

Lettre Droit public des affaires

SOMMAIRE

I. Veille législative et réglementaire

- Commande publique – Loi Sapin II
- Réforme du code de justice administrative
- Espace ferroviaire unique européen
- Politique immobilière de l'Etat
- Actions de groupe
- Facturation électronique

II. Jurisprudence

- Contrats de la commande publique
- Contentieux des contrats publics
- Autres contrats publics
- Sociétés publiques locales

III. Doctrine

- Guide des outils d'action économique des personnes publiques
- Nouvelles fiches techniques de la DAJ
- Loi NOTRe : compétences des départements en matière de développement économique
- Offre inacceptable
- Facilité de paiement et critères de sélection des offres

I. Veille législative et réglementaire

Commande publique—Loi Sapin II

La [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](#), dite loi « Sapin II », ratifie les ordonnances [des 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#) et [29 janvier 2016 relative aux contrats de concession](#). La loi modifie l'ordonnance relative aux marchés publics. La possibilité initialement offerte aux candidats de présenter une offre variable en fonction du nombre de lots susceptibles d'être obtenus (art. 32) est supprimée. Il en va de même de l'obligation du pouvoir adjudicateur de réaliser une évaluation préalable visant à comparer les différents modes de réalisation du projet (art. 40). L'obligation faite à l'acheteur de motiver sa décision de ne pas recourir à l'allotissement, uniquement prévue à l'article 12 du décret du 25 mars 2015 est désormais érigée au rang législatif (art. 32). La loi prévoit encore une obligation de détection des offres anormalement basses là où l'ordonnance ne prévoyait initialement qu'une obligation d'élimination de ces offres (art. 53), la possibilité de recourir à un critère unique d'attribution (art. 52), l'indemnisation des coûts supportés par le titulaire afférents aux instruments de financement et résultant de la fin anticipée du marché de partenariat en cas d'annulation, de résolution ou de résiliation du contrat par le juge (art. 89). La loi Sapin II étend le délit de favoritisme à tous les contrats de concession (par opposition aux seules délégations de service public) et marchés publics, y compris les marchés de partenariat et ceux passés par les pouvoirs adjudicateurs qui n'étaient pas soumis à l'ancien code des marchés publics. La loi habilite le gouvernement à adopter, par voie d'ordonnance, la partie législative du code de la commande publique.

Réforme du code de justice administrative

Deux décrets entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017 modifient le code de justice administrative. [Le décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016](#) dit « JADE » (pour « justice administrative de demain ») encadre davantage la recevabilité des recours. Désormais les justiciables devront adresser une demande à l'administration, préalablement à la saisine du juge administratif, même en cas de travaux publics. En plein contentieux, les décisions implicites de rejet d'une demande indemnitaire sont désormais susceptibles de faire courir le délai de recours contentieux. Le décret rend encore le ministère d'avocat obligatoire pour les litiges relatifs à des travaux publics, à l'occupation contractuelle du domaine public et pour les appels en matière de fonction publique. [Le décret n°2016-1481 du 2 novembre 2016](#) rend obligatoire l'utilisation de l'application Télérecours notamment pour les personnes publiques (à l'exception des communes de moins de 3 500 habitants) et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission permanente de service public.

Espace ferroviaire unique européen

Le [décret n°2016-1468 du 28 octobre 2016](#) relatif à l'accès aux installations de service reliées au réseau ferroviaire et aux services et prestations fournis par les exploitants de ces installations achève le processus de transposition de la [directive 2012/34/UE du 21 novembre 2012](#) qui établit un espace ferroviaire unique européen. Le décret, qui modifie le [décret n°2012-70 du 20 janvier 2012](#) relatif aux gares de voyageurs, définit notamment les conditions permettant un accès transparent et non discriminatoire aux installations de service reliées au réseau ferroviaire dont les gares de voyageurs et les modalités de calcul des redevances pour la fourniture des prestations régulées.

Politique immobilière de l'Etat

Le [décret n°2016-1234 du 19 septembre 2016](#) crée la direction de l'immobilier de l'Etat (DIE), qui se substitue au service France Domaine de la direction générale des finances publiques. La DIE a désormais en charge la politique immobilière de l'Etat (PIE), la gestion et l'évaluation domaniale. Elle définit et s'assure de la mise en œuvre de la politique immobilière de l'Etat et de ses opérateurs. Elle est encore chargée de sa gouvernance.

Actions de groupe devant le juge administratif

La [loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle](#) permet les actions de groupe devant le juge administratif pour les dommages causés par une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public, dans les domaines de la santé, de l'environnement, des données personnelles ou du fait de discriminations, notamment au travail. Les actions de groupe doivent être introduites par les associations agréées et les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins et dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte.

Facturation électronique

En application du [décret n°2016-1478 du 2 novembre 2016](#) relatif au développement de la facturation électronique l'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics ont, à compter du 1^{er} janvier 2017, l'obligation d'accepter les factures électroniques reçues de leurs cocontractants et de leurs sous-traitants qui bénéficient du paiement direct. L'obligation de transmission des factures électroniques s'applique progressivement, à partir du 1^{er} janvier 2017 pour les grandes entreprises et les personnes publiques, du 1^{er} janvier 2018 pour les entreprises de taille intermédiaire, du 1^{er} janvier 2019 pour les petites et moyennes entreprises, et à partir du 1^{er} janvier 2020 pour les micro-entreprises.

II. Jurisprudence

Contrats de la commande publique (marché public, délégation de service public, contrat de partenariat, montage contractuel complexe,...)

Relation « in house »

[C.JUE. 8 décembre 2016. Undis Servizi. affaire C-553/15](#)

Afin de déterminer si un opérateur économique attributaire d'un contrat relevant de la commande publique réalise l'essentiel de ses activités pour le compte des pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent (deuxième condition posée par la

jurisprudence [Teckal](#)), il n'y a pas lieu de prendre en compte la part d'activité imposée par une autorité publique non associée, au profit de collectivités territoriales qui ne sont pas davantage associées. Ces activités doivent être considérées comme exercées pour le compte de tiers. En revanche, l'activité réalisée pour les collectivités associées avant que le contrôle conjoint ne soit devenu effectif peut être prise en compte.

Exclusion des marchés publics

[C.JUE. 10 novembre 2016. Ciclat Soc. Coop. affaire C-199/15](#)

Un pouvoir adjudicateur ne peut pas exclure un soumissionnaire d'une procédure d'attribution d'un marché public du fait du non-respect par ce dernier d'une condition subordonnant le droit de participer à la procédure d'attribution, lorsque cette condition découle non pas expressément des documents de la consultation ou de la réglementation nationale mais d'une interprétation de cette réglementation. Une telle pratique serait en effet particulièrement préjudiciable aux soumissionnaires établis dans un autre Etat membre.

Accord transactionnel et modification du marché

[C.JUE. 7 septembre 2016. Finn Frogne A/S c/ Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation. affaire C-549/14](#)

Les parties à un marché public ne peuvent pas, à l'occasion de difficultés nées de l'exécution du marché, procéder à une modification substantielle du marché, sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de mise en concurrence, y compris lorsque cette modification constitue un mode de règlement transactionnel emportant des renoncements réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme au litige. Il ne pourrait en aller autrement que si les documents de la consultation ont prévu la faculté d'adapter certaines clauses, même importantes, après l'attribution du marché, en fixant les modalités d'application de cette faculté.

Paiement direct du sous-traitant

[CE. 27 janvier 2017. Société Dervaux. n°397311](#)

En l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées.

Délégation de service public

[CE. 9 décembre 2016. Commune de Fontvieille. n°396352](#)

En l'absence de tout contrôle de la personne publique délégante sur les droits d'entrée, le prix de vente des produits,

les horaires d'ouverture du site et eu égard à l'inexistence d'obligations relatives à l'organisation de visites guidées ou d'activités culturelles, une convention pour l'exploitation de deux sites touristiques ne saurait être regardée comme faisant participer son titulaire à l'exécution du service public culturel et ne peut donc constituer une délégation de service public.

Méthode du « chantier masqué »

[CE, 16 novembre 2016, Société SNEF, n°401660](#)

Un pouvoir adjudicateur peut décider de sélectionner les offres des candidats selon la méthode dite du « chantier masqué », laquelle consiste à apprécier l'offre financière des candidats, exprimée par un bordereau des prix unitaires (BPU), à l'aide d'un devis quantitatif estimatif (DQE) non communiqué aux candidats. Pour ce faire, le pouvoir adjudicateur peut élaborer plusieurs DQE et retenir celui qui permettra la notation de l'offre financière des candidats par tirage au sort au moment de l'ouverture des plis. Le pouvoir adjudicateur doit néanmoins satisfaire trois conditions : les simulations de DQE doivent correspondre à l'objet du marché, le choix du contenu de la simulation n'a pas pour effet d'en privilégier un aspect particulier de sorte que le critère du prix s'en trouverait dénaturé et les offres financières des candidats doivent être toutes reconstituées en recourant à la même simulation.

Reprise des relations contractuelles

[CE, 16 novembre 2016, Commune d'Erstein, req. n°401321](#)

Le juge des référés peut faire droit à une demande de suspension d'une mesure de résiliation d'une convention de délégation de service public lorsqu'il y a urgence et qu'il existe un doute sérieux sur la légalité de la mesure. Pour apprécier la condition d'urgence, le juge des référés prend en compte, d'une part, les atteintes graves et immédiates que la résiliation est susceptible de porter à un intérêt public ou aux intérêts du requérant et, d'autre part, l'intérêt général ou l'intérêt des tiers, notamment celui du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion a été rendue nécessaire par la résiliation.

Le non-respect par le délégataire des investissements prévus, l'existence de plaintes d'usagers, le refus de pratiquer les tarifs validés par l'autorité délégante ou encore des défaillances en matière de sécurité et d'hygiène s'opposent à la reprise provisoire des relations contractuelles, laquelle porterait une atteinte excessive à l'intérêt général.

Contentieux des contrats publics

Recours pour excès de pouvoir

[CE, 23 décembre 2016, ASSECO-CFDT du Languedoc-Roussillon, n°392815](#)

Les tiers à un contrat administratif qui se prévalent d'intérêts auxquels l'exécution du contrat est de nature à porter une atteinte directe et certaine sont recevables à contester, par la voie d'un recours pour excès de pouvoir, la légalité de l'acte administratif portant approbation du contrat. Ils ne peuvent toutefois soulever que des moyens tirés de vices propres à l'acte d'approbation et non des moyens relatifs au contrat lui-même.

Rupture des négociations

[CE, 9 décembre 2016, Société Foncière Europe, n° 391840](#)

L'assurance donnée par une personne publique à une société de conclure un contrat ne crée aucun droit à sa conclusion. La personne publique engage toutefois sa responsabilité si, au cours des négociations, elle a incité son partenaire à engager des dépenses en lui donnant l'assurance que le contrat serait signé.

Secret industriel et commercial

[CE, 17 octobre 2016, Société MLR Plage, n°400172](#)

Le juge du référé précontractuel doit, lorsqu'une partie invoque devant lui le secret industriel et commercial, et s'il l'estime indispensable pour forger sa conviction, inviter la partie qui se prévaut du secret à lui procurer tous les éclaircissements nécessaires sur la nature des pièces écartées et sur les raisons de leur exclusion. Il appartient au juge des référés, si le secret lui est opposé à tort, d'enjoindre à la collectivité de produire les pièces en cause.

Indemnité de résiliation et absence de reconduction du contrat

[CE, 17 octobre 2016, Commune de Villeneuve-le-Roi, n°398131](#)

Les clauses de tacite reconduction dans les contrats de la commande publique étant illégales, le contrat ne peut pas légalement prévoir une indemnisation du cocontractant en cas de résiliation du contrat à l'issue de la durée initialement convenue par les parties.

Communication de documents administratifs

[CE, 28 septembre 2016, Société Armor Développement et autres, n°390760](#)

Aux termes de l'article L. 311-5 du code des relations entre le public et l'administration, ne sont pas communicables les documents administratifs dont la consultation ou la communication est susceptible de porter atteinte au déroule-

ment des procédures engagées devant les juridictions. En application de cet article, un avis interne à l'administration rédigé par ses services juridiques visant à évaluer, dans la perspective d'un éventuel contentieux, les risques et les faiblesses juridiques d'une procédure de passation d'un marché, ne saurait être communiqué aux sociétés évincées de la procédure qui ont contesté devant le juge administratif l'attribution du marché à une société concurrente.

La communication d'un tel avis porterait à la connaissance du juge chargé d'apprécier la légalité du marché des éléments émanant de la partie défenderesse et de nature à plaider contre la cause de cette dernière, portant atteinte au déroulement équitable du procès.

Responsabilité du maître d'ouvrage délégué

CE, 26 septembre 2016, Société Dumez Ile-de-France, n°390515

Les constructeurs ne peuvent rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage délégué que sur le terrain quasi-délictuel, dans l'hypothèse où les fautes du mandataire ont été commises en dehors du champ du contrat de mandat conclu avec le maître d'ouvrage.

Dans les autres cas, il appartient aux constructeurs d'engager la responsabilité du maître d'ouvrage, seul engagé contractuellement à leur égard, y compris lorsque le mandataire a signé les marchés avec les constructeurs, dès lors qu'il intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage.

Autres contrats publics

Domaine public

CE, 25 janvier 2017, Préfet des Pyrénées Orientales, n°395314

Si les titulaires d'autorisations ou de conventions d'occupation temporaire du domaine public n'ont pas de droit acquis au renouvellement de leur titre, il appartient au gestionnaire du domaine d'examiner chaque demande de renouvellement en appréciant les garanties qu'elle présente pour la meilleure utilisation possible du domaine public. Il peut rejeter la demande de renouvellement pour un motif d'intérêt général.

Pour déterminer si un tel motif existe, il y a lieu de tenir compte notamment des contraintes particulières qui pèsent sur l'activité de l'occupant, notamment celles qui peuvent résulter du principe de continuité du service public.

Sociétés publiques locales

Compétence des actionnaires

CAA Lyon, 4 octobre 2016, Préfet du Puy-de-Dôme n°14LY02728

Une collectivité peut être actionnaire d'une société publique locale (SPL) si le champ d'intervention de cette dernière n'excède pas « de façon prépondérante » les compétences de la collectivité actionnaire.

III. Doctrine

Guide des outils d'action économique des personnes publiques

Dans son étude annuelle 2015 consacrée à l'action économique des personnes publiques, le Conseil d'Etat avait formulé une cinquantaine de propositions, parmi lesquelles l'élaboration d'un guide destiné à faire connaître aux personnes publiques les différents outils d'action économique. Le Conseil d'Etat a finalement lui-même mis en œuvre cette recommandation en publiant un « Guide des outils d'action économique », lequel a été récemment mis à jour en janvier 2017. Le guide comporte 24 fiches structurées autour de 8 « familles » telles la « fiscalité incitative », les « concours financiers », les « activités économiques » ou la « domanialité ». On notera, à titre d'exemple, des fiches sur les « subventions », sur l'« exercice d'une activité économique par les personnes publiques », sur la « gestion en régie directe », sur les « marchés publics » et les « contrats de concession ».

Nouvelles fiches techniques de la DAJ

La DAJ de Bercy a publié et mis à jour de nombreuses fiches techniques relatives aux contrats de concession (Détermination de la valeur estimée et de la durée des concessions, Modalités de mise en concurrence des contrats de concession, Modalités de publicité applicables à la passation des contrats de concession), aux recours contentieux dans les marchés publics, à l'examen des candidatures, aux avances et aux délais de paiement dans les contrats de la commande publique et aux interdictions de soumissionner.

Loi NOTRe et compétences des départements en matière de développement économique

Une circulaire du 3 novembre 2016 n°ARCC16320228 précise les conséquences de la nouvelle répartition des compétences opérée par la loi NOTRe en matière de développement économique relative aux interventions des conseils

départementaux. Les régions ne peuvent pas déléguer aux départements leurs compétences en matière d'aides aux entreprises. Les interventions des départements sont strictement encadrées en matière d'aide à l'immobilier d'entreprise qui relève de la compétence exclusive des communes.

Offre inacceptable

Une offre inacceptable est celle dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure (article 59 du décret du 26 mars 2016 relatif aux marchés publics). L'offre inacceptable doit être appréciée strictement. L'acheteur ne peut pas éliminer une offre qu'il qualifie d'inacceptable au motif que son prix serait supérieur à son budget annuel ou à son estimation initiale du prix du marché. L'acheteur ne peut éliminer une offre que s'il n'est pas en capacité de la financer ([Rép. min. n°21407 : JO Sénat Q. 22 septembre 2016, p. 4068](#)).

Facilité de paiement et critères de sélection des offres

Les acheteurs soumis à [l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#) ne peuvent pas utiliser un critère de sélection des offres relatif à « la souplesse dans les modalités de facturation ». Un tel critère constituerait un moyen de contourner la règle d'interdiction du paiement différé prévue à l'article 60 de l'ordonnance qui s'applique à l'Etat, ses établissements publics, aux collectivités territoriales et leurs établissements publics. Un tel critère ne saurait davantage être mis en œuvre par les autres acheteurs soumis à l'ordonnance, dès lors qu'il serait dépourvu de tout lien avec l'objet du marché. Il constituerait encore une discrimination à l'égard des entreprises qui ne disposent pas de fonds propres suffisants ou de disponibilité de crédit permettant de différer l'envoi des factures ([Rép. min. n° 20218 : JO Sénat Q. 16 juin 2016, p. 2689](#)).

Votre interlocuteur :

Lionel Levain, Associé

T: 01 53 53 45 94 - F: 01 53 96 04 20

E: levain@rmt.fr