

Fiche n° 8

LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS II : EXÉCUTION ET RESPONSABILITÉ

BIBLIOGRAPHIE

CLOUZOT (L.), « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010, p. 937.
DEVILLERS (P.), « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats-Marchés publ.*, 2015, art. 10
FATÔME (E.), « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.
LLORENS (F.), « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », *Mélanges offerts à Maurice CLUSEAU*, Presses IEP Toulouse, 1985, p. 383.
RAKOTONDRAHASO (F.), « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics* 2014, étude 1.
SYMCHOWICZ (N.), « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », *AJDA* 2015, p. 320.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 9 mars 2018, Cie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel ;
Référence 2 : CE, 9 mars 2018, Cie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, n° 409972 ;
Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7 juin 2018, Soc. FPT Powertrain Technologie France et autres ;
Référence 4 : CE, 7 juin 2018, Soc. FPT Powertrain Technologie France et autres, n°416535 ;
Référence 5 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 27 février 2019, Société Opilo ;
Référence 6 : CE, 27 février 2019, Société Opilo, n° 410537 ;

DÉCISIONS DU CORPUS

CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*
CE, 21 octobre 1970, *Lavigne*
CE, 14 novembre 1902, *Olmer et Hesbert c. l'État*, Lebon p. 664
CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*
CE, 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est, du Midi, du Nord, d'Orléans, de l'Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée*
CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec. p. 111, concl. R. Tardieu
CE, 11 mars 1910, *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française de tramways*
CE, 30 mars 1916, *Compagnie du gaz de Bordeaux*
CE, 8 février 1918, *Société d'Eclairage de Poissy*
CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*
CE, 17 novembre 1967, *Société des ateliers de construction Nicou et Cie*
CE, Sect., 17 octobre 1975, *Commune de Canari*
CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*
CE, Ass., 2 février 1987, 2 esp., *Sociétés Tv6, Scorpio Music, Arena, Pathé-Marconi-Emi, Sté France 5*
CE, avis, 8 juin 2000
CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffenfelden*
CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*

EXERCICES SUGGÉRÉS

Épreuve théorique : dissertation

- L'indemnisation dans les contrats administratifs

Référence 1 : Conclusions du rapporteur public sur CE 9 mars 2018, Cie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel

Les clauses des délégations de service public fixant les tarifs appliqués aux usagers ont davantage été appréhendées dans votre jurisprudence par ce qui les distingue du contrat dans lequel elles se trouvent que dans leurs liens avec lui. Vous les avez ainsi toujours qualifiées de réglementaires afin de les soumettre à un régime contentieux spécial, qui permet aux tiers de les contester par la voie du recours pour excès de pouvoir (Ass, 10 juillet 1996, Cayzelle, p. 274; Sect, 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, n° 290604 ; 9 février 2018, Cté d'agglomération Val d'Europe Agglomération, n° 404982, au rec). L'affaire qui vient d'être appelée vous conduira à les regarder du point de vue de leur portée dans l'équilibre du contrat, pour savoir dans quelle mesure les parties peuvent régulièrement décider de les modifier par avenant.

Par une convention conclue le 6 octobre 2009, le syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel a confié à la société Véolia Transport la construction et l'exploitation des ouvrages et services d'accueil du Mont-Saint-Michel. Par une délibération du 3 avril 2013, le comité syndical du syndicat mixte a autorisé son président à signer un 5ème avenant ayant notamment pour objet de modifier le point d'embarquement des passagers empruntant les navettes et de réviser à la hausse les tarifs de stationnement des véhicules, notamment individuels, afin, selon les motifs de la délibération, de financer le coût de cette modification du lieu d'embarquement. La commune du Mont-Saint-Michel et la société Sodétour, propriétaire de places de stationnement, ont demandé l'annulation de cette délibération et de la décision du président du syndicat mixte de signer l'avenant, dans leur ensemble et subsidiairement en tant qu'elles fixent de nouveaux tarifs. Le tribunal n'a fait droit qu'à ces conclusions subsidiaires. La compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, qui vient aux droits de la société Véolia transport, la commune et la société Sodétour ont formé des appels principaux et incidents que la cour a rejetés.

La compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel s'est seule pourvue en cassation contre cet arrêt dont elle ne conteste que les motifs par lesquels la cour a jugé que l'augmentation substantielle des tarifs de stationnement des usagers ne pouvait être décidée par avenant.

Avant d'examiner cette question, il nous faut dire un mot du traitement que vous devrez faire du mémoire produit devant vous par le Syndicat mixte en réponse à la communication du pourvoi que vous lui avez faite, qu'il qualifie d'intervention au soutien du pourvoi en cassation et dans lequel il fait notamment valoir l'irrégularité de la procédure devant la cour où il n'était ni présent, n'ayant pas fait appel, ni représenté, une partie à un contrat ne représentant pas l'autre partie (19 avril 2017, sté ACS Production, n° 401539, aux T sur ce point).

Il était revanche normalement partie devant le tribunal administratif, en défense aux côtés de la société délégataire requérante. Le jugement lui a été notifié mais il a décidé de ne pas faire appel. Dans cette hypothèse, vous jugez que la juridiction d'appel n'est pas tenue de mettre en cause les parties qui n'ont pas fait appel alors qu'elles y avaient intérêt et que si elle peut toujours leur communiquer le recours en appel pour observations, cette communication n'a pas pour effet de leur donner la qualité de parties à l'instance d'appel (Section, 3 octobre 2008, M. Roche, n° 291928, confirmant 20 décembre 2000, commune de Ville-d'Avray, T. p.1194). En d'autres termes, une partie présente en première instance qui ne fait pas appel perd la qualité de partie.

Sa situation est celle de tout tiers à l'instance à qui la juridiction peut communiquer la procédure pour observations.

Il en résulte en premier lieu qu'elle ne peut former un pourvoi en cassation contre l'arrêt, puisque cette voie de recours n'est ouverte qu'aux parties à l'instance d'appel (cad aux personnes qui y étaient présentes (Section, 6 février 1931, syndicat normand de la filature du coton, p. 154 ; 30 juillet 1949, Sieur Faucon, p. 409 ; 19 février 1951, Sieur Delaville et association syndicale des biologistes pharmaciens, p. 99) ou représentées (section 12 novembre 1954, ministre de la Santé Publique et de la Population, p.593 ; 20 décembre 2000, commune de Ville-d'Avray, précitée), voire, mais la question n'est pas encore tranchée, à celles qui auraient dû l'être, si l'on transpose au pourvoi en cassation ce que vous avez jugé pour l'appel (2 juillet 2014, M. Gérin et autres, n° 366150, aux T ; 11 oct 2017, Mme Desiage et autres, n° 414148, aux T).

Il en résulte en second lieu qu'elle ne peut pas non plus former tierce opposition contre l'arrêt puisque cette voie de rétractation n'est ouverte qu'aux personnes qui auraient dû être présentes ou représentées à l'instance (art R. 832-1 du CJA). Vous ne l'avez pas expressément affirmé, mais il s'agit d'une conséquence nécessaire du fait qu'elle a perdu la qualité de partie en choisissant de ne pas faire appel. Dès lors qu'elle ne pouvait faire tierce opposition, la question de la transposition de la jurisprudence Gérin précitée en cassation ne se pose pas.

Le Syndicat mixte, qui était régulièrement présent devant le tribunal, qui a reçu notification du jugement, n'en ayant pas fait appel, a donc perdu la qualité de partie. Il n'a pas participé à l'instance d'appel car la cour ne lui a pas communiqué l'appel formé par l'autre défendeur, mais elle n'était pas tenue de le faire et, si elle l'avait fait, il n'aurait eu que la qualité d'observateur. Il ne peut donc ni se pourvoir en cassation ni former tierce opposition.

Il ne pourrait, comme n'importe quel tiers à l'instance, qu'intervenir au soutien du pourvoi car il y a certainement intérêt (7 avril 2010, SCI La Tilleulière, n° 311694, aux T; 30 mai 2016, sté Sanofi Aventis recherche et autres, n° 385730, aux T). Encore faut-il, pour qu'elle soit traitée comme telle, que son intervention soit volontaire et spontanée. Vous considérez en effet de manière constante que les mémoires produits par des tiers en réponse à la communication de la procédure que leur a faite la juridiction ne constituent pas des interventions mais seulement des observations, alors même qu'ils auraient eu intérêt à intervenir et ce quel que soit l'intitulé de leur mémoire (CE 22 oct. 1954, Conseil départemental des sages-femmes de la Gironde, Rec. CE, p. 551 ; sect., 20 juin 1958, Guimezanes, Rec. CE, p. 372 ; 5 juill. 1972, SA de transit et consignation, Rec. CE, p. 519 ; ass., 30 mars 1973, Min. de l'Aménagement du territoire, de l'Équipement, du Logement et du Tourisme c/ Schwetsoff et autres, p. 264 ; 10 nov 2004, CPAM des Côtes d'Armor, n° 254296 ; 11 juillet 2014, ville de Paris, n° 358164). Cette solution, qui prive la personne qui y aurait intérêt de la possibilité d'intervenir du seul fait que la juridiction lui a communiqué plus tôt la procédure, nous paraît sévère mais elle est très solidement établie.

Le mémoire que le Syndicat mixte a produit, qu'il qualifie d'intervention, l'ayant été en réponse à la communication que vous lui avez faite du pourvoi en cassation, ne peut être regardé comme une intervention. Ce ne sont que des observations, qui ne peuvent soulever aucun moyen. Vous n'aurez donc pas à examiner le moyen qu'il soulève tiré de ce que la procédure devant la cour a été irrégulière faute d'avoir été contradictoire à son égard, alors que vous auriez dû le faire s'il était spontanément intervenu. Il n'aura cependant pas lieu de le regretter : ce moyen

n'avait aucune chance de prospérer, puisque, comme nous l'avons vu, la cour n'était pas tenue de le mettre en cause.

Cette parenthèse contentieuse étant fermée, nous pouvons revenir aux moyens du pourvoi de la société requérante. Les plus intéressants vous conduiront à préciser à quelles conditions les parties à une délégation de service public – mais elles vaudront aussi dans le nouveau cadre juridique des concessions de service – peuvent modifier par avenant les clauses relatives aux tarifs payés par les usagers.

Ces conditions découlent des limites que les principes généraux de la commande publique imposent à la liberté contractuelle des parties à ces contrats. Elles ne sauraient, sans méconnaître les règles de transparence et de mise en concurrence qui régissent la passation de toute commande publique, conclure un avenant qui, par son objet et sa portée sur le contrat, s'apparente à un nouveau contrat.

La CJCE a ainsi jugé que « des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché (...) lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial (...) », ce qui est le cas lorsqu'elles introduisent « des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue », lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des prestations non initialement prévues ou lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire (CJCE, 19 juin 2008, Preetext Nachrichtenagentur GmbH aff. C-454/06 ; CJCE 13 avril 2010 Wall AG, C-91/08 à propos d'une concession de services).

S'inspirant de cette jurisprudence, le législateur européen a précisé à l'article 43 de la directive 2014/23 du 26 février 2014 les conditions auxquelles les concessions de services pouvaient être modifiées par avenant. Ces dispositions ont été littéralement reprises à l'article 36 du décret 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession dont le 5° dispose que le contrat peut être modifié « Lorsque les modifications, quel qu'en soit le montant, ne sont pas substantielles. / Une modification est considérée comme substantielle lorsqu'elle change la nature globale du contrat de concession. En tout état de cause, une modification est substantielle lorsqu'au moins une des conditions suivantes est remplie :

- a) Elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage de participants ou permis l'admission de candidats ou soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou le choix d'une offre autre que celle initialement retenue ;
- b) Elle modifie l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat de concession initial ;
- c) Elle étend considérablement le champ d'application du contrat de concession ;
- d) Elle a pour effet de remplacer le concessionnaire auquel l'autorité concédante a initialement attribué le contrat de concession par un nouveau concessionnaire, en dehors des hypothèses visées au 4° ».

Ces dispositions ne sont pas applicables au présent litige. Vous pourrez tout de même vous en inspirer dans la mesure où elles détaillent et explicitent ce qui, avant leur entrée en vigueur, résultait de la jurisprudence européenne que nous venons de citer et, dans une moindre mesure, de la vôtre, très peu fournie sur ce sujet.

Vous avez jugé, sous l'empire de l'article 20 du code des marchés publics, aux termes duquel l'avenant à un marché public ne pouvait bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet, que l'extension du périmètre géographique du service parisien de location de vélos en libre-service ne constituait pas un nouveau marché en raison de l'identité du service et du caractère limité de son extension (Sect., 11 juillet 2008, Ville de Paris, n° 312354).

Les sections administratives du Conseil d'Etat ont été plus explicites. Saisie d'une question relative aux conditions dans lesquelles un marché ou une délégation de service public pouvait être cédé, la section des finances a indiqué qu'une telle cession « ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables, prévues par les dispositions du Code des marchés publics ou de la loi du 29 janvier 1993 précités. » (avis n° 364803 du 8 juin 2000 ; avis de la section des travaux publics n° 371234 du 19 avril 2005).

En indiquant « que les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent modifier par un simple avenant l'objet de la délégation sur laquelle il porte ni modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de cette délégation », la cour a donc posé les principes généraux qui régissaient, avant même l'entrée en vigueur des dispositions du décret de 2016, les modifications contractuelles des marchés publics et des délégations de service public. Ils représentent le cadre juridique dans lequel vous devez répondre à la question plus précise de savoir si les tarifs appliqués aux usagers constituent des éléments essentiels d'une délégation de service public, au même titre, comme l'a précisé la cour en étoffant un peu l'avis précité, que sa durée, le volume des investissements mis à la charge du délégataire et la nature des prestations. Nous venons de voir que les sections administratives du CE y ont déjà répondu par l'affirmative.

Cette réponse ne fait à nos yeux aucun doute. La spécificité des contrats de délégations de service public et, plus largement aujourd'hui, des concessions de service, est que la rémunération du cocontractant de la personne publique provient essentiellement du produit de l'exercice du droit d'exploiter le service que lui confère le contrat. Lorsque, comme en l'espèce, le service concédé est payant pour les usagers, le prix qu'ils paient représente au moins une partie de la rémunération du délégataire, comme le prix versé par la personne publique cocontractante dans un marché public. Ils constituent donc un élément essentiel de l'équilibre économique du contrat et des avantages que pourra en retirer le titulaire. L'article 8 de la directive sur les concessions de service mentionne d'ailleurs les recettes provenant du paiement des redevances par les usagers parmi les éléments déterminant la valeur d'une concession. L'ancien article L. 1411-2 du CGCT applicable aux délégations de service public et l'article 32 de l'ordonnance sur les concessions rendent enfin obligatoire leur fixation dans la convention : ils font donc partie des données de la convention mise en concurrence, au regard desquelles les candidats ont construit leurs offres.

La circonstance que ces clauses tarifaires soient regardées comme détachables de la convention pour ce qui est de leur régime contentieux n'implique pas, contrairement à ce que soutient la société requérante à l'appui de son moyen d'erreur de droit, qu'ils seraient un élément accessoire ou marginal du contrat. Cette détachabilité concerne toutes les clauses relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, dont les effets dépassent le cadre contractuel. C'est la raison pour laquelle elles sont qualifiées de réglementaires et suivent le régime contentieux des actes

réglementaires : les tiers au contrat doivent pouvoir les contester par la voie du recours pour excès de pouvoir de même qu'ils pourraient attaquer les mêmes dispositions figurant dans le règlement organisant le service s'il était directement assuré par la collectivité. Mais elles n'en sont pas moins également contractuelles et participant, comme nous venons de le dire pour les clauses tarifaires, de l'équilibre économique du contrat dans lequel elles doivent nécessairement figurer. Dès lors, que la clause réglementaire ou sa modification puisse être contestée indépendamment du contrat, par une voie contentieuse particulière, nous paraît sans incidence sur sa licéité au regard des règles applicables à cette clause ou à sa modification. Or celle que nous avons rappelée, selon laquelle un élément essentiel du contrat ne peut être substantiellement modifié par avenant, tient aux conditions de légalité de la modification et non à son régime contentieux.

Nous aurions la même analyse pour une modification de l'organisation du service qui pourrait représenter une modification substantielle de son objet. Dans ce cas comme dans celui des clauses tarifaires, la détachabilité contentieuse de cette modification n'autorise pas les parties à s'affranchir de leurs obligations de mise en concurrence.

Si vous nous suivez, vous jugerez que la cour n'a pas commis d'erreur de droit en considérant qu'une modification des clauses tarifaires d'une délégation de service public affectait un élément essentiel du contrat.

Elle a ensuite estimé que cette modification était suffisamment importante pour ne pouvoir être décidée par les parties dans le cadre de l'exécution du contrat.

Vous écarterez sans difficulté le moyen tiré de ce que la cour aurait dénaturé les pièces du dossier dans l'appréciation qu'elle a ainsi faite de l'ampleur de la modification au regard de l'équilibre économique du contrat. La cour a relevé que, pour les véhicules individuels, qui représentent 80 % des véhicules accueillis, les autocars publics et camping-cars, les hausses tarifaires étaient respectivement de 41 %, 50 % et 60 % ou 31 %, 48 % et 39 % en prenant en compte les tarifs qui auraient été en vigueur en 2013 si la clause d'indexation, prévue par la convention du 6 octobre 2009 avait été appliquée, ce qui représentait une augmentation des recettes de près de 2 millions d'euros, soit un tiers des recettes. La société requérante fait valoir que son chiffre d'affaires n'a augmenté que de 764 000 euros entre 2013 et 2014. Un tel argument n'est bien entendu pas de nature à établir une quelconque dénaturation de la part de la cour, le chiffre d'affaires ne dépendant pas uniquement de la hausse des tarifs.

Contrairement à ce que soutient la société requérante, la cour ne s'est pas fondée sur la seule augmentation des tarifs pour la qualifier de substantielle mais a au contraire, comme nous l'avons dit, relevé la part qu'elle représentait dans les recettes de l'exploitation du service. Et cette part, ce n'est d'ailleurs pas contesté, était bien de nature à modifier l'équilibre général du contrat.

La société requérante fait également valoir que la cour aurait commis une erreur de droit en ne tenant pas compte de la circonstance que cette modification avait pour objectif de compenser l'accroissement des charges d'exploitation consécutives à l'allongement du temps de parcours de la navette gratuite décidée par la collectivité délégante.

Vous ne pourrez qu'écarter ce moyen qui manque en fait, la cour ayant au contraire relevé "qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, et notamment du rapport établi en octobre 2013 par l'inspection générale des finances et l'inspection générale de l'administration, que cette augmentation tarifaire ne viserait qu'à compenser la hausse du coût résultant de l'allongement du

parcours desservi par la navette gratuite ; que, d'ailleurs, la hausse du tarif de stationnement concerne également la zone de parking privé qui n'est pas affectée par l'allongement de la distance desservie". Elle n'a donc pas omis de tenir compte d'un éventuel objectif de compensation des charges induites par une modification des conditions d'exécution du service et le moyen tiré de ce qu'elle aurait dénaturé les pièces du dossier dans son appréciation des faits sur ce point n'est absolument pas argumenté.

Mais la question de savoir si la cour devait effectuer cette recherche est plus délicate. Car on pourrait se demander, et tel fut notre premier mouvement, si la cause de la modification d'un élément essentiel du contrat ne devait pas être sans incidence sur sa régularité au regard des obligations de mise en concurrence et le caractère substantiel de la modification des clauses tarifaires ne résulter que de son importance quantitative.

Une telle approche nous paraît cependant à la réflexion excessivement rigide. Elle conduirait à rendre pratiquement impossible toute évolution des modalités d'exécution du service au cours du contrat. Or la personne publique, qui demeure responsable envers ses administrés, par-delà le mode de gestion choisi, de la qualité du service rendu, doit pouvoir l'adapter à l'intérêt général. Elle dispose pour cela de prérogatives lui permettant de se passer de l'accord de son cocontractant mais il est évidemment préférable qu'elle l'obtienne.

Les règles de la commande publique devraient être neutres quant aux modalités par lesquelles la personne publique va obtenir les modifications de l'organisation du service qu'elle estime nécessaire dans l'intérêt général. Du point de vue des règles de mise en concurrence, l'indemnisation de l'aggravation des charges d'exploitation du service résultant d'une modification unilatérale des conditions d'organisation ou de fonctionnement du service, à laquelle le cocontractant de la personne publique a droit (11 mars 1910 Compagnie générale française des tramways, p. 216, ccl. Blum, GAJA n° 20), est équivalente à une modification conventionnelle du contrat qui accroît les charges du service tout en modifiant les tarifs afin de les compenser.

Dans les deux cas, la modification du service, qu'elle soit imposée ou acceptée par son cocontractant, et sa compensation, qu'elle consiste en une indemnité versée par la personne publique à son cocontractant ou en une modification des clauses du contrat relatives aux ressources du concessionnaire, sont susceptibles de modifier l'équilibre économique du contrat. Ce qui est déterminant, pour savoir si elle pouvait être décidée sans remise en concurrence, est la modification effective de l'équilibre économique du contrat dans un sens favorable au cocontractant qui en résulte, de sorte que, s'il avait été conçu ainsi dès l'origine, d'autres personnes auraient pu se montrer intéressées à son obtention.

C'est pourquoi nous pensons que la cour a eu raison de rechercher si la hausse des tarifs compensait exactement les modifications des conditions d'exécution du service demandées par la personne publique, de même qu'une indemnité compensatrice des conséquences d'une modification unilatérale doit être limitée au rétablissement de l'équilibre financier du contrat. Si tel avait été le cas, l'équilibre économique du contrat, notamment la part de risque qu'il comporte, aurait été maintenu et les modifications ainsi compensées auraient pu être décidées par avenant, sauf à ce qu'elles soient d'une importance telle qu'elles modifient substantiellement l'objet même du contrat. Mais tel n'était pas le cas en l'espèce, où les prestations demeuraient identiques, seul le déplacement du lieu d'embarquement des passagers entraînant un surcoût qui aurait pu être compensé par une hausse plus limitée des tarifs.

C'est donc bien parce qu'elle dépassait ce qui était nécessaire à cette compensation qu'elle modifiait l'équilibre du contrat en faveur du cocontractant, qui bénéficiait d'une augmentation de ses recettes non prévue dans le contrat initial.

En revanche, nous paraît bien sans incidence l'argument de la requérante selon lequel l'annulation de l'augmentation tarifaire la privait, de fait, de toute compensation de la surcharge de service qui avait été décidée.

Le tribunal comme la cour n'étaient en effet saisis que d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre la délibération et l'avenant en tant qu'ils modifiaient les tarifs. Ils ne pouvaient donc que l'annuler en raison de son illégalité. Cette annulation a pour effet de remettre en vigueur les tarifs antérieurs. Il appartiendra aux parties de décider des modalités de la compensation des surcoûts que représentent pour le délégataire cette modification des conditions d'exécution du service, tout en préservant l'équilibre économique initial du contrat : soit une hausse des tarifs strictement limitée à ce qui est nécessaire pour la compenser; soit un prix versé par le Syndicat mixte, qui ne devra pas davantage excéder le surcoût que représente cette modification.

La circonstance que l'annulation des actes attaqués risquait de priver la société délégataire de toute compensation des surcharges d'exécution du service étant sans incidence sur la légalité de ces actes, la cour n'était pas tenue de répondre particulièrement à la société requérante sur ce point.

Le dernier moyen est tiré de ce que la cour aurait commis une erreur de qualification juridique des faits et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que l'annulation prononcée n'était pas excessive eu égard à ses effets sur l'intérêt général. Toute l'argumentation de la société requérante sur ce point repose sur une erreur quant à l'office du juge de ce litige, qui n'était ni juge de l'exécution, en réponse à des conclusions aux fins d'injonction, de la décision d'annulation d'un acte détachable du contrat chargé de déterminer sa portée sur le contrat (21 février 2011, Société Ophrys, 337349, au rec) ni juge du contrat exerçant le même office, après avoir relevé une illégalité qui l'entache (Ass. 4 avril 2014, Dépt de Tarn-et-Garonne), mais un juge de l'excès de pouvoir qui a différé les effets de l'annulation qu'il a prononcée. Dans ce cadre contentieux, la cour n'avait aucun pouvoir de ne pas prononcer l'annulation des actes attaqués dont elle avait relevé l'illégalité. Elle ne pouvait que différer les effets de cette annulation dans le temps, en application de votre jurisprudence Association AC ! (Ass, 11 mai 2004), ce qu'elle a fait en jugeant que le tribunal avait eu raison de différer l'annulation qu'il avait prononcée au 1er janvier 2016 (soit un mois et demi plus tard). La critique qui lui est faite de n'avoir pas décidé de ne pas annuler les actes attaqués est par suite inopérante.

EPCMNC : Rejet du pourvoi ainsi que des conclusions du syndicat mixte au titre des frais exposés, qui n'est pas partie à l'instance.

Référence 2 : CE, 9 mars 2018, Compagnie des passeurs et des parcs du Mont-Saint-Michel, n° 409972

Vu la procédure suivante :

La commune du Mont-Saint-Michel a demandé au tribunal administratif de Caen, à titre principal, d'annuler la délibération du comité syndical du syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel du 3 avril 2013 autorisant son président à signer l'avenant n° 5 à la convention de délégation de service public conclue le 6 octobre 2009 avec la société Veolia Transport pour la construction et l'exploitation des ouvrages et services

d'accueil du Mont-Saint-Michel et à titre subsidiaire d'annuler l'article 2-5 de cet avenant portant clauses tarifaires.

La société Sodetour a demandé au tribunal administratif de Caen d'annuler cette même délibération du 3 avril 2013 ainsi que la décision du président du syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel de signer cet avenant n° 5.

Par un jugement n°s 1301060, 1301518 du 17 novembre 2015, rectifié par une ordonnance du 26 novembre 2015, le tribunal administratif de Caen a annulé, en premier lieu, la délibération du 3 avril 2013 en tant qu'elle autorise le président du syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel à réviser par avenant la nouvelle grille tarifaire applicable aux usagers des installations d'accueil et de transport du Mont-Saint-Michel, en deuxième lieu, la décision du président du syndicat mixte de signer l'avenant n° 5 en tant que cette décision porte sur les stipulations du sixième alinéa de la clause 2.5 qui approuve les nouveaux tarifs tels qu'ils sont fixés par la grille figurant en annexe 5 à cet avenant, et enfin, le sixième alinéa de la clause 2.5 de cet avenant n° 5. Le jugement précise que l'annulation du 6^{ème} alinéa de l'article 2-5 de l'avenant n° 5 ne prendra effet que le 1^{er} janvier 2016.

Par un arrêt n° 16NT00321 du 22 février 2017, la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté la requête d'appel de la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, venant aux droits de la société Veolia, et les appels incidents de la commune du Mont-Saint-Michel et de la société Sodetour.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 21 avril et 21 juillet 2017 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt en tant qu'il a rejeté son appel principal ;
2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
3°) de mettre à la charge de la commune du Mont-Saint-Michel et de la société Sodetour, chacune, la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un contrat conclu le 6 octobre 2009, le syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel a concédé à la société Veolia Transport, aux droits de laquelle vient la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, la construction et l'exploitation des ouvrages et services d'accueil du Mont-Saint-Michel ; que, par une délibération du 3 avril 2013, le comité syndical du syndicat mixte a autorisé son président à signer un cinquième avenant à cette convention, ayant notamment pour objet, afin de répondre à la demande des visiteurs de réduire le trajet à pied et de faciliter l'accès au site, de modifier le point d'embarquement des voyageurs empruntant les navettes, de réviser la grille tarifaire et de modifier le service de navettes hippomobiles, appelées « maringotes » ; que, saisi d'une demande de la commune du Mont-Saint-Michel et de la société Sodetour, le tribunal administratif de Caen a, par un jugement du 17 novembre 2015, annulé, en premier lieu, la délibération du 3 avril 2013 en tant qu'elle autorise le président du syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel à réviser par avenant la grille tarifaire applicable aux usagers des installations d'accueil et de transport du Mont-Saint-Michel, en deuxième lieu, la décision du président du syndicat mixte de signer l'avenant n° 5 en tant que cette décision porte sur les stipulations du sixième alinéa de la clause 2.5 qui approuvent les nouveaux tarifs tels qu'ils sont fixés par la grille figurant en annexe 5 à cet avenant, et, enfin, avec effet au 1^{er} janvier 2016, le sixième alinéa de la clause 2.5 de l'avenant n°

5 ; que la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel a seule fait appel de ce jugement ; qu'elle se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 22 février 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté son appel ;

Sur le mémoire produit par le syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel :

2. Considérant que le syndicat mixte de la baie du Mont-Saint-Michel, qui avait la qualité de partie défenderesse en première instance mais qui s'est abstenu de former appel du jugement, n'a pas la qualité de partie à l'instance ayant donné lieu à la décision attaquée ; qu'ayant reçu communication du pourvoi par la chambre chargée de son instruction, il déclare s'associer au pourvoi de la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel ; que son mémoire doit toutefois être regardé comme présentant de simples observations en réponse à la communication faite par le Conseil d'Etat ; qu'il n'y a donc pas lieu de répondre aux moyens qu'il développe ;

Sur le pourvoi de la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel :

3. Considérant que les délégations de service public sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, qui sont des principes généraux du droit de la commande publique ; que, pour assurer le respect de ces principes, les parties à une convention de délégation de service public ne peuvent, par simple avenant, apporter des modifications substantielles au contrat en introduisant des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient pu conduire à admettre d'autres candidats ou à retenir une autre offre que celle de l'attributaire ; qu'ils ne peuvent notamment ni modifier l'objet de la délégation ni faire évoluer de façon substantielle l'équilibre économique du contrat, tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des investissements ou les tarifs ;

4. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de ce qui précède que c'est sans erreur de droit que la cour a jugé que, alors même que les clauses tarifaires d'un contrat de délégation de service public revêtent un caractère réglementaire, les tarifs sont au nombre des éléments essentiels qui concourent à l'équilibre économique du contrat ;

5. Considérant, en deuxième lieu, que la cour a relevé, par une appréciation souveraine des faits qui n'est entachée d'aucune dénaturation, que l'avenant n° 5 au contrat litigieux prévoyait des hausses de tarifs comprises entre 31 et 48 %, qui se traduiraient par une augmentation de plus d'un tiers des recettes et qui allaient très au-delà de la compensation des augmentations de charges liées aux modifications des obligations du délégataire convenues par ailleurs ; qu'en en déduisant qu'une modification substantielle était ainsi apportée au contrat, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a, contrairement à ce que soutient la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel, ni omis de répondre à son moyen d'appel tiré de ce que la hausse des tarifs était destinée à compenser les investissements nouveaux et les charges d'exploitation résultant du changement de point de départ des navettes, non compensés par le versement d'une subvention d'exploitation, ni méconnu le droit du délégataire à la compensation des nouvelles sujétions de service public, ni apprécié de manière « purement arithmétique » la modification introduite par l'avenant n° 5, ni commis d'erreur de droit ;

6. Considérant, en dernier lieu, qu'en confirmant l'annulation des clauses tarifaires de l'avenant n° 5 prononcée par le tribunal administratif, avec effet différé au 1^{er} janvier 2016, la cour a statué en qualité de juge de l'excès de pouvoir ; que, par suite, la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel ne saurait,

en tout état de cause, soutenir qu'elle aurait entaché son arrêt d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation des faits en ne jugeant pas, en qualité de juge de l'exécution, qu'une telle annulation était excessive au regard de l'intérêt général ;

7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

8. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge de la société Sodetour et de la commune du Mont-Saint-Michel, qui ne sont pas les parties perdantes dans la présente instance, le versement des sommes que demande, à ce titre, la compagnie des parcs et passeurs du Mont-Saint-Michel ; [rejet]

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7 juin 2018, Soc. FPT Powertrain Technologies France et autres

1. Vous préciserez, à l'occasion de cette affaire, les modalités de mise en oeuvre de la garantie à l'égard des vices cachés en matière de marchés publics et, notamment, la question de l'applicabilité de la prescription prévue par l'article L. 110-4 du code de commerce.

2. Le Syndicat mixte des transports pour le Rhône et l'agglomération lyonnaise (SYTRAL) a délégué à la société Kéolis, en 2010 puis en 2016, la gestion du service public de transport urbain de voyageurs. Le délégataire assume notamment l'entretien et la maintenance du parc de matériel roulant appartenant au syndicat.

Ce ne sont pas moins de 610 autobus qui ont été acquis par le SYTRAL entre 2005 et 2015, dans le cadre de six marchés passés avec la société Irisbus, aux droits de laquelle vient Iveco France. Celle-ci avait acquis les moteurs des véhicules auprès des sociétés FPT Industrial SpA et FPT Powertrain Technologies France (filiale française de la précédente). La société Denso a fourni pour sa part les démarreurs. Entre le mois d'octobre 2010 et février 2017, des incidents graves ont affecté dix autobus de ce parc, tous acquis dans le cadre des trois premiers marchés (conclus en 2005, 2008 et 2010). En effet, ces véhicules ont connu des départs de feu inopinés qui, heureusement, n'ont pas fait de victimes parmi les voyageurs.

Les incidents ont donné lieu à plusieurs constats et expertises non judiciaires et à la remise, le 2 mars 2017, d'un rapport d'expertise amiable. Le SYTRAL a saisi dans la foulée le juge des référés du tribunal administratif de Lyon d'une demande tendant à ordonner, sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, une expertise afin de déterminer les causes et conséquences de ces désordres et de se prononcer sur l'efficacité des mesures à mettre en oeuvre pour y remédier. Le syndicat a demandé que cette mission soit étendue à l'ensemble de son parc d'autobus, donc y compris aux véhicules commandés dans le cadre des trois marchés passés en 2011 et 2015 qui, à ce jour, n'ont donné lieu à aucun incident.

Kéolis s'est associée à cette demande mais Iveco, FPT et Denso, en revanche, ont contesté son utilité. Elles soutenaient notamment que leur responsabilité ne pouvait être engagée puisque les créances résultant, le cas échéant, de la mise en oeuvre de la garantie des vices cachés pour les autobus incendiés seraient prescrites en application de l'article L. 110-4.

Le juge des référés a écarté ce moyen comme inopérant en considérant que la prescription de l'article L. 110-4 ne pouvait

être utilement invoquée en matière de marchés publics. Il a donc fait droit à la demande du SYTRAL, par une ordonnance du 6 juin 2017. Le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon, le 29 novembre 2017, a rejeté les requêtes d'Iveco et de FPT, mais sur un terrain différent de celui du tribunal. En effet, le juge d'appel ne s'est pas prononcé sur la question de la prescription. Il s'est borné à relever que l'éventuelle prescription d'une partie de la créance n'est « pas de nature à priver d'utilité la demande d'expertise » dans la mesure où celle-ci « tend exclusivement à identifier, notamment par des comparaisons techniques et des données statistiques, les causes susceptibles d'être à l'origine des dysfonctionnements constatés et la façon d'y remédier ». Il a considéré par ailleurs qu'il était utile d'étendre l'étude aux véhicules acquis dans le cadre des trois marchés les plus récents, même s'ils n'avaient pas connu de sinistres, afin de mesurer « l'impact d'éventuelles modifications apportées à ces nouveaux modèles en ce qui concerne le risque identifié (...) ». FPT et Iveco vous demandent d'annuler cette ordonnance par deux pourvois quasi-identiques, que vous joindrez donc pour y statuer par une seule décision.

3. Vous annulerez l'ordonnance attaquée en accueillant le moyen tiré de la contradiction de motifs qui l'entache – lequel nous semble d'ailleurs le seul moyen de cassation fondé.

En effet, au point 4 de sa décision, le juge des référés a relevé, comme nous l'avons indiqué, que l'expertise demandée tendait « exclusivement » à identifier les causes susceptibles d'être à l'origine des dysfonctionnements constatés et la façon d'y remédier » - ce qui avait pour conséquence de rendre inopérant pour critiquer son utilité le moyen tiré de la prescription des créances. En revanche, selon le point 6, l'expertise a désormais « pour seul objet », outre de « déterminer les causes des désordres », « de fournir au tribunal tous éléments de nature à lui permettre de déterminer les responsabilités encourues ».

4. Vous êtes désormais saisi des requêtes d'appel. C'est le premier moyen commun aux appelants, soulevé pour contester l'utilité de la mesure d'expertise, qui retiendra votre attention. Il est tiré de ce que, s'agissant des autobus acquis dans le cadre des trois premiers marchés, toute action au fond susceptible d'être engagée par le SYTRAL serait prescrite.

Vous jugez qu'une expertise formulée à l'appui de prétentions se heurtant à une prescription est dépourvue d'utilité : CE, 19 décembre 2008, M. et Mme Marina, n°314505, T. p. 854 et CE, 14 février 2017, Mme Bernard, n°401514, à paraître aux Tables.

En l'espèce, l'action envisagée par le SYTRAL serait fondée sur les dispositions de l'article 1641 du Code civil relatif à la garantie des vices cachés : « Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus ».

Ces dispositions sont directement applicable en droit des marchés publics (CE, Sect., 9 juillet 1965, Société « Les pêcheries de Keroman », n°59035, p. 418) et notamment aux marchés de fourniture : CE, 7 avril 2011, Société Ajaccio Diesel, n°344226, T. p. 1010.

Il en va de même pour la règle de prescription posée à l'article 1648 qui prévoit que : « L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice ». Il s'agit de la version issue de l'ordonnance n°2005-136 du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur. Auparavant, l'action devait être introduite « dans un bref délai ». L'application de cette règle en l'espèce conduirait

à juger que l'action n'est pas prescrite. En effet, nous sommes en présence d'un dommage qui s'est échelonné sur huit ans, à partir de 2010 – les derniers incendies ayant eu lieu en 2017 – et les autobus sinistrés ont été acquis dans le cadre de marchés eux-mêmes étalés de 2005 à 2010. Or, c'est en réalité le rapport d'expertise amiable du 2 mars 2017 qui, pour la première fois, procède à une étude systématique des incidents, s'emploie à en rechercher la cause et met en évidence l'existence probable d'un vice caché. C'est donc à la date de ce rapport qu'il convient, selon nous, de fixer la découverte du vice au sens des dispositions de l'article 1648.

C'est pour échapper à cette conclusion que les sociétés requérantes ont fait valoir, devant la cour, qu'étaient applicables les dispositions du I de l'article L. 110-4 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi n°2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : « Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants ou non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». En ce cas, le délai de deux ans à compter de la découverte du vice prévu par l'article 1648 du Code civil vient buter sur ce que la jurisprudence de la Cour de cassation qualifie de « délai de droit commun » de cinq ans (Civ. 1ère, 19 octobre 1999, n°97-14.067, Bull. civ. I, n°187), décompté « au jour de la conclusion de la vente et non au jour de la révélation du vice » (Cass. Com., 8 juin 1999, n°96-18.840, Bull. civ. IV, n°121). L'article L. 110-4 permet ainsi, pour des raisons de sécurité juridique, d'enfermer la responsabilité du vendeur au titre des vices cachés dans un délai prédéterminé de cinq ans dont le point de départ est bien connu des deux parties.

Voyez pour une illustration toute récente de cette jurisprudence judiciaire, un arrêt CA Paris, 20 octobre 2016, n°16/00007 : « si l'action en garantie des vices cachés doit, en application de l'article 1648 du code civil, être engagée dans les deux ans de la découverte du vice, elle doit également être engagée dans les cinq ans de la vente, avant l'expiration du délai de droit commun, abrégé de 10 ans à cinq ans par la loi du 17 juin 2008 ».

Appliquée à notre affaire, cette règle aboutirait à constater la prescription pour les créances nées des trois marchés les plus anciens, auxquels se rattachent les autobus sinistrés. Encore faut-il que cette disposition soit applicable en matière de marchés publics...

Votre propre jurisprudence est vierge sur cette question. La décision Société Ajaccio Diesel, notamment, ne tranche pas le point. Nous avons simplement relevé l'existence d'un jugement du TA Lille, 4 octobre 2016, Société Hydra LS, n° 1400724, qui fait application de la règle de l'article L. 110-4 à l'action que le concurrent irrégulièrement évincé d'un marché public de travaux peut intenter à l'encontre de l'acheteur public pour obtenir réparation de son préjudice. En sens inverse le SYTRAL, dans ses écritures devant la cour, cite une décision du TA Paris, 8 avril 2009, Société Electricité de France, n°0512055, comme ayant jugé que ce délai est inapplicable aux dettes contractées dans l'exécution d'un contrat administratif, mais il ne produit pas cette décision et nous ne l'avons pas retrouvée sous cette référence.

La seule application régulière de l'article L. 110-4 par les juridictions du fond est en réalité cantonnée à la matière fiscale : il y est fait recours pour déterminer l'existence de créances irrécouvrables, afin de déterminer le bénéfice net ou reconstituer le passif d'une société.

En réalité, les termes mêmes du code de commerce nous semblent commander la solution. Certes, l'article L. 110-4 mentionne les «

obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants ou non-commerçants » et ce dernier cas de figure peut être interprété comme englobant les acheteurs publics. Cependant, l'article L. 110-1 de ce code répute acte de commerce, à son 1°, « Tout achat de biens meubles pour les revendre », ce qui exclut les transactions avec un utilisateur final de ce bien tel que l'acheteur public dans un marché de fournitures. Quant aux autres catégories d'actes de commerce, plus spécialisées, qui figurent à l'article L. 110-1 et à l'article L. 110-2, elles ne nous semblent pas plus adéquates à notre cas de figure.

Ajoutons que l'article L. 721-3 du même code dispose que les tribunaux de commerce connaissent des contestations « relatives aux actes de commerce entre toutes personnes » : ainsi, là encore, les non-commerçants que sont les personnes publiques ne sont pas exclus de ces dispositions. Pour autant, nous ne vous proposerons pas de transférer aux tribunaux de commerce le contentieux des achats publics effectués auprès des commerçants...

Il est vrai que la prescription de l'article L. 110-4 s'applique non seulement aux actes de commerce, mais également aux « actes mixtes » (Civ. 1ère, 27 juin 2006, Bull. civ. I, n° 325), puisque cet article s'applique indifféremment aux Civ. 1ère, 29 avril 1997, Bull. civ. I n°134 ; Civ. 3ème, 2 février 1994, Bull. civ. III n° 17) – dont nous rappellerons qu'ils présentent un caractère civil pour l'une des parties et un caractère commercial pour l'autre. Toutefois, un contrat administratif n'est pas plus un acte civil qu'il n'est un acte de commerce.

Nous vous proposons donc de juger, comme l'a fait le tribunal administratif, que les dispositions de l'article L. 110-4 ne sont pas applicables aux obligations nées dans le cadre des marchés publics. Autrement dit, l'action en garantie contre les vices cachés n'est pas prescrite par cinq ans à compter de la vente lorsqu'elle est exercée par un acheteur public. Les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'action envisagée par le SYTRAL se heurterait à cette prescription pour les véhicules objets des trois premiers marchés.

5. Les autres moyens vous retiendront moins longtemps.

5.1. Les sociétés FPT Industrial SpA et FPT Powertrain Technologies France soutiennent que le SYTRAL n'a pas agi dans le délai de deux ans à compter de la découverte du vice prévu par l'article 1648. Toutefois, nous avons déjà indiqué que c'est le 2 mars 2017, date de remise du rapport amiable, qui doit être regardée comme le point de départ de ce délai.

5.2. Les requérantes mettent également en cause le périmètre trop large de l'expertise. Elles soutiennent que les autobus des marchés conclus en 2011 et 2015 n'ont été affectés d'aucun désordre. Il est toutefois constant que ces autobus appartiennent à nouvelle version des mêmes modèles et présentent des caractéristiques techniques similaires. Ils sont notamment dotés du même démarreur, équipement qui se trouve au centre du débat concernant le vice caché. L'expertise nous semble, dans ces conditions, revêtir un caractère d'utilité pour la totalité du parc d'autobus, même en l'absence de désordres sur l'ensemble des véhicules.

5.3. Il est soutenu ensuite que le SYTRAL disposerait déjà de plusieurs autres études, suffisantes pour l'éclairer sur la nature des désordres invoqués et leurs causes.

Toutefois, le contenu des rapports d'experts commis par les assureurs et le rapport amiable du 2 mars 2017, déjà mentionné, ne font pas ressortir le caractère superfétatoire d'une expertise

judiciaire. Ce n'est qu'à compter de ce dernier rapport, en effet, que les pistes d'identification des causes possibles des désordres ont été clairement formulées. Il faut ajouter que les départs de feu ont eu tendance à s'intensifier au cours de la période la plus récente : quatre sont survenus en 2016 et un à la fin du mois de février 2017. Une expertise judiciaire portant sur les causes et conséquences de ces désordres et l'efficacité des mesures prises pour y remédier se justifie donc pleinement.

5.4. En dernier lieu, les sociétés FPT demandent à être mises hors de cause, dans la mesure où aucune action au fond ne serait susceptible d'être engagée à leur encontre et où elles pourraient communiquer les éléments dont elles disposent sans être parties à l'expertise.

Il résulte toutefois, de l'instruction que ces sociétés ont participé à l'élaboration et à l'assemblage des moteurs des autobus affectés par les incendies. Leur participation aux opérations d'expertise n'est donc pas dépourvue d'utilité.

EPCMNC :

- à l'annulation de l'ordonnance attaquée ;
- au rejet des requêtes d'appel de la société Iveco France et des sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial SpA ;
- à ce que la société Iveco France, d'une part, les sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial SpA, d'autre part, versent chacune la somme de 3 000 euros au SYTRAL au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées au même titre par les sociétés Denson, Keolis Lyon, Keolis, Iveco France, FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial SpA.

Référence 4 : CE, 7 juin 2018, Soc. Powertrain Technologies France et autres, n°416535

Vu la procédure suivante :

Le syndicat mixte des transports pour le Rhône et l'agglomération lyonnaise (SYTRAL) a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lyon d'ordonner, sur le fondement des dispositions de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, une expertise au contradictoire des sociétés Iveco, Keolis Lyon, Keolis, Denso Europe B.V. et FPT Industrial afin notamment de déterminer les causes des désordres, consistant en des départs d'incendie, affectant des véhicules de modèle Citelis de son parc d'autobus. Par une ordonnance n° 1701700 du 6 juin 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a fait droit à sa demande.

Par une ordonnance n°s 17LY02478, 17LY02479 du 29 novembre 2017, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté les requêtes des sociétés FPT Powertrain Technologies France, FPT Industrial SpA et Iveco France tendant à l'annulation de l'ordonnance du 6 juin 2017 du juge des référés du tribunal administratif de Lyon et au rejet de la demande du SYTRAL.

1° Sous le n° 416535, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 et 27 décembre 2017 et le 9 mars 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, les sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial SpA demandent au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) statuant en référé, de faire droit à leur appel ;

3°) de mettre à la charge du SYTRAL la somme de 4 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

2° Sous le n° 416538, par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 et 27 décembre 2017 et le 9 mars 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Iveco France demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cette ordonnance ;

2°) statuant en référé, de faire droit à son appel ;

3°) de mettre à la charge du SYTRAL la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu :

- le code civil ;

- le code de commerce ;

- la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 ;

- l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 ;

- l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 ;

- le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 ;

- le code de justice administrative ;

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés que le syndicat mixte des transports pour le Rhône et l'agglomération lyonnaise (SYTRAL) a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Lyon d'ordonner, sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, une expertise afin de déterminer les causes et conséquences des désordres, consistant en des départs d'incendie, affectant des véhicules de son parc d'autobus livrés par la société Iveco France en exécution de marchés conclus les 4 avril 2005, 24 décembre 2008 et 22 juin 2010, et de se prononcer sur l'efficacité des mesures à mettre en œuvre pour y remédier ; que le SYTRAL a demandé que la mission d'expertise soit étendue à l'ensemble de son parc d'autobus, dont la maintenance est assurée par les sociétés Keolis et Keolis Lyon, délégataires du service public de transport urbain de voyageurs, au motif qu'il n'excluait pas que les nouveaux autobus acquis de la société Iveco France au titre des marchés conclus les 15 décembre 2011, 23 avril 2015 et 17 juillet 2015 puissent, à terme, connaître des départs de feu ; que, par une ordonnance du 6 juin 2017, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a fait droit à cette demande ; que la société Iveco France, d'une part, et les sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa, fabricants des moteurs des autobus en cause, d'autre part, se pourvoient en cassation contre l'ordonnance du 29 novembre 2017 par laquelle le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon a rejeté leurs appels formés contre cette première ordonnance ;

2. Considérant que le pourvoi de la société Iveco France, d'une part, et le pourvoi des sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa, d'autre part, sont dirigés contre la même ordonnance ; qu'il y a lieu de les joindre pour qu'ils fassent l'objet d'une seule décision ;

3. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, pour rejeter les appels des sociétés Iveco France, FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon a retenu, d'une part, que l'expertise demandée tendait exclusivement à identifier l'origine des dysfonctionnements constatés et la manière d'y remédier et, d'autre part, que cette expertise avait pour seul objet de fournir au tribunal les éléments de nature à lui permettre de déterminer les responsabilités encourues ; qu'en statuant ainsi, la cour a entaché son arrêt de

contradiction de motifs ; que, par suite, les sociétés Iveco France, FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa sont fondées, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de leurs pourvois, à en demander l'annulation ;

4. Considérant qu'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 ;

5. Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article R. 532-1 du code de justice administrative : « *Le juge des référés peut, sur simple requête et même en l'absence de décision administrative préalable, prescrire toute mesure utile d'expertise ou d'instruction* » ; que l'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise qu'il est demandé au juge des référés d'ordonner sur ce fondement doit être appréciée, d'une part, au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que ce juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher ; qu'à ce dernier titre, il ne peut faire droit à une demande d'expertise lorsque, en particulier, elle est formulée à l'appui de prétentions qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, qui sont irrecevables ou qui se heurtent à la prescription ; que, de même, il ne peut faire droit à une demande d'expertise permettant d'évaluer un préjudice, en vue d'engager la responsabilité d'une personne publique, en l'absence manifeste de lien de causalité entre le préjudice à évaluer et la faute alléguée de cette personne ;

6. Considérant que pour contester l'utilité de la mesure d'expertise sollicitée, les sociétés Iveco France, FPT Industrial Spa et FPT Powertrain technologies France soutiennent, en premier lieu, que s'agissant des bus de type Citelis, provenant des marchés publics conclus les 4 avril 2005, 24 décembre 2008 et 22 juin 2010, qui ont seuls connu des départs de feu, toute action au fond susceptible d'être engagée par le SYTRAL est irrecevable car prescrite ;

7. Considérant que les règles résultant des articles 1641 à 1649 du code civil relatifs à la garantie des vices cachés sont applicables à un marché public de fourniture ; qu'aux termes de l'article 1648 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 17 février 2005 relative à la garantie de la conformité du bien au contrat due par le vendeur au consommateur : « *L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice* » ; qu'aux termes des dispositions du I de l'article L. 110-4 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : « *Les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants ou entre commerçants ou non-commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* » ;

8. Considérant que les sociétés requérantes soutiennent que le délai de deux ans de l'action en garantie des vices cachés de l'article 1648 du code civil est enserré dans le délai de droit commun de l'article L. 110-4 du code de commerce et que, par suite, cette action ne peut être exercée que dans le délai de prescription de cinq ans courant à compte de la vente ; que, toutefois, la prescription prévue par l'article L. 110-4 du code de commerce n'est pas applicable aux obligations nées à l'occasion de marchés publics ;

9. Considérant qu'il résulte de l'instruction que le SYTRAL n'a eu connaissance des vices affectant les autobus qu'au mois de mars 2017, lors de la remise d'un rapport de synthèse du cabinet Apex, expert de la compagnie d'assurance de la société Keolis Lyon, qui soulignait que ces désordres pourraient être liés à un dysfonctionnement des démarreurs ; que, dans ces conditions, les sociétés requérantes ne sont pas fondées à soutenir que l'action en garantie des vices cachés envisagée par le SYTRAL serait intentée hors du délai prescrit par l'article 1648 du code civil ou se heurterait, pour ce qui concerne les véhicules objets de ces premiers marchés, à la prescription de droit commun résultant de l'article L. 110-4 du code de commerce ;

10. Considérant que les sociétés requérantes soutiennent, en deuxième lieu, que, s'agissant des bus de type Citelis et Urbanway, provenant des marchés publics conclus les 15 décembre 2011, 23 avril 2015 et 17 juillet 2015, les actions au fond susceptibles d'être engagées par le SYTRAL ne pourraient prospérer faute d'existence de désordres et que, par suite, l'expertise sollicitée est également, pour ce qui les concerne, dépourvue d'utilité ; que, toutefois, si aucun incident n'a été constaté sur ces bus, il est constant que ces bus sont une nouvelle version des modèles Citelis présentant des caractéristiques techniques similaires ; qu'en particulier, le même démarreur équipe tous les véhicules achetés à la société Iveco France, y compris ceux acquis au titre de ces marchés publics ; que, par suite, l'expertise revêt un caractère d'utilité pour la totalité du parc d'autobus du SYTRAL, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective de litiges éventuels portant sur ces autobus plus récents, même en l'absence d'existence de désordres constatés sur l'ensemble des véhicules ;

11. Considérant que les sociétés requérantes soutiennent, en troisième lieu, que l'expertise sollicitée par le SYTRAL n'est pas utile dans la mesure où le syndicat dispose déjà de plusieurs expertises permettant de l'éclairer sur la nature des désordres invoqués et leurs causes ; que, cependant, la seule circonstance que plusieurs rapports d'experts commis par les assureurs et un rapport d'expertise amiable aient porté sur les causes possibles des désordres affectant les bus ayant connu des départs de feu, n'est pas de nature, en l'espèce, à priver d'utilité l'expertise demandée au juge, sur le fondement de l'article R. 532-1 du code de justice administrative, afin de déterminer les causes et conséquences de ces désordres et l'efficacité des mesures prises pour y remédier ;

12. Considérant, en dernier lieu, que les sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa demandent à être mises hors de cause ; que, toutefois, il résulte de l'instruction que ces sociétés ont participé à l'élaboration et à l'assemblage des moteurs des autobus litigieux ; que, par suite, dès lors que l'expertise a pour objet de déterminer les causes des désordres et de fournir au tribunal tous éléments de nature à lui permettre de déterminer les responsabilités encourues, leur participation aux opérations d'expertise est utile en raison des renseignements qu'elles peuvent fournir à l'expert ; que, par suite, leurs conclusions tendant à leurs mises hors de cause doivent être rejetées ;

13. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Iveco France, FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que, par l'ordonnance attaquée, le juge des référés du tribunal administratif de Lyon a jugé que l'expertise sollicitée par le SYTRAL était utile au sens des dispositions de l'article R. 532-1 du code de justice administrative et a fait droit à la demande de ce syndicat ;

14. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du SYTRAL, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, le versement des sommes que demandent, à ce titre, les sociétés Denson Europe BV, Iveco France, FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les sociétés Keolis et Keolis Lyon sur le même fondement ; qu'en revanche, il y a lieu de mettre à la charge respectivement de la société Iveco France et des sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa le versement d'une somme de 3 000 euros au SYTRAL au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1^{er} : L'ordonnance du 29 novembre 2017 du juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon est annulée.

Article 2 : Les requêtes présentées par la société Iveco France et les sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa devant le juge des référés de la cour administrative d'appel de Lyon sont rejetées.

Article 3 : La société Iveco France, d'une part, et les sociétés FPT Powertrain Technologies France et FPT Industrial Spa, d'autre part, verseront chacune la somme de 3 000 euros au SYTRAL au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 5 : Conclusions sur CE, 27 février 2019, Société Opilo

La résiliation d'un contrat décidée en exécution d'une décision de justice ouvre-t-elle droit, et dans l'affirmative à quelles conditions, à l'indemnisation du titulaire ? Quelles sont les conséquences de l'annulation ultérieure de la décision de justice en exécution de laquelle cette décision de résiliation a été prise ? Telles sont les principales questions que présente à juger l'affaire qui vient d'être appelée.

Elle ne vous est pas inconnue. Par une convention conclue le 5 février 2008, la commune de Sainte-Maxime a confié à la société Opilo l'exploitation du lot n° 6 de la plage dite du casino, pour une durée de 12 ans. La société Canards et Dauphins, candidate évincée, a saisi le TA de Toulon de conclusions en annulation de la décision du maire de la commune de rejeter son offre, assorties d'une demande d'injonction. Le tribunal administratif a fait droit à ces conclusions par un jugement du 17 décembre 2009. Par un arrêt du 4 mars 2013, la CAA de Marseille a confirmé l'annulation prononcée par le tribunal, mais pour un autre motif tiré de la durée excessive de la convention et enjoint à la commune de Sainte-Maxime de résilier la convention avec un effet différé au 1er novembre 2013.

Vous avez, à la demande de la société Opilo, annulé cet arrêt, au motif que le moyen tiré de la durée excessive de la convention, s'il eut été opérant à l'encontre de la délibération approuvant la convention, ne l'était pas à l'encontre de la décision de rejet de l'offre de la société Canards et Dauphins, seule en litige devant la cour (4 juin 2014, sté Opilo, n° 368254, aux T sur un autre point). La Cour, à laquelle vous aviez renvoyé l'affaire, a, par un arrêt devenu définitif du 4 mai 2015, annulé le jugement du 17 décembre 2009 et rejeté la demande de la société Canards et Dauphins.

La société Opilo ne s'est cependant pas satisfaite de cette victoire contentieuse car, entre temps, par une délibération du 22 mai 2013, le conseil municipal de la commune de Sainte-Maxime avait décidé de prononcer la résiliation de la convention dont elle était titulaire, à compter du 1er novembre 2013, en exécution de l'injonction qui lui avait été faite par le premier arrêt de la CAA de Marseille. Elle a d'abord saisi le TA de Toulon de conclusions en annulation de cette délibération puis, par une seconde requête enregistrée peu après votre décision d'annulation du premier arrêt de la cour, de conclusions tendant à la condamnation de la commune à l'indemniser du préjudice économique qu'elle avait subi du fait de la résiliation de la convention, qu'elle évalue à un peu plus de 1,5 millions d'euros.

Le tribunal a joint ces deux requêtes avant d'y statuer par un jugement du 27 juillet 2015. Il a d'une part replacé les conclusions en annulation de la délibération prononçant la résiliation du contrat dans le cadre contentieux issu de votre décision de Section du 21 mars 2011, Commune de Béziers (n° 304806, p. 117), dite Béziers II, en les requalifiant de conclusions en reprise des relations contractuelles, avant de les rejeter au motif que la résiliation prononcée par la commune, qui visait à mettre fin à l'exécution d'une convention au-delà de la durée légale, était régulière. Il a d'autre part rejeté les conclusions indemnitaires de la société Opilo en raison de la régularité du motif de résiliation.

La CAA de Marseille a, par un arrêt du 13 mars 2017 contre lequel la société Opilo se pourvoit en cassation, rejeté l'appel qu'elle avait formé contre le jugement, mais pour d'autres motifs. Elle a d'une part refusé de procéder à la requalification des conclusions en annulation de la délibération décidant de résilier le contrat et les a rejetées comme irrecevables; elle a d'autre part rejeté les conclusions indemnitaires au motif que la commune n'ayant commis aucune faute en prononçant la résiliation en exécution d'une décision de justice, sa responsabilité ne pouvait être engagée.

Le premier moyen du pourvoi vise les motifs du rejet de ses conclusions en annulation. Il est tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et méconnu la portée des écritures dont elle était saisie en refusant d'y voir, comme l'avait fait le tribunal, des conclusions en reprise des relations contractuelles.

Nous avouons effectivement ne pas bien comprendre ce qui a poussé la cour à adopter face aux conclusions de la société Opilo une attitude différente de celle du tribunal et de la pratique habituelle des juridictions administratives, hormis peut-être un certain agacement à la lecture des écritures de la société Opilo qui persistait dans son ignorance des règles contentieuses applicables à son recours, alors même qu'elles étaient invoquées en défense.

Mais la requalification des conclusions dont la cour était saisie ne relevait pas uniquement de la marge d'appréciation que vous reconnaissez aux juges pour venir en aide aux requérants juridiquement mal conseillés. Votre jurisprudence Béziers II n'ouvre pas seulement une voie de droit au cocontractant de l'administration contre une décision de résiliation, qui au demeurant était déjà ouverte aux concessionnaires (20 janvier 1905, Compagnie départementale des eaux et services municipaux c. Ville de Langres, Rec., p. 54), mais redéfinit l'office du juge saisi d'une mesure de résiliation, afin qu'il puisse l'exercer de manière à la fois plus efficace et en tenant mieux compte de l'ensemble des intérêts en présence.

Dès lors qu'il est saisi d'une contestation d'une mesure de résiliation, même si elle est mal formulée, il appartient au juge de se placer lui-même dans le cadre de cet office afin de pouvoir décider s'il y a lieu d'ordonner la reprise des relations

contractuelles. C'est ce que vous faites (CE 1er octobre 2013, Société Espace Habitat Construction, n° 349099), comme les juridictions du fond le plus souvent.

Nous vous proposons donc déjà d'annuler l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions en reprise des relations contractuelles de la société Opilo.

Les deux autres moyens sont dirigés contre les motifs du rejet des conclusions indemnitaires. Ils sont tirés de ce que la cour a commis des erreurs de droit d'une part en se fondant sur la circonstance que la commune n'avait commis aucune faute en résiliant la convention en exécution de l'injonction prononcée par le premier arrêt CAA de Marseille, dès lors que l'annulation de cet arrêt privant de base légale la décision prise pour l'exécuter, celle-ci devait être regardée comme illégale et donc fautive, d'autre part, à supposer qu'elle n'ait pas commis de faute, en refusant de reconnaître que sa responsabilité était engagée sans faute, sur le fondement de la rupture d'égalité devant les charges publiques.

Nous traiterons ces deux moyens ensemble car ils nous paraissent vous offrir une bonne occasion de déterminer les conséquences indemnitaires d'une résiliation décidée en exécution d'une décision de justice puis ultérieurement annulée.

Précisons avant d'entrer dans le vif du sujet que la circonstance que le contexte contentieux dans lequel il se présente ici soit aujourd'hui en grande partie désuet n'enlève rien à son intérêt.

En effet, comme vous l'aurez certainement compris en nous écoutant relater les différentes étapes du litige, il s'est noué dans le cadre juridique antérieur à celui posé par votre décision Tropic Travaux Signalisation, du 16 juillet 2007, qui a permis aux candidats évincés de la passation d'un contrat d'en contester directement la validité par un recours de plein contentieux devant un juge ayant le pouvoir de décider de sa résiliation ou, pour certains motifs plus exceptionnels, son annulation. Ce cadre juridique antérieur était celui du recours pour excès de pouvoir contre l'acte détachable de la conclusion du contrat, éventuellement assorti de conclusions aux fins d'injonction de résilier le contrat, qui permettaient de dépasser l'effet traditionnellement platonique de la seule annulation de l'acte détachable.

La configuration de la présente espèce dans laquelle la résiliation est prononcée par la personne publique cocontractante pour exécuter une injonction prononcée par une décision de justice ne devrait plus se rencontrer puisque, aujourd'hui, la contestation de la validité du contrat est ouverte à tous les tiers intéressés devant le juge du contrat qui a le pouvoir de prononcer lui-même la résiliation ou l'annulation du contrat (CE Ass, 14 avril 2014, Département de Tarn-et-Garonne, n° 358994, p. 70).

Il en va de même du recours en contestation du refus de résilier un contrat, dont vous avez récemment redéfini les modalités pour en faire un recours tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat (Sect, 30 juin 2017, syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche, n° 398445). Dans les deux cas, la résiliation est désormais prononcée directement par le juge du contrat et non plus par la personne publique cocontractante en exécution d'une injonction de le faire.

La première question est celle de l'existence d'un droit à réparation du titulaire du contrat en cas de résiliation prononcée par la personne publique en exécution d'une décision de justice ou directement par la juridiction. Elle se pose dans les deux cas de figure dans les mêmes termes, qui peuvent se résumer ainsi : la circonstance que la décision de résiliation ait été imposée à la personne publique cocontractante par une décision de justice prive

t-elle le titulaire du contrat du droit à indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation et qui lui aurait été reconnu si cette résiliation avait été prononcée spontanément par la personne publique ?

Nous ne le pensons pas. La décision de justice qui décide, indirectement ou directement, de la résiliation du contrat ne porte que sur cette décision et non sur ses effets. Qu'elle enjoigne à la personne publique de résilier ou qu'elle prononce elle-même la résiliation, elle ne porte que sur la décision de résilier qu'aurait pu prendre la personne publique et que la juridiction lui impose, à charge pour la personne publique d'en supporter les conséquences.

Vous l'avez implicitement admis en jugeant qu'au regard de l'importance de l'indemnité que la commune devrait verser à son cocontractant au cas où le juge déciderait de la résiliation du contrat, celle-ci porterait une atteinte excessive à l'intérêt général qui aurait du conduire le juge à ne pas la décider (CE, 5 juillet 2017, Cne de La-Teste-de-Buch, n° 401940, aux T sur ce point).

La circonstance que la décision de résiliation ait été prise par la personne publique spontanément, sur injonction juridictionnelle ou directement décidée par la juridiction est donc sans incidence sur la détermination des droits que le cocontractant peut faire valoir en cas de résiliation afin d'obtenir la réparation des préjudices qu'elle lui cause. Ces préjudices, vous le savez, peuvent tenir au manque à gagner, aux frais divers éventuellement engagés pour la mise en oeuvre de la résiliation ainsi que, le cas échéant, aux pertes subies, notamment du fait de l'impossibilité d'amortir les investissements réalisés et au préjudice commercial.

Lorsque la résiliation est décidée par la personne publique, indépendamment de toute décision juridictionnelle, ces droits varient en fonction des stipulations du contrat, qui peuvent aménager voire supprimer le droit du titulaire à indemnisation (voyez par exemple votre décision du 19 décembre 2012, sté AB Trans, n° 350341) et des motifs de la résiliation. Si elle est fondée sur une faute exclusive du cocontractant, il n'aura droit à aucune indemnisation.

Si elle est fondée sur un motif d'intérêt général, il a en principe droit à indemnisation, à moins que cet intérêt général tienne à un motif dans lequel il a également une part de responsabilité (tel est notamment le cas d'une résiliation fondée sur la durée excessive de la convention : CE, 7 mai 2013, sté auxiliaire de parcs de la région parisienne, n° 365043, p. 137).

Lorsque la résiliation aura été décidée par le juge, à travers une mesure d'injonction, dans le cadre d'un recours en contestation de la validité du contrat ou, plus rarement, dans le cadre d'un recours d'un tiers en résiliation du contrat, ses conséquences indemnitaires pour le titulaire dépendront, sous la même réserve d'éventuelles stipulations contractuelles, des motifs pour lesquels elle a été prononcée. Sauf dans le cas exceptionnel où elle est prononcée pour une raison relative à l'exécution du contrat, la résiliation sanctionne un vice qui entache le contrat ou l'une de ses clauses, comme en l'espèce sa durée. Le droit à indemnisation du titulaire dépendra donc de sa part de responsabilité dans la constitution de ce vice.

Dans tous les cas, quel que soit le motif de la résiliation, le titulaire a toujours droit, au moins, à l'indemnisation des dépenses utiles et des investissements non amortis, au titre de l'enrichissement sans cause.

Dans ce cadre, et nous en venons à la seconde question, quelles sont les conséquences de l'annulation de la décision

juridictionnelle en exécution de laquelle la résiliation a été prononcée ?

Elles sont à notre avis au nombre de deux.

La première concerne le pouvoir de décision dans la conduite des relations contractuelles que la personne publique retrouve du fait que la décision de justice qui l'en avait privée en décidant ou en l'obligeant à décider la résiliation du contrat a été annulée.

Si cette décision prononçait comme en l'espèce une injonction que la personne publique a exécutée, son annulation rend à cette dernière sa compétence pour décider de la maintenir ou de reprendre les relations contractuelles. Vous avez ainsi jugé que l'annulation d'un jugement enjoignant à l'administration de prendre une nouvelle décision n'a pas par elle-même pour effet de faire disparaître la décision prise en exécution de ce jugement, mais qu'elle la prive de base légale, ce qui ouvre la faculté à l'administration de la retirer ou de l'abroger, même si elle est créatrice de droits (CE, 19 mai 2010, Ministre du budget c/ Mlle Leroy, n° 332207, T. p. 918 ; voyez également, dans le cas d'une décision créatrice de droits prise en exécution d'une décision de suspension du refus de la prendre : CE Sect, 7 octobre 2016, cne de Bordeaux, n° 395211, p. 409 et pour une décision d'agrément fiscal produisant des effets pécuniaires, qui ne peut plus être qu'abrogée : CE, 19 décembre 2014, Min des finances c/ sté H&M, n° 384144, aux T sur ce point).

Rien ne nous paraît s'opposer à l'application de ce raisonnement à la décision de résiliation et à la reprise des relations contractuelles que la disparition de l'injonction autorise la personne publique à décider.

Si, comme ce sera désormais le cas, la résiliation procédait directement de la décision de justice, l'annulation de cette dernière fait revivre le contrat, que la personne publique peut choisir de continuer à exécuter ou au contraire de résilier pour les mêmes raisons que celles qui peuvent faire obstacle à ce qu'elle décide, dans l'hypothèse précédente, de reprendre les relations contractuelles.

Dans les deux cas, ces raisons qui peuvent faire obstacle à une reprise ou à la poursuite des relations contractuelles sont celles que vous avez mentionnées dans votre décision Béziers II : elle n'est plus possible parce que le contrat est arrivé à son terme ou parce que l'intérêt général ou des droits entretemps conférés à des tiers s'y opposent.

La seconde concerne les effets de l'annulation de la décision juridictionnelle ayant ordonné, directement ou indirectement, la résiliation du contrat sur les droits à indemnisation des préjudices qui résultent de cette résiliation.

Il faut distinguer la période pendant laquelle la résiliation s'est appliquée de la période ultérieure où la résiliation a été décidée ou maintenue par la personne publique.

En ce qui concerne la première période, pendant laquelle la résiliation juridictionnelle s'est appliquée, la question est celle de la portée de l'annulation de cette résiliation sur les droits indemnitaires qu'elle a fait naître. Permet-elle à la personne publique de les remettre en cause et de réclamer au titulaire le remboursement des indemnités qu'elle lui a versées ou de ne pas les lui payer si elle ne l'a pas encore fait ou au titulaire d'en réclamer davantage ?

Ou au contraire doit-on considérer que cette annulation ne rétroagit pas sur les droits que la résiliation a fait naître ? Fondamentalement, il s'agit de savoir qui doit supporter la charge

des conséquences préjudiciables d'une résiliation du contrat dont la suite du litige a révélé qu'elle aurait pu ne pas être prononcée ou pas pour ces motifs.

Aucune réponse n'est véritablement satisfaisante car il s'agit de répartir une charge, celle de l'aléa contentieux, entre des personnes, les parties au contrat, qui n'en sont ni l'une ni l'autre responsables, le service public de la justice relevant toujours de l'Etat (CE, 27 février 2004, Mme Popin, n° 217257, p.) et les conditions auxquelles la responsabilité de ce dernier peut être engagée du fait du contenu d'une décision de justice non définitive étant, vous le savez, très restrictives, puisqu'elle est subordonnée à la commission d'une faute lourde (CE Ass, 29 décembre 1978, Darmont, n° 96004, p. 542 ; CE, 18 juin 2008, M. Gestas, n° 295831, p. 230, dans le cas particulier d'une violation manifeste du droit de l'UE).

Précisons d'emblée que la circonstance que la personne publique ait ou non effectivement payé au titulaire les indemnités qui lui étaient dues au titre de la résiliation du contrat est sans incidence sur la détermination des droits des parties, qui doit être indépendante des aléas de leur mise en oeuvre.

La question ne se pose pas exactement dans les mêmes termes selon que la résiliation a été décidée par la personne publique sur injonction du juge ou directement par ce dernier. Nous commencerons par le cas de l'injonction, qui est le seul qui se pose dans la présente affaire.

L'annulation d'une décision juridictionnelle d'injonction n'a pas pour effet, vous l'avez rappelé par votre décision précitée Mme Leroy, de faire disparaître rétroactivement les mesures prises par l'administration en exécution de cette décision. Elle rend à la personne publique la plénitude d'une compétence qu'elle peut exercer pour retirer la décision qu'elle a été contrainte de prendre par la décision annulée, l'abroger ou la maintenir.

S'agissant de relations contractuelles résiliées, le choix principal de la personne publique sera celui de les renouer pour les poursuivre ou de maintenir leur rupture, si les circonstances – intérêt général, tenant notamment au fait que la personne publique a obtenu autrement les prestations commandées ; droits des tiers - font obstacle à leur reprise. Dans les deux cas, le droit à indemnité du titulaire du contrat au titre de la période pendant laquelle la résiliation a été effective n'est pas affecté dans son principe.

Il peut en revanche l'être dans ses modalités d'exercice en cas de reprise des relations contractuelles, qui pourront avoir pour effet de compenser en tout ou partie le préjudice subi du fait de ce qui apparaîtra alors comme une suspension temporaire de l'exécution du contrat. Ce n'est qu'en cas de retrait de la résiliation que les droits à indemnité du titulaire pourraient s'en trouver rétroactivement affectés. Mais le retrait de la résiliation d'un contrat n'a pas de sens, dès lors que son inexécution passée ne pourra jamais être reprise. Elle ne pourrait donc qu'être théorique et on ne voit pas bien quelle serait son utilité : l'absence d'exécution ne donnera le plus souvent pas plus de droits indemnitaires au titulaire que la résiliation.

Quelle que soit la décision prise par la personne publique, la résiliation qui lui a été imposée est susceptible d'avoir produit des effets préjudiciables, pour le titulaire dont le contrat a été résilié et pour la personne publique qui devra prendre en charge la part indemnisable de ce préjudice subi par le titulaire et conclure un nouveau contrat pour obtenir les prestations dont elle a besoin. C'est donc le plus souvent cette dernière qui supportera la part la plus lourde des conséquences d'une résiliation qui n'aurait pas dû lui être imposée.

Or ce préjudice, qui découle directement de l'exécution de la décision de justice annulée, n'est pas indemnisable, en application du principe, posé par votre décision de section Maternité régionale Adolphe Pinard, du 4 mai 1984 (n° 26283, p. 165) et récemment réaffirmé par la décision de Section du 2 juin 2017, communauté de communes Auray Quiberon Terre Atlantique (n° 397571, AJDA 2017, p. 1441, chr. G. Odinet et S. Roussel), selon lequel l'exécution d'une décision de justice n'ouvre jamais droit à réparation du préjudice qu'elle a causé, sur quelque fondement que ce soit, responsabilité pour faute, sans faute - contrairement à ce que voudrait vous faire juger la société requérante par son troisième moyen - ou enrichissement sans cause.

Vous avez ainsi jugé par cette dernière décision que "la personne qui, en exécution d'une décision de justice, a, ainsi qu'elle y est tenue en raison du caractère exécutoire de cette décision, versé une somme n'a pas droit à la réparation sous forme d'intérêts moratoires du préjudice subi du fait de ce versement si elle se trouve déchargée par l'exercice des voies de recours de l'obligation de payer cette somme". Bien que ces deux décisions portent sur le préjudice financier tenant à l'indisponibilité d'une somme d'argent versée en exécution d'une décision de justice puis recouvrée à la suite de son annulation pendant le délai écoulé entre ces deux versements, qui ne saurait donc être indemnisé par celui qui a provisoirement bénéficié de cette somme, le principe qui les fonde s'applique à tous les préjudices susceptibles de naître de l'exécution d'une décision de justice, notamment des conséquences dommageables de la résiliation d'un contrat ordonnée par cette décision.

Ainsi, la personne publique qui a indemnisé le titulaire du contrat des préjudices causés par cette résiliation, intégralement si elle avait été décidée à ses torts exclusifs, partiellement si les motifs de la résiliation donnaient lieu à un partage de responsabilité, ne sera pas fondée à se prévaloir de l'annulation de la décision de justice pour revenir sur les conséquences indemnitaires de la résiliation. Il en va de même pour le titulaire qui n'aurait pas ou pas intégralement été indemnisé en raison des motifs pour lesquels la décision de justice a décidé de la résiliation : il ne pourra davantage se prévaloir de l'annulation contentieuse de la décision de justice ayant décidé la résiliation pour réclamer à la personne publique qui l'a correctement indemnisé au regard des motifs de cette décision une indemnisation supplémentaire sur le terrain de sa responsabilité pour faute. Pour cette première période, l'annulation de la décision juridictionnelle ayant décidé la résiliation est donc sans incidence sur les droits à indemnisation qui résultaient de cette décision. S'ils s'avèrent finalement infondés, la personne publique en conserve la charge ; s'ils s'avèrent insuffisants, la charge en reste partagée.

La réponse est plus délicate lorsque la décision de résiliation n'aura pas été prise par la personne publique en exécution d'une injonction du juge mais directement par le juge lui-même, comme il peut désormais le faire dans le cadre de vos jurisprudences Dépt de Tarn-et-Garonne et SMPAT. Dans ce cas, l'annulation de la décision de résiliation n'implique-t-elle pas nécessairement l'anéantissement rétroactif de tous ses effets, y compris indemnitaires ?

Le raisonnement tenu précédemment, qui reposait sur la distinction entre l'injonction de résilier et la résiliation, ne pourrait plus l'être lorsque la résiliation est directement décidée par la décision de justice. Elle conduirait ainsi à regarder le contrat comme n'ayant jamais été résilié et le titulaire comme n'ayant par conséquent subi aucun préjudice indemnisable, ce qui lui ferait perdre le droit à indemnité qu'il avait éventuellement eu du fait de la résiliation et l'obligerait à rembourser les sommes perçues le cas échéant à ce titre. La charge de l'aléa contentieux,

qui reposait principalement sur la personne publique dans l'hypothèse précédente, pèserait ici sur le titulaire. Mais consacrer ainsi des régimes différents de charge de l'aléa contentieux selon que la décision juridictionnelle est une injonction de prendre une décision ou la décision elle-même apparaît très artificiel.

Il faudrait toutefois pousser la fiction de la rétroactivité de l'annulation contentieuse jusqu'au bout et rétablir le titulaire dans ses droits contractuels pour le passé, ce qui s'avère là-encore très artificiel.

Il nous paraît donc préférable de circonscrire la portée de la résiliation juridictionnelle, qu'elle soit directe ou indirecte, à la rupture des relations contractuelles, ses conséquences indemnitaires étant toujours à la charge de la personne publique, qui les supportera comme si elle l'avait décidée elle-même. Le préjudice qui résulte pour elle du fait que cette résiliation lui a été imposée par une décision de justice restera dans l'immense majorité des cas à sa charge, puisqu'elle ne pourrait en obtenir réparation que de l'Etat à condition, en l'état actuel de votre jurisprudence, que la décision juridictionnelle de résiliation soit regardée comme une faute lourde.

Les choses sont plus simples et de nouveau communes aux deux hypothèses de résiliation juridictionnelle pour la période subséquente à l'annulation de la décision juridictionnelle de résiliation, puisque le droit à indemnisation du titulaire n'est plus fondé sur la décision juridictionnelle de résiliation mais sur la décision de la personne publique de ne pas reprendre les relations contractuelles ou de résilier le contrat. Sa détermination ne dépendra plus des motifs de la décision de résiliation juridictionnelle mais de ceux de la décision administrative, sous le contrôle du juge. Si l'indemnisation a déjà été versée pour la totalité de la durée du contrat, il faudra comparer les droits à indemnisation découlant des motifs de la décision juridictionnelle et les droits à indemnisation découlant des motifs de la décision administrative qui maintient ou décide la résiliation. Si ce sont les mêmes, les droits établis initialement ne seront pas remis en question. Dans le cas contraire, il y aura matière à modification de ces droits pour la période à partir de l'annulation de la décision juridictionnelle de résiliation jusqu'au terme du contrat.

Il n'est peut-être pas superflu, à ce stade, d'illustrer notre propos de quelques exemples, non exhaustifs, car il y en a autant que de motifs de résiliation. Prenons tout d'abord le cas d'un jugement de première instance ayant prononcé (ou enjoint de prononcer) la résiliation d'un contrat en raison d'une irrégularité exclusivement imputable à la personne publique. Ce jugement est annulé par un arrêt définitif de la cour administrative d'appel qui ne retient aucune irrégularité. La personne publique décide néanmoins de ne pas reprendre les relations contractuelles pour la durée restant à courir car elle a entre temps conclu un nouveau contrat ayant le même objet ou pour tout autre motif d'intérêt général. Le titulaire a droit à l'indemnisation des différents préjudices subis du fait de cette résiliation, d'abord sur le fondement - retenu par le premier juge - de la faute commise par la personne publique d'avoir conclu un contrat irrégulier qui a du être résilié, ensuite sur le fondement - retenu par la personne publique - du droit à indemnisation d'un contrat résilié dans l'intérêt général. Ces droits étant identiques sur ces deux fondements, il pourra conserver l'indemnisation que lui aura été versée la personne publique immédiatement ou la demander si elle ne l'a pas encore été.

Imaginons ensuite le cas d'une résiliation ordonnée pour un motif imputable à parts égales aux deux parties contractantes : le titulaire aura droit à l'indemnisation des dépenses utiles et de la valeur non amortie de ses investissements mais seulement à la

moitié des autres préjudices (manque à gagner, notamment). Après l'annulation de la décision de justice ayant ordonné la résiliation, la personne publique la maintient pour la même raison que précédemment. Le titulaire ne pourra demander une indemnisation de la totalité de son manque à gagner que pour la période postérieure à l'annulation de la décision de justice.

Si, en revanche, la rupture des relations contractuelles est maintenue pour un autre motif qui aggrave la responsabilité du titulaire, il aura moins de droits pour l'avenir qu'il n'en a eu en exécution de la décision de justice qui avait provoqué la résiliation et la personne publique sera fondée à lui demander de lui reverser l'indemnité correspondant à la période postérieure qu'elle lui a versée ou à ne pas lui verser cette partie de l'indemnité si elle n'a encore rien payé. Mais elle devra quand même l'indemniser pour la période couverte par la résiliation juridictionnelle, puisque cette indemnisation est fonction des motifs de cette résiliation.

Comme nous le disions, la circonstance que l'indemnisation n'ait pas été fixée avant l'annulation de la décision juridictionnelle ne doit pas avoir d'incidence sur sa détermination.

Enfin, dans l'hypothèse, qui sera probablement assez rare, où la personne publique décide de reprendre les relations contractuelles, la satisfaction des droits à indemnisation du titulaire pour la période pendant laquelle les relations ont été rompues dépendra des droits qu'il tirera de l'exécution future du contrat (voyez, mutatis mutandis, ce que vous avez jugé concernant les droits à indemnisation du titulaire d'un marché résilié lorsqu'il est appelé à participer à l'exécution d'un nouveau marché ayant le même objet : CE, 26 mars 2018, Sté Balineau, n° 401060, aux T). Par exemple, la durée du contrat pourrait être prolongée pour lui permettre de compenser les effets négatifs de la suspension passée de son exécution.

Dans le cas, qui est celui de la présente espèce, d'une résiliation motivée par la durée excessive de la convention qui n'a pas donné lieu à indemnisation, il appartiendra au juge chargé d'en apprécier les conséquences indemnitaires de déterminer d'abord si cette résiliation ouvrirait droit au profit du titulaire à indemnisation d'autres préjudices que ceux liés aux dépenses utiles et aux investissements non amortis. Ce n'est pas évident, car le titulaire ne devrait pas avoir de droits à l'exécution d'une convention devenue illégale après l'expiration de sa durée normale. Si la décision juridictionnelle de résiliation est annulée, il lui appartiendra ensuite de déterminer si une reprise des relations contractuelles était légalement possible.

En l'occurrence, le motif pour lequel vous avez annulé l'injonction de résilier le contrat ne signifie pas que la durée du contrat n'était pas effectivement excessive, mais seulement que cette décision ne pouvait être prise dans le cadre du recours d'un candidat évincé. Ce n'est que s'il apparaît que la durée restant à courir n'est pas excessive mais que la personne publique a décidé de ne pas reprendre les relations contractuelles pour un motif d'intérêt général que le titulaire aura droit à l'indemnisation de son manque à gagner pour la période allant de l'annulation de la décision juridictionnelle de résilier le contrat jusqu'à son terme contractuel ou normal.

Telles sont les grandes lignes de la méthode qu'il nous semble que la cour administrative d'appel de Marseille devra suivre si vous nous suivez pour annuler son arrêt. Car, ce qui est certain, c'est qu'elle a commis une erreur de droit en écartant tout droit à indemnisation de la société requérante du fait de la résiliation du contrat au seul motif que cette résiliation avait été décidée en exécution d'une décision de justice et ne pouvait par conséquent

être fautive. Non parce que cette décision a été ultérieurement annulée, ce qui rendrait la résiliation fautive, comme le soutient principalement la société requérante par un raisonnement que condamne votre jurisprudence Maternité Adolphe Pinard - communauté de communes Auray Quiberon, mais parce que, comme nous l'avons dit, la circonstance que la résiliation soit imposée à la personne publique par une décision de justice est sans incidence sur les droits à indemnisation du titulaire, qui dépendent des motifs de cette résiliation, exactement comme si elle avait été décidée spontanément par la personne publique. Cette erreur de droit n'est pas aussi clairement invoquée que la précédente, mais il nous semble tout de même possible de la lire sans trop d'efforts entre les lignes du pourvoi.

EPCMNC : - Annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de l'affaire à la CAA de Marseille ;

- A ce que soit mise à la charge de la commune de Sainte-Maxime le versement à la sté Opilo d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.

Référence 6 : CE, 27 février 2019, Société Opilo, n°410537 ;

Vu la procédure suivante :

La société Opilo a demandé au tribunal administratif de Toulon d'annuler la délibération du conseil municipal de la commune de Sainte-Maxime du 22 mai 2013 autorisant le maire à procéder à la résiliation, au 1^{er} novembre 2013, des contrats de sous-concession de la plage dite du Casino portant sur les lots n°s 6 et 7, en tant qu'elle concernait le lot n° 6 dont elle était titulaire, et de condamner la commune à lui verser la somme de 1 567 767 euros en réparation des préjudices résultant de cette résiliation. Par un jugement n°s 1301746, 1401693 du 17 juillet 2015, le tribunal administratif de Toulon a rejeté sa demande.

Par un arrêt n° 15MA03830 du 13 mars 2017, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel formé par la société Opilo contre ce jugement.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 15 mai et 16 août 2017 et 3 juillet 2018 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Opilo demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt ;
2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à son appel ;
3°) de mettre à la charge de la commune de Sainte-Maxime la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code général des collectivités territoriales ;
- le décret n° 2006-608 du 26 mai 2006 ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Sainte-Maxime, à laquelle l'Etat a accordé la concession des plages naturelles sur son territoire avec possibilité de sous-concession, a lancé, en 2007, un appel à candidatures pour l'attribution de l'exploitation du lot n° 6 de la « plage du Casino ». Par une délibération du 25 janvier 2008, le conseil municipal de Sainte-Maxime a autorisé le maire à attribuer l'exploitation de ce lot à la société Opilo pour une durée de douze

ans. Saisi par la société Canards et Dauphins, concurrente évincée, le tribunal administratif de Toulon a annulé, par un jugement du 17 décembre 2009, la décision du 29 janvier 2008 du maire de Sainte-Maxime rejetant l'offre de cette société et a enjoint à la commune de saisir le juge du contrat afin qu'il en prononce la résolution. Par un arrêt du 4 mars 2013, la cour administrative d'appel de Marseille a confirmé l'annulation de la décision du 29 janvier 2008, pour un motif tiré de la durée excessive du contrat, différent de celui retenu par le tribunal administratif, et a enjoint à la commune non de saisir le juge du contrat, mais de résilier celui-ci avec effet différé au 1^{er} novembre 2013. Par une décision n° 368254 du 4 juin 2014, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, a annulé cet arrêt au motif que le moyen retenu par la cour était inopérant à l'encontre de la décision de rejet de l'offre de la société Canards et Dauphins. Par un arrêt devenu définitif du 4 mai 2015, la cour administrative d'appel de Marseille a annulé le jugement du 17 décembre 2009 et rejeté les demandes de la société Canards et Dauphins.

2. Toutefois, par une délibération du 22 mai 2013, le conseil municipal de la commune de Sainte-Maxime avait, d'une part, en conséquence de l'injonction prononcée par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 4 mars 2013, décidé la résiliation du contrat de sous-concession du lot n° 6 à compter du 1^{er} novembre 2013 et, d'autre part, constaté l'absence de droit à indemnisation de l'exploitante. Par une requête enregistrée le 4 juillet 2013, la société Opilo a contesté cette délibération devant le tribunal administratif de Toulon puis, par une requête enregistrée devant le même tribunal le 30 avril 2014, a sollicité la condamnation de la commune de Sainte-Maxime à lui verser la somme de 1 567 767 euros en réparation de son préjudice économique. Le tribunal administratif de Toulon a rejeté ces deux requêtes par un jugement du 17 juillet 2015. La société Opilo se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 13 mars 2017 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté son appel formé contre ce jugement.

Sur le bien-fondé de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions relatives à la résiliation du contrat :

3. 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. 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. Il appartient au juge administratif, lorsqu'il est saisi de conclusions « aux fins d'annulation » d'une mesure de résiliation, de les regarder comme un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation du contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles. Dès lors, en estimant que les conclusions de la société Opilo tendant à l'annulation de la délibération autorisant le maire de la commune de Sainte-Maxime à résilier le contrat litigieux ne pouvaient être regardées comme visant à la reprise des relations contractuelles, qu'elles étaient, par suite, irrecevables, et en les rejetant pour ce motif, la cour administrative d'appel de Marseille a méconnu son office et ainsi commis une erreur de droit.

Sur le bien-fondé de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions indemnitaires :

4. En premier lieu, lorsqu'une décision juridictionnelle, comme en l'espèce, eu égard au droit alors applicable, a enjoint à une personne publique de résilier un contrat, ou lorsque, désormais, dans le cadre d'un recours en contestation de la validité d'un

contrat, le juge prononce une telle résiliation, cette circonstance n'implique pas, par elle-même, une absence de droit à indemnisation au bénéfice du cocontractant. Ce droit à indemnisation s'apprécie alors, conformément aux principes du droit des contrats administratifs, au regard des motifs de la décision juridictionnelle et, le cas échéant, des stipulations du contrat applicables.

5. En second lieu, lorsque l'exercice des voies de recours conduit le juge d'appel ou de cassation à annuler la décision juridictionnelle qui a enjoint à la personne publique de résilier le contrat ou a prononcé sa résiliation, le préjudice éventuellement né de l'exécution de la décision juridictionnelle annulée n'est pas indemnisable. Il appartient en revanche à la personne publique de tirer les conséquences de cette annulation et de décider, sous le contrôle du juge administratif et dès lors qu'une telle mesure n'est pas sans objet, de reprendre les relations contractuelles, sauf si une telle reprise est 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. Si la personne publique décide de ne pas reprendre les relations contractuelles, le droit à indemnisation du cocontractant s'apprécie au regard des motifs de cette dernière décision et prend en compte les sommes qui, le cas échéant, lui ont déjà été versées après la résiliation initiale du contrat. Si la personne publique décide de reprendre les relations contractuelles, alors qu'elle a déjà indemnisé les conséquences de la résiliation initiale, il lui appartient d'exiger de son cocontractant qu'il lui restitue les sommes versées correspondant à la durée restant à courir de l'exécution du contrat.

6. Dès lors, en jugeant que la circonstance que la commune avait résilié le contrat en exécution de l'injonction décidée par son arrêt du 4 mars 2013 faisait obstacle à tout droit à indemnisation de la société Opilo, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché l'arrêt attaqué d'erreur de droit.

7. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que son arrêt doit être annulé.

8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Sainte-Maxime la somme de 3 000 euros à verser à la société Opilo, en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Opilo qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante. [cassation, renvoi]