



Newsletter Contrats publics – n° 10

Novembre 2023

La présente Newsletter a pour objet de mettre à disposition une sélection des décisions et des actualités juridiques rendues publiques entre le 1^{er} et le 31 octobre 2023.

ACTUALITE LEGISLATIVE ET REGLEMENTAIRE

- **Publication de la loi relative à l'industrie verte**
[Loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte \(JORF n° 0247 du 24 octobre 2023, texte n° 1\).](#)

Destinée à favoriser une réindustrialisation décarbonée de la France, la loi relative à l'industrie verte poursuit l'intégration des enjeux environnementaux dans le champ de la commande publique.

Le volet commande publique de la loi du 23 octobre 2023 (art. 25 à 30) emporte modification du Code de la commande publique s'agissant notamment des cas d'exclusion des candidatures (respect de l'obligation d'établir un plan de vigilance et un bilan des émissions de gaz à effet de serre), du choix des critères de sélection (critères environnementaux), de l'absence d'obligation d'allotir pour les entités adjudicatrices à la suite d'une déclaration d'infructuosité et de l'obligation d'établir un SPASER pesant désormais sur l'ensemble des acheteurs publics.

- **Publication du décret relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé**

[Décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 relatif aux marchés globaux de performance énergétique à paiement différé \(JORF n° 0230 du 4 octobre 2023, texte n° 2\).](#)

Pris pour l'application de la loi n° 2023-222 du 30 mars 2023 visant à ouvrir le tiers-financement à l'Etat, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique, le décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 précise le contenu ainsi que les modalités de réalisation de l'étude préalable (art. 1 à 3) et de l'étude de soutenabilité budgétaire (art. 4 à 6).

Le décret n° 2023-913 du 3 octobre 2023 précise également le régime des autorisations préalables au lancement de la procédure d'attribution et à la signature des marchés globaux de performance énergétique à paiement différé pour les projets de l'Etat et de ses établissements publics.

PASSATION DES CONTRATS

- **Nature de l'information communiquée aux conseillers municipaux préalablement au vote sur l'attribution d'une délégation de service public**

[CE, 13 octobre 2023, Collectif alétois gestion publique de l'eau actions sur le Limouxin et le Saint-Hilairois, n° 464955](#)

Le Conseil d'Etat précise la nature et la portée de l'obligation d'information adéquate des conseillers municipaux d'une commune de plus de 3 500 habitants à propos d'une convention de délégation de service public.

Cette obligation, qui résulte de la combinaison des articles L. 1411-4, L. 1411-5, L. 1411-7 et L. 2121-2 du CGCT, permet aux conseillers d'exercer utilement leur mandat.

Elle constitue en conséquence « une garantie pour les intéressés » au sens de la jurisprudence Danthony (CE, 23 décembre 2011, n° 335033).

La Haute juridiction précise en revanche que le maire n'est « pas tenu de notifier le projet de contrat aux conseillers municipaux mais seulement de les mettre à même, par une information appropriée, de le consulter quinze jours avant la délibération ».

EXECUTION DES CONTRATS

- **Conformité de la théorie des biens de retour à l'article 1^{er} du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme**

[CEDH, 5 octobre 2023, SARL Couttelenc Frères c/ France, n° 24300/20](#)

La Cour européenne des droits de l'Homme considère que si l'application de la théorie des biens de retour est constitutive d'une ingérence de l'autorité publique dans la jouissance du droit au respect des biens, il n'y a pas pour autant violation de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme dès lors que cette ingérence est légale, qu'elle sert un intérêt légitime et qu'elle est raisonnablement proportionnée au but poursuivi.

La Cour précise en particulier que, « à supposer que l'ingérence litigieuse soit constitutive d'une privation de propriété, on ne saurait considérer qu'elle a supporté une charge spéciale et exorbitante du seul fait qu'elle n'a pu obtenir le paiement d'une somme correspondant à la valeur vénale des biens

transférés. Vu, de plus, la large marge d'appréciation dont disposait l'État défendeur et l'importance du but légitime poursuivi, s'agissant de la continuité d'un service public s'inscrivant dans une politique d'aménagement du territoire, la Cour conclut que cette ingérence était raisonnablement proportionnée à ce but ».

▪ **Marché de partenariat : l'épidémie de Covid-19 constitue-t-elle un cas de force majeure ?**

TA Nice, 31 octobre 2023, *société Nice Eco Stadium*, n° 2103109 (décision non publiée)

Titulaire du marché de partenariat conclu par la Ville de Nice et portant sur la conception, le financement en tout ou partie, la construction, l'entretien, la maintenance et l'exploitation du stade « Allianz Riviera », la société Nice Eco Stadium (« NES ») a demandé au Tribunal administratif de condamner la ville de Nice à lui payer la somme de 14 585 455, 96 euros au titre de la totalité des recettes garanties perçues par la ville pendant le période du 10 mars 2020 au 1er février 2022.

Reprenant les stipulations du marché de partenariat définissant la force majeure comme « des événements extérieurs aux parties, imprévisibles et dont les effets compromettent de manière irrésistible l'exécution du contrat de partenariat », le Tribunal administratif de Nice considère que « L'épidémie de covid-19 et les mesures prises par les pouvoirs publics pour y faire face [...] sont incontestablement extérieures aux parties ».

Le Tribunal ajoute que « l'imprévisibilité d'une telle pandémie et de l'ampleur des mesures nationales pour y faire face n'est pas non plus contestable quand bien même le contrat d'assurance risques spéciaux, conclu avec la compagnie Albingia par la société Vinci Stadium pour notamment son établissement NES, a exclu de son champ certaines épidémies, pandémies et pneumonie atypique ».

Il considère en revanche, s'agissant de l'impossibilité à faire face à l'événement dans le cadre de l'exécution du contrat de partenariat, que « s'il est constant que l'exploitation de l'enceinte et des locaux du stade a été impossible pendant certaines périodes, du 15 mars 2020 au 10 juillet 2020 et du 29 octobre 2020 au 19 mai 2021, l'exploitation commerciale a toujours continué s'agissant du contrat de naming (recettes en 2020 : 2 385 000 euros, en 2021 : 2 390 000 euros), des contrats de partenariat (recettes en 2020 : 179 000 euros, en 2021 155 000 euros) et des autres activités permanentes (recettes en 2020 : 271 000 euros, en 2021 : 290 000 euros) » et que « Pour les autres périodes, en 2020 et 2021, où les restrictions dues au covid-19, ont été allégées ou levées, il résulte de l'instruction que des événements dits « corporate », notamment des congrès et séminaires, ont pu être organisés dans les locaux du stade ».

Après avoir relevé que « la société NES ne conteste pas utilement qu'elle ne dégage pas l'essentiel de ses ressources de l'organisation, dans l'enceinte du stade, N° 2103109 9 d'événements de grande et petite ampleur, la ville de Nice faisant valoir, sans être contredite, que les ressources provenant de ces événements sont restées faibles et fluctuantes par rapport notamment aux recettes provenant du contrat de naming et de l'imputation des recettes initiales de valorisation du programme immobilier d'accompagnement ».

Le Tribunal en déduit que « l'épidémie de covid 19 ne caractérise pas une situation de force majeure dans le cadre des rapports contractuels liant les parties, la société NES ayant, pendant toute la période du covid 19, accompli ses obligations non commerciales et pu retirer des recettes significatives de l'exploitation commerciale », de sorte que « la ville de Nice n'a pas manqué à ses obligations contractuelles en refusant d'appliquer les stipulations du contrat de partenariat relatives aux conséquences de la force majeure ».

La juridiction relève au surplus que la société NES, dès lors que son activité événementielle a été perturbée pendant la période du covid 19, 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 d’autres stipulations du contrat de partenariat.

CONTENTIEUX DES CONTRATS

- **Le Conseil d’Etat précise la condition tenant à l’existence d’un intérêt lésé dans le cadre du recours Transmanche**

[CE, 24 octobre 2023, société Culturespaces, n° 470101](#)

Saisi d’une requête dirigée contre la décision par laquelle une autorité concédante a refusé de mettre fin à l’exécution d’une convention de délégation de service public, le Conseil d’Etat considère qu’une société qui se prévaut de ce qu’elle avait exploité le site faisant l’objet de la convention ou de ce qu’elle pourrait être une candidate à l’attribution d’un nouveau contrat n’est pas recevable, faute d’intérêt à agir, à saisir le juge administratif d’un recours dit Transmanche (CE, 30 juin 2017, SMPAT, n° 398445).

Le Conseil d’Etat considère en effet qu’en se fondant sur l’atteinte portée par l’exécution de la convention en litige aux intérêts de la société requérante du fait de sa qualité de candidate potentielle, ancienne exploitante du site, pour écarter les fins de non-recevoir opposées par les parties contractantes, la Cour administrative d’appel a inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis dès lors que « ni la circonstance que la société ait exploité le site par le passé, ni la circonstance qu’elle pourrait se porter candidate à une éventuelle réattribution de la délégation au terme de celle actuellement en cours ne suffisent à justifier qu’elle serait susceptible d’être lésée dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par la poursuite de l’exécution de la convention ».

-
- **Indemnisation des frais financiers suite à la résiliation unilatérale pour irrégularité d’un contrat de location financière**

[CE, 13 octobre 2023, CM-CIC Leasing Solutions, n° 461079](#)

La présente affaire est l’occasion de rappeler que, « 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 » et que, « 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 », étant souligné que dans ce cas, « 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 ».

Le Conseil d’Etat rappelle également que « les dépenses utiles comprennent, à l’exclusion de toute marge bénéficiaire, les dépenses qui ont été directement engagées par le cocontractant pour la réalisation des fournitures, travaux ou prestations destinés à l’administration », que « ne peut être

prise en compte que la quote-part des frais généraux directement liée à l'exécution du marché et à ce titre utile à la personne publique », et que « ne peuvent pas être regardés comme utilement exposés pour l'exécution du marché les frais de communication ainsi que, dans le cas où le contrat en cause est un marché public, sauf s'il s'agit d'un marché de partenariat, les frais financiers engagés par le cocontractant ».

Après avoir relevé que l'objet du marché litigieux était la location à la commune d'un photocopieur, la Haute juridiction considère en l'espèce que « la société requérante n'est pas fondée à soutenir qu'en jugeant que « les frais financiers engagés par le cocontractant de l'administration pour assurer l'exécution de ce contrat résilié (...) ne peuvent être regardés comme des dépenses utiles à la collectivité », la cour administrative d'appel aurait commis une erreur de droit », étant précisé que « la circonstance qu'elle ait, par un motif surabondant, qualifié de frais financiers « le coût d'achat du matériel », alors qu'il n'était pas contesté devant elle que la société CM-CIC Leasing Solutions n'avait pas eu recours à l'emprunt pour l'acquisition du matériel, est sans incidence sur le bien-fondé des motifs de l'arrêt attaqué ».

DOCTRINE ADMINISTRATIVE

- **La DAJ publie un guide consacré aux prix dans les marchés publics**
[DAJ, octobre 2023, Guide sur les prix dans les marchés publics](#)

Dix ans après la première édition du guide pratique sur le prix dans les marchés publics, la DAJ publie une version actualisée, élaborée dans le cadre de l'Observatoire économique de la commande publique. Ce guide rassemble la réglementation applicable aux problématiques de prix illustrée par des références jurisprudentielles (forme des prix, clauses de pénalité, appréciation du prix lors de l'analyse des offres, paiement, devises, traitement de la TVA, contrôle du comptable public).

Auteur



Steeve BATOT
Avocat associé
sbatot@racine.eu

Inscrivez-vous à notre newsletter Contrats publics

Profitez de nos flashes info et ne manquez pas nos prochains événements Racine avocats (Matinales de la commande publique, petits déjeuners débats et ateliers pratiques) pour découvrir toute l'actualité juridique de ce domaine présentée par nos experts en Droit public – Energie

Pour vous inscrire gratuitement : <https://urlz.fr/k71y>

