office en matière de litige contractuel. À l'occasion d'un litige entre SNCF Voyageurs et la région PACA, SNCF voyageur demande au juge administratif une indemnisation pour inexécution de la région. Le tribunal décide cependant d'annuler le contrat alors qu'il n'était saisi que d'un recours indemnitaire. En effet, la région a invoqué l'illicéité du contrat pour que celui-ci soit écarté et que le litige se règle sur le terrain extracontractuel. Le jugement du tribunal administratif est confirmé en appel mais le Conseil d'Etat est saisi en cassation.

Tout en rappelant les conditions de recevabilité du recours en contestation de validité entre les parties (CE 28 décembre 2009 n°304802 Commune de Béziers, dit "Béziers I"), ainsi que les pouvoirs à disposition du juge dans le cadre de ce recours, la juridiction suprême rappelle que le juge est lié par le recours dont il est saisi. Celui-ci ne saurait alors transformer le recours indemnitaire dont il est saisi en recours "Béziers I". Ainsi, même si il est invoqué devant lui une illicéité du contrat pour fonder une indemnisation, le juge ne peut annuler le contrat dans le cadre d'un recours indemnitaire en se fondant sur celle-ci.

Les juges du Palais Royal persistent ainsi dans cette traditionnelle réticence envers les juridictions s'immisçant dans les relations contractuelles. Le recours "Béziers I" reste un recours à disposition des parties et le juge ne peut le déclencher ou effectuer une confusion entre recours indemnitaire et recours Béziers I. Seules les parties au contrat peuvent décider de soumettre celui-ci au contrôle du juge administratif pour qu'il se prononce sur les illicéités qu'elles invoquent. C'est au cours de ce contrôle que le juge décide soit de la poursuite du contrat sous réserve de régularisations, soit de sa résiliation soit de son annulation, et seulement en présence d'un vice grave d'écarter le contrat pour régler le litige sur le terrain extracontractuel.

C'est uniquement dans le cadre de ce recours, en pleine âme et conscience des parties, que ce contrat peut être annulé et écarté par le juge. Le juge saisi d'un recours indemnitaire ne peut donc annuler le contrat d'office, alors même qu'il lui est présenté une illicéité qui devrait être relevée d'office et qui pourrait mener à l'annulation du contrat dans le cadre d'un recours "Béziers I".

Le Conseil d'Etat annule donc pour erreur de droit l'arrêt de la Cour administrative d'appel en ce qu'elle aurait dû relever cette erreur de la juridiction de première instance et rétablit le contrat en annulant en conséquence le jugement du tribunal.