

Fiche n° 8
LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS (2/2) :
L'EXÉCUTION,
LA 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
DUFAY (J.), « Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de service public », *AJDA* 1955, p. 65.
FATÔME (E.), « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.
LAUBADÈRE (A. de), « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP* 1954 p. 56.
L'HUILLIER (J.) « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.* 1953, p. 87.
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 sur CE, 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n°312354
Référence 2 : CE, 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n°312354
Référence 3 : Conclusions sur CE, Sect., 19 déc. 2014, Commune de Propriano, req. n°368294
Référence 4 : CE, Sect., 19 Déc. 2014, Commune de Propriano, req. n°368294
Référence 5 : CE, 7^{ème} et 2^{ème} SSR, 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, n° 380419

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

- Le temps et le contrat administratif

Épreuve pratique : commentaire

- CE, 7^{ème} et 2^{ème} SSR, 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, req. n° 380419.

Référence 1 : Conclusions sur CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n°312354.

Les affaires portées devant votre formation suscitent toujours un intérêt à divers titres. Celui qui vaut au pourvoi de la Ville de Paris d'être inscrit au rôle de cette séance est triple.

Il donne tout d'abord l'occasion de réfléchir au contrôle de cassation sur les décisions juridictionnelles rendues en matière pré-contractuelle mais aussi contractuelle. Certes, votre Section du Contentieux a déjà eu à connaître à plusieurs reprises d'ordonnances rendues sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA. Mais vos décisions ont surtout contribué à préciser la compétence et le rôle de ce juge.

On admettra aisément, en deuxième lieu, que la question qui fournit cette occasion – quelle est la frontière entre un avenant et un nouveau marché ? - est de celles qui peuvent séduire tant les théoriciens que les praticiens du contrat. Elle oblige en effet à s'interroger, entre autres, sur la définition de l'objet d'un contrat, définition qui n'est pas sans conséquence sur l'application des règles de publicité et de mise en concurrence. Intéressante pour les processualistes, séduisante pour les contractualistes, l'affaire est en 3ème lieu importante pour les vélocipédistes, de plus en plus nombreux à Paris si l'on en croit le bilan qui vient d'être effectué après un an de fonctionnement du « Vélib' ». Car c'est de ce système qu'il sera question au travers de l'ordonnance du 2 janvier 2008 qui vous est déférée, par laquelle le juge du référé précontractuel du TA de Paris a annulé, sur demande de la Sté Clear Channel, une délibération du Conseil de Paris du 19 décembre 2007 qui rendait possible l'extension de ce système au delà du boulevard périphérique.

Les caractéristiques pertinentes du montage contractuel initial et du projet d'extension telles qu'elles ressortent de l'ordonnance et des pièces du dossier soumises à ce juge sont les suivantes. Le contrat initial, passé en février 2007 avec la Sté SOMUPI, filiale du groupe JC Decaux, porte à la fois sur le mobilier urbain et la mise en place de vélos en libre service. Il prévoit l'installation de stations équipées de vélos, financées par les recettes publicitaires tirées de l'exploitation du mobilier urbain par la SOMUPI, recettes abandonnées par la Ville. Le contrat prévoit une seconde étape pour *Vélib'*, étape optionnelle pouvant être déclenchée par la Ville sous forme de bons de commandes en fonction notamment « *du succès du dispositif* », avec la mise en place de stations équipées supplémentaires. A la différence de la 1ère étape, la seconde doit être financée par la Ville.

Le projet de modification consistait à étendre le système à une partie du territoire de trente communes limitrophes ou proches, précisément dans un anneau de 1 500 m autour de Paris. A cet effet, au lieu de mettre en œuvre la seconde étape à Paris, l'idée était de déployer les nouvelles stations dans ces communes. Pour ce faire était prévu d'une part un avenant au contrat, d'autre part la passation de conventions avec les communes intéressées. Analysant le projet comme un nouveau contrat, le magistrat délégué du TA de Paris a estimé que celui-ci ne pouvait, compte tenu de son montant, être passé sans publicité ni mise en concurrence. Il en a déduit que la procédure de passation était irrégulière et a en conséquence annulé la délibération qui autorisait le maire à signer l'avenant et ces conventions avec les communes intéressées. Il n'est contesté par personne que le contrat initial est un marché public et donc que la régularité de la procédure de passation de l'avenant doit être jugée à l'aune du code des marchés publics (CMP) 2006. Le juge s'est fondé principalement sur l'article 20 de ce code selon lequel « *Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché (...), ni en changer l'objet.* »

Que le contrat initial soit un marché, faute de quoi le juge aurait commis une erreur dans le champ d'application de la loi, ne va pas de soi. L'originalité des modèles contractuels choisis pour offrir des vélos en libre service rend difficile un classement dans l'une des catégories classiques des contrats publics². Mais par votre décision d'Assemblée du 4 novembre 2005, Sté JC Decaux, confirmant un avis de la Section de l'Intérieur (14 octobre 1980), vous avez rangé dans la catégorie des marchés un contrat de mobilier urbain, qui n'est guère différent dans son architecture du contrat initial ici en cause. Certes les prestations de la SOMUPI comprennent l'installation et l'entretien d'une certaine quantité de stations et de vélos. Mais cette différence, pour importante qu'elle soit, n'est pas de nature à remettre en cause la qualification de marché. Nous ne sommes pas face à une convention de délégation d'un service public de transport mais devant un marché de mobilier urbain et de fourniture de stations de vélos en libre service.

C'est donc bien au regard des règles du code des marchés publics (CMP) que l'affaire devra être examinée. Avant d'en venir aux moyens délicats du pourvoi, passons rapidement en revue ceux que vous pourrez écarter sans grande difficulté. Ils sont tirés d'une part que le juge ne pouvait sans erreur de droit ni méconnaissance du principe de la contradiction annuler un acte qui n'existait pas au moment de sa saisine et que la Sté Clear Channel n'avait pas désigné dans ces conclusions, d'autre part qu'en annulant cette délibération en tant qu'elle permettait au maire de signer avec les communes intéressées la convention-type, le juge aurait excédé son office et insuffisamment motivé sa décision. Il découle des dispositions de l'article L. 551-1 que le juge peut annuler toute décision qui se rapporte à la passation du contrat et donc une délibération autorisant le maire à signer un tel contrat (Voir par ex Ass. 10 juin 1994, commune de Cabourg, p 3006 ou 21 juin 2000, SARL Chez Joseph p 2827). Le juge a été saisi de la procédure telle qu'elle était connue de la Sté requérante à l'époque, c'est-à-dire d'un projet de délibération. Il est peu douteux que lors de l'audience qui s'est tenue le 28 décembre 2007, il a été question de la délibération, qui avait été adoptée le 19 décembre. En outre votre décision du 20 octobre 2006, Commune d'Andeville (p 434) fixe pour principe qu'il appartient au juge du référé précontractuel saisi d'une procédure de faire usage de ses pouvoirs pour faire cesser le manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence sans être tenu par les termes de la requête qui lui est soumise.

En 2ème lieu, s'il pouvait annuler la délibération, le juge pouvait l'annuler en totalité. Certes, les conventions que le maire était autorisé à signer ressemblent à des conventions d'occupation domaniale qui ne rentrent pas dans le champ du référé précontractuel. Mais aux termes de l'article L. 551-1 du CJA, le juge a le pouvoir de « *suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte* » et peut également « *annuler ces décisions* ». Et ces conventions, qui ne se bornent pas à organiser l'occupation du domaine n'avaient de sens ni de portée que pour la mise en œuvre de l'avenant qui comporte d'ailleurs en annexe la liste des communes concernées. Les conventions faisaient de la sorte partie du montage contractuel dont le juge était saisi, prévoyant l'implantation des stations sur le territoire des communes, la désignation dans chacune de celles-ci d'un responsable *Vélib'*, interlocuteur de la ville de Paris et d'un dispositif de contrôle de la qualité de service portant sur la sûreté des vélos et la propreté des stations. Actes d'application de l'avenant, elles étaient nécessairement privées de bases sans celui-ci, leur indivisibilité d'avec cet avenant se communiquant à la délibération litigieuse. En annulant l'ensemble de l'acte, le juge qui n'avait pas à motiver spécialement son ordonnance sur ce point n'a donc pas commis d'erreur de droit.

La troisième série de moyens qui porte sur l'appréhension des données de l'espèce par le magistrat délégué pose la question de la nature de votre contrôle comme juge de cassation. Nous voudrions vous convaincre que celui-ci peut être étroit sans qu'il soit nécessaire d'appréhender les notions en cause – avenant et nouveau marché – sous l'angle de la qualification juridique.

Nul ne disconvient que votre contrôle doit être étroit :

- est en jeu la recevabilité de l'action engagée sur le fondement de l'article L. 551-1 du CJA. Le juge n'est pas compétent à l'égard de contrats non mentionnés par les articles L. 551-1 et L. 551-2 du CJA et, même si vous ne l'avez encore jamais jugé, il ne l'est pas plus, a fortiori, pour juger de la régularité de processus ne débouchant pas sur un contrat autonome;

- ce faisant, la délimitation de la frontière entre l'avenant et le contrat détermine également l'application de règles nationales et communautaires que seul ce juge est à même de faire respecter. Il n'est pas indifférent de noter à cet égard que la CJCE vient de répondre à diverses questions préjudicielles portant notamment sur les conditions dans lesquelles des modifications apportées à des relations contractuelles existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services peuvent être considérées comme une nouvelle passation d'un marché public de services, au sens de la directive 92/50 (CJCE 19 juin 2008 Affaire C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH) ;

- la charge qui pèse sur les épaules d'un juge qui, pour n'être pas toujours seul¹⁰, l'est le plus souvent, justifie aussi un contrôle étroit de décisions qui sont prises en la forme des référés mais manifestent l'utilisation de pouvoirs impressionnants par des mesures qui n'ont rien de conservatoire.

A ce jour, ce contrôle n'a fait l'objet d'aucune décision de principe qui puisse servir de guide, ce qui contraste avec l'existence d'arrêts de vos plus hautes formations s'étant spécialement penchés sur le rôle du juge de cassation, que ce soit en matière contractuelle ou pour d'autres types de référés.

La jurisprudence pertinente est la suivante. Vous jugez qu'un manquement aux obligations de mise en concurrence relève de l'appréciation souveraine du juge du référé pré-contractuel (19 octobre 2001, Région de La Réunion et Société SETEC TPI T p 1162)¹¹. Il en va de même de la question de savoir si l'avis d'appel public à la concurrence mentionne ou non les caractéristiques essentielles de la convention envisagée (28 juillet 1999, Société anonyme Bouygues et autres, p 265). Mais vous jugez aussi que relève d'un contrôle de qualification juridique l'inclusion d'une prestation faisant l'objet d'une mise en concurrence dans le champ d'un monopole (30 juin 2004, Ministre de l'Équipement c/M.Fourgeaud, T p 851)¹². Quoique rendue à propos d'un acte détachable et non dans un contentieux précontractuel, on se doit également de signaler une décision (28 juillet 1999, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et société OCEA, p 264) qui juge que la lecture des documents de consultation d'un appel d'offres relève de l'appréciation souveraine tandis que le point de savoir si l'offre d'une société peut ou non être regardée comme une variante relève d'un contrôle de qualification. C'est toutefois l'outil de l'erreur de droit et non celui de la qualification juridique qui est retenu pour déterminer si un projet de contrat rentre ou non dans le champ d'application de l'article L. 551-1 (Sect. 20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr¹³ ; 12 mars 1999, Ville de Paris, T p 950; 29 mai 2000, SCP d'architectes Legleye p 190 ou encore 20 décembre 2000, Chambre de commerce et d'industrie du Var, T p. 1089), comme sur le point de savoir s'il s'agit d'un marché ou d'une délégation de service public (voir en particulier 30 juin 1999, Syndicat mixte du

traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais (SMITOM), p. 22914).

Quels enseignements tirer de ce rapide panorama ? Nous pensons qu'alors même que la situation soumise au juge est pré-contractuelle, vous avez en grande partie et peut-être inconsciemment transposé la grille définie et appliquée depuis longtemps à la matière contractuelle, où règne, on le sait, l'appréciation souveraine des juges du fond. Outre l'existence même de relations contractuelles¹⁵ relève en effet aujourd'hui d'un contrôle de dénaturation et non de qualification la lecture et l'application des stipulations d'un contrat ou d'un avenant (Sect. 5 janvier 1945, Erb p 7 ; Section 10 avril 1992, SNCF c/Ville de Paris, p 16816 ; pour un avenant 21 octobre 1992, Société Setec Travaux Publics T p 1264), si l'on excepte l'application des CCAG qui est justiciable d'un contrôle d'erreur de droit (Section 27 mars 1998, Sté d'assurances la Nantaise et l'Angevaine réunies, p 109). Les décisions *SA Bouygues et autres* et *Région la Réunion* sont à notre sens caractéristiques de cette démarche et nous pensons, par ailleurs, que la décision *Ministre de l'Équipement C/Fourgeaud* aurait pu, s'agissant du champ d'application d'un monopole, se situer aussi bien sur le terrain de l'erreur de droit que sur celui de la qualification juridique. Cette ligne qui voit prédominer l'appréciation souveraine des juges du fond est en outre en parfait accord avec la ligne jurisprudentielle sur le contrôle de cassation en matière de référé où le contrôle de qualification fait figure d'exception.

Un contrôle de dénaturation et d'erreur de droit n'est pas nécessairement superficiel ou distant dès lors que l'appréciation des juges porte principalement sur des actes ou des projets d'actes. Le contrôle de la lecture d'un acte par les juges du fond est comme l'affirmation, entre autres¹⁷, les auteurs de l'ouvrage « Le Conseil d'État, juge de cassation » un contrôle différent de celui porté sur l'appréciation des faits, et plus étroit par nature. Comme l'atteste la décision précitée *Sté d'assurances la Nantaise et l'Angevaine réunies*, la lecture d'un acte contractuel ne fait pas appel à un processus intellectuel différent de celui d'un acte administratif unilatéral ou d'une loi et pas plus qu'il n'est utile ni possible de se référer aux travaux préparatoires pour interpréter une loi claire n'est-il nécessaire de rechercher la commune intention des parties pour interpréter un contrat, pourvu qu'il soit clair. Comme le disent les spécialistes du contrôle de cassation en matière judiciaire, « la dénaturation est une erreur flagrante dans l'appréciation du sens d'un acte clair ». C'est afin de distinguer « entre les textes obscurs dont l'interprétation souveraine reste abandonnée aux juges du fond et les textes clairs dont il est interdit aux tribunaux sous prétexte d'interprétation, de dénaturer le sens et la portée » que la Cour de Cassation s'est décidée en 1872 (Chambre civile 15 avril 1872 D.72.1.176) à instituer un contrôle de dénaturation. Le contrôle qui doit s'exercer sur la passation d'un contrat et implique une lecture de ses clauses ne peut être d'une nature différente.

Il est frappant de constater à cet égard que l'analyse des données des litiges – qu'il s'agisse des actes ou projets d'actes ou même des faits – dans les affaires *Commune de Cabourg*, *Communauté de communes du Piémont de Barr*; *Ville de Paris*, *SCP d'architectes Legleye* précités ou encore 22 mars 2000, Epoux Lasaulce, p. 126) est tout autant si ce n'est plus la vôtre que celle des juges du fond. A lire certaines conclusions de vos Commissaires du Gouvernement, on ne voit d'ailleurs pas toujours immédiatement la différence entre votre rôle comme juge d'appel des jugements rendus par exemple sur déféré préfectoral des contrats – et votre rôle comme juge de cassation du référé pré-contractuel. Une telle manière de procéder paraît d'autant plus naturelle que la compétence d'un juge ou la recevabilité d'une action est en jeu. Au demeurant, dans des litiges mettant en cause la compétence de la juridiction administrative en matière

contractuelle, vous ne vous en tenez pas à la position de principe selon laquelle le contenu objectif du contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond même soumis à un contrôle vigilant de dénaturation, vous adoptez votre propre lecture des stipulations du contrat dont la qualification est déterminante (voir entre autres 8 février 1999, Charbonnages de France, T p 705 ; 1er mars 2000, Commune de Morestel, T p 1087 ; 21 avril 2000, Sté Foncier Immobilier Lyonnais, T p 1282). Et dans les litiges pré-contractuels, comme dans celui qui vous est soumis, est bien souvent en jeu la compétence du juge (voir les décisions précitées ; voir également 13 juillet 2007 Commune de Rosny-sous-Bois).

Au total, il nous semblerait inexact d'affirmer que les outils actuels tels que vous les maniez dans le contentieux pré-contractuel ne vous donnent pas une maîtrise suffisante comme juge de cassation et donc comme régulateur de l'action des juges du référé pré-contractuel. Est-ce à dire qu'un contrôle de qualification n'aurait pas théoriquement sa place en matière pré-contractuelle, notamment pour définir un avenant ?

Certainement pas. Nous nous garderons bien de vous livrer une nouvelle présentation de la distinction entre la dénaturation et l'erreur de qualification juridique : tout a été dit sur les ressorts intellectuels et juridiques de cette distinction²⁰, notamment qu'il n'existe pas de « *frontière naturelle* » entre le domaine de la 1ère et celui de la seconde. Nous en retirons l'idée qu'un contrôle de qualification sur le point de savoir si un projet d'acte est un avenant ou un nouveau contrat serait à la fois dans la logique de l'opération intellectuelle comme des critères dégagés par la doctrine ou d'éminents collègues pour identifier la ligne de partage entre les deux instruments.

Si l'on n'avait pas peur des comparaisons toujours délicates entre les deux juges suprêmes, figurerait également au rang de ces raisons le contrôle qu'effectue la Cour de Cassation sur la qualification du contrat au regard des notions légales...depuis un arrêt des Chambres réunies du 26 juillet 1823²². Il y a donc à la Cour de cassation un contrôle de qualification en matière contractuelle. Nous ne sommes toutefois pas convaincu, pour notre part, de l'opportunité d'opérer un tel contrôle.

Un tel choix ne pourrait être conçu et compris que comme un signal du renforcement de votre contrôle de cassation. Or un tel renforcement ne pourrait se limiter ni à la question précise de la distinction entre avenant et nouveau contrat, ni à la matière du référé pré-contractuel. Dès lors qu'est en jeu la compétence du juge de l'article L. 551-1 du CJA, vous devrez également opérer un contrôle de la qualification de contrat entrant ou n'entrant pas dans le champ de l'article L. 551-1 du CJA, ce qui vous conduira à effectuer le même contrôle entre les différentes catégories de contrats. En effet, si le maniement des différents outils de cassation n'est pas toujours, dans tel ou tel cas, intrinsèquement intelligible, il se doit à tout le moins d'être globalement cohérent et justifiable et nous ne voyons pas pour notre part comment expliquer un contrôle hétérogène sur les notions d'avenant, de contrat entrant dans le champ du référé pré-contractuel, de délégation de service public ou encore de marché public. Il faudra donc voir dans votre décision, une volonté de principe de contrôler plus étroitement les décisions des juges du référé pré-contractuel. Plus de 15 ans après l'institution du référé pré-contractuel, un tel choix de politique jurisprudentielle serait curieux.

Il le serait d'autant plus qu'à l'évidence votre rôle de juge de cassation en matière contractuelle serait lui aussi affecté. Votre arrêt Ass, 16 juillet 2007, Société Tropic travaux signalisation Guadeloupe a créé un recours en annulation des contrats au profit des concurrents évincés. Ceux-ci présenteront au juge du contrat le même argumentaire qu'au juge pré-contractuel, argumentaire

dont la prise en compte sera justiciable d'un même contrôle s'agissant de la distinction entre les différents types de contrats, sujets on le sait à des contraintes variables dans le domaine de la publicité et de la mise en concurrence. La nouvelle directive n° 2007/66/CE du 11 décembre 2007 prévoit un recours en déclaration d'absence d'effets. Que la compétence soit, comme on peut le penser, confiée pour en connaître au juge du référé pré-contractuel et cette perméabilité entre les deux contentieux et donc les deux types de contrôle sera encore plus sûre. Sans doute, la Cour de cassation contrôle-t-elle la qualification des contrats par les juges du fond, c'est-à-dire par exemple sur le point de savoir si une opération est une vente ou un louage mais reconnaissons qu'il serait là aussi surprenant de faire vôtre aujourd'hui une approche adoptée il y a près de deux siècles par votre homologue et qu'en réalité le contrôle porte ici et là, au delà d'une terminologie trompeuse, sur la détermination des critères de classification d'un contrat dans telle ou telle catégorie, c'est-à-dire sur d'éventuelles erreurs de droit. Le prix à payer d'un approfondissement et d'une extension de votre contrôle en termes de recours supplémentaires et de risques de dévoiement de votre rôle de juge de cassation nous paraît trop élevé au regard d'un bénéfice que nous n'apercevons pas clairement. S'il s'agit, par cet approfondissement et cette extension – et il ne peut s'agir que de cela – d'adopter une solution plus cohérente avec une théorie générale du contrôle de cassation et la jurisprudence de la Cour de cassation – la justification est selon nous incertaine et contestable.

On a pu faire remarquer de manière générale que la combinaison du contrôle de dénaturation (des faits) et de l'erreur de droit n'était « *guère éloignée d'un contrôle de qualification juridique* »²³. C'est ce que montre notamment un arrêt du 30 juillet 2003 commune de Lens (T p 960), affaire dans laquelle était en cause la régularité d'avenants au regard de dispositions du code des marchés publics « ante 2001 » identiques à celles de la présente espèce. Il s'agissait précisément de savoir comment appréhender la notion de « *sujétions techniques imprévues* », l'existence de telles sujétions permettant de passer avenant alors même que l'économie du marché en serait bouleversée. Définissant la notion à l'aide de critères précis, inspiré de ceux de la force majeure, vous avez pu, disposant ainsi d'un moyen de contrôle étroit décider, comme juge de cassation d'un arrêt statuant sur la légalité d'actes détachables, de laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond l'appréhension des données du litige.

Nous proposons de mettre en œuvre en l'espèce cette démarche. Le magistrat délégué du TA de Paris, après avoir relevé que 1461 stations et 20600 vélos étaient prévus dans la 1ère phase du marché, et 300 stations et 4500 vélos dans la seconde phase a cité différentes dispositions du CMP, dont l'article 20. Il a ensuite relevé que tant le règlement de la consultation du marché initial (article 2.6) que le CCAP prévoyait l'exécution du marché à Paris tandis que l'avenant avait pour objet notamment l'extension du lieu d'exécution à trente autres communes. Il a estimé que cette extension ne pouvait être regardée comme accessoire au marché initial dès lors qu'elle avait pour effet nonobstant un maillage plus lâche qu'à Paris de 500 m contre 300, de fournir un réel service de bicyclettes en libre-service dans chacune des communes. Il en a déduit que cet avenant devait être regardé comme modifiant l'objet du marché. L'argumentation de la Ville porte d'une part sur le raisonnement qui a conduit le juge à considérer qu'un avenant méconnaissant l'article 20 devait nécessairement être regardé comme un nouveau marché, d'autre part sur l'appréciation qu'il a portée en l'espèce à cet égard, chacune des deux branches de cette argumentation étant accompagnée d'un grief d'insuffisance de motivation qui ne nous paraît pas fondé, l'ordonnance étant particulièrement claire.

L'article 20 du CMP - rappelons-le - interdit en principe aux parties les avenants bouleversant l'économie d'un marché ou modifiant son objet.

Mais qu'est-ce que l'objet d'un marché ?

On peut, comme la Ville, avoir de l'objet du contrat une conception restrictive et abstraite, correspondant *grosso modo* à la nature des prestations : tel type de travaux ou tel de type de services ou de fournitures. Il y aurait lieu de distinguer entre l'objet proprement dit et les autres caractéristiques du contrat. Cette conception ne nous paraît toutefois pas être celle à laquelle se réfère l'article 20 du CMP et plus généralement celle du droit des contrats. En premier lieu, parce qu'elle est trop générale pour correspondre toujours à ce qui fait le contrat : dans un marché de travaux portant sur la construction d'un ouvrage, le lieu de construction est consubstantiel à l'objet, lui-même strictement entendu comme une catégorie de travaux déterminés.

Il est important de relever, en deuxième lieu et comme l'a d'ailleurs fait le juge, que l'objet du marché répond aux besoins de la collectivité publique et que la nature et l'étendue de ces besoins sont censés, selon l'article 5 du CMP « avoir été déterminées avec précision » au préalable (art 5 CMP). Le résultat de cette analyse préalable est, selon l'article 6 du code une définition suffisamment précise « pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché (...) ». Ces deux dispositions sont, selon nous, une manière de décrire comment doit être défini et présenté l'objet du contrat auquel l'article 20 fait référence. Il n'y a pas d'un côté un processus tendant à dessiner l'objet avec la plus grande précision possible dans le but d'une optimisation de la mise en concurrence, de l'autre un objet qui se réduirait à la nature d'une prestation sommairement décrite. Vous jugez d'ailleurs qu'est irrégulière la procédure de passation d'un marché lorsque la description de l'objet qui doit être entendu largement est insuffisamment précise (29 décembre 1997, Département de Paris, p 503).

L'objet d'un marché doit donc être défini non seulement par la nature des prestations mais aussi par l'ensemble des caractéristiques essentielles. Cette idée nous paraît corroborée par les évolutions tant du CMP que des textes communautaires qui ont déplacé les lignes de l'équilibre entre « nécessaire respect du principe de concurrence et (...) nécessaire respect du principe d'adaptation » au profit du premier et donc d'une conception de l'objet plus rigoureuse qu'auparavant. En témoigne en particulier un décret du 15 décembre 1992 modifiant le code de l'époque. Dans son arrêt précité, la CJCE a estimé que « des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial ». Elle en a donné pour exemple l'introduction « de 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 » ou encore, indépendamment du bouleversement de son économie, l'extension du marché « dans une mesure importante, à des services non initialement prévus ». On retrouve également de semblables considérations dans votre jurisprudence selon laquelle rien de ce qui est substantiel dans un projet de marché soumis à une procédure formalisée ne peut être modifié sans nouvelle procédure de consultation (voir 9 mars 1960, Massida p 187 ; 18 décembre 1968 Cie générale des eaux p 330 ; 16 octobre 2000, Sté Stéreau aux Tables sur un autre point ; 16 novembre 2005, Ville de Paris, T p 966). Il en va de même à propos de la modification, impossible par avenant si elle est substantielle, des éléments essentiels d'une délégation de service public. L'une des

manières – mais non la seule - de caractériser la modification substantielle des éléments essentiels du contrat – ou si l'on préfère l'un des critères du changement d'objet – peut être d'établir que l'avenant est dissociable du marché ou autonome par rapport à celui-ci.

Avant que le CMP adopte la règle fixée à l'article 20, c'est-à-dire avant le décret de 1992, la jurisprudence avait déjà marqué qu'une modification de l'objet du contrat par avenant était irrégulière et, dans les contrats en cause, des marchés de travaux, c'est la dissociabilité des travaux prévus par l'avenant par rapport à ceux du marché qui manifestait le changement d'objet (30 janvier 1995, Sté Via France, n° 151099 ; 29 juillet 1994, Commune de Cayenne, n° 154987 ; 28 juillet 1995, Préfet de la région île de France c/Sté de gérance Jeanne d'Arc p 321 ; 22 juin 1998, Préfet du Puy-de-Dôme, n° 17302527 ; voir également 13 mars 1998 Département du Pas-de-Calais, T p 1013) . Contrairement à ce que soutient la Ville, ce critère d'autonomie ou de dissociabilité ne vient pas s'ajouter à celui du changement d'objet ; il n'en est qu'une manifestation. Le juge n'a donc pas commis d'erreur de droit en estimant qu'un avenant méconnaissant l'article 20 parce que modifiant l'objet du marché initial était un nouveau marché, comme tel soumis aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Pour caractériser ce changement d'objet, le juge s'est référé à la modification du lieu d'exécution du marché initial – si l'on préfère à son champ d'application territorial- et aux effets du projet envisagé, les critères choisis ce faisant ne révélant pas, selon nous, d'erreur de droit. La Ville a raison de soutenir que l'intérêt communal n'est pas borné aux limites administratives de la collectivité (voir Sect. 6 mars 1981, Association de défense des habitants du quartier de Chèvre-morte et autres 28 p 126; voir également Sect 28 juillet 1995, Commune de Villeneuve d'Ascq 29 p.324) et donc qu'elle pouvait étendre le champ d'application du marché au delà du périphérique sans méconnaître sa compétence. Mais le juge n'a pas commis l'erreur consistant à confondre la compétence de la collectivité et le champ d'application territorial du marché. Quant à la prise en compte de l'effet de l'avenant dans les communes intéressées pour apprécier de l'existence d'une modification des caractéristiques du marché, nous ne voyons pas comment elle pourrait être entachée d'erreur de droit, puisqu'il s'agit, combiné à la modification du champ d'application du marché, de déterminer si la prestation envisagée est autonome, dissociable du marché initial. Le juge a-t-il dénaturé l'un ou l'autre des termes de la comparaison – c'est-à-dire le marché initial et le projet d'avenant et de conventions avec les communes – pour parvenir à cette conclusion ?

La Ville insiste sur le fait que ni le volume des prestations ni leur financement n'est modifié puisque d'une certaine manière est mise en œuvre la 2ème étape du marché initial. Mais cette argumentation n'est pas opérante, du moins directement : s'il ne s'était agi que de l'exécution de la 2ème étape prévue au marché initial, point n'aurait été besoin d'avenant. De plus, il n'est pas exact de dire que l'avenant consisterait simplement à mettre en œuvre cette seconde étape mais en dehors de Paris. Car d'autres éléments que le lieu d'exécution ont été modifiés pour tenir compte justement de ce changement important. C'est le cas des conditions financières mais cela tient aussi à l'apparition des communes intéressées qui, mentionnées dans l'avenant auraient été en quelque sorte associées au marché initial, avec d'autres obligations, on l'a vu, que celles de fournir simplement des emplacements pour les nouvelles stations. Le point de savoir si, comme l'a affirmé le juge, l'avenant a pour effet d'offrir un « réel service de bicyclettes en libre service » dans chacune des communes intéressées prête plus à discussion. Mais la consultation des pièces du dossier soumis au juge, notamment du plan d'installation prévisionnel dans les communes concernées fourni

par la Ville en 1ère instance, ne corrobore pas le moyen de dénaturation, ce d'autant moins que le juge n'a pas dit ni sans doute voulu dire que ce service était aussi performant que celui mis en place à Paris.

A la vérité, l'impression d'ensemble est que l'on passe d'un dispositif dans lequel sans être accessoire, la prestation de service Vélib' est intimement liée à la prestation mobilier urbain - ne serait-ce que du fait du champ d'application purement parisien du marché - à un dispositif dans lequel la prestation Vélib' devient autonome par rapport au mobilier urbain, se transforme en une sorte de « service public » mis en œuvre par la Ville et 30 autres communes au profit des parisiens et d'une partie des habitants de la proche banlieue même s'il ne s'agit que d'un anneau de 1500 m autour de Paris. C'est donc bien au total à un changement de nature que la Ville a procédé.

Nous pensons donc que vous devez écarter également la 3ème série de moyens. La Ville a soulevé un dernier groupe de moyen tirés de ce qu'à supposer même que son projet doive être regardé comme un nouveau marché, elle pouvait le passer sans publicité ni mise en concurrence sur le fondement soit du 5°, soit du 8° du II de l'article 35 du CMP qui dispense de telle formalités respectivement les marchés dits complémentaires et les marchés « qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ». En tout état de cause de leur recevabilité, douteuse, ces moyens ne nous paraissent pas plus fondés que les précédents. Le recours à la notion de marché complémentaire est pour le moins surprenant. De tels marchés sont ceux qui sont rendus nécessaires par suite de circonstances imprévues. On doit donc comprendre que la circonstance imprévue est le succès de Vélib' ! C'est un peu léger pour fonder la passation d'un marché complémentaire.

Le moyen tiré de ce que le marché pouvait être passé sur le fondement du 8° du II est un peu plus sérieux. Il semble que la Ville, qui n'est guère discrète, entendait se prévaloir de raisons tenant à la protection de droits d'exclusivité détenus par la SOMUPI. La Sté Clear Channel fait toutefois valoir que le projet de CCAP du marché initial mis en consultation comporte un article X interdisant au titulaire du marché de revendiquer des droits de propriété industrielle ou intellectuelle sur les éléments de toute nature qui seront proposés ou fournis dans le cadre de l'exécution du marché, la Ville en ayant la libre exploitation. La Ville ne conteste pas sérieusement que ce le projet de CCAP soit devenu le CCAP du marché passé avec la SOMUPI, ni par conséquent n'établit que la SOMUPI disposerait de droits exclusifs justifiant le recours aux dispositions de l'article 35. Vous écarterez donc également ces moyens.

Sans méconnaître les contraintes inhérentes à l'analyse des besoins et à la définition des prestations dans la construction d'un tel projet, il est incontestable que la barrière du périphérique n'a pas été créée par le succès de Vélib'. Ne pas la voir ou ne pas vouloir l'intégrer a sans doute été un choix, effectué au sein d'un marché dont le double objet était au départ parfaitement adapté à son champ d'application territorial. Vouloir surmonter cette barrière implique de revoir les conditions du service dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence.

EPCMNC au rejet du pourvoi et à ce que soit mise à la charge de la Ville la somme de 3 000 € au titre de L. 761-1 du CJA.

Référence 2 : CE, 11 juillet 2008, *Ville de PARIS*, req. n°322354.

Considérant que la VILLE DE PARIS a passé, le 27 février 2007, un marché avec la société Somupi pour la mise en place d'un

système de vélos en libre-service dénommé « Vélib' » ; que le marché prévoyait la mise à disposition de 20 600 vélos disponibles dans 1 451 stations ; qu'il prévoyait également la possibilité de compléter significativement le nombre de stations de vélos et de vélos, par bons de commandes, « en fonction des volumes mis en place dans la première étape, du succès du dispositif, de l'évolution de la demande des usagers ou encore de la nécessaire densification de certains quartiers » ; que par une délibération du 19 décembre 2007, le conseil de Paris a autorisé le maire à conclure un avenant à ce marché et à signer des conventions avec les communes limitrophes en vue de l'installation, sur le territoire de ces communes, de nouvelles stations « Vélib' », afin d'élargir le service rendu aux usagers en accroissant le nombre de vélos disponibles ainsi que l'aire de fonctionnement du système ; qu'ayant eu connaissance de ce projet, la société Clear Channel France, dont la candidature à l'attribution du marché de mise en place du système n'avait pas été retenue, a, dès le 13 décembre 2007, sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, saisi le juge des référés du tribunal administratif de Paris de conclusions tendant à l'annulation de la procédure d'attribution portant sur la conclusion par la ville d'un avenant au marché signé le 27 février 2007 avec la société Somupi ; que par ordonnance du 2 janvier 2008, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a annulé la délibération du 19 décembre 2007 du conseil de Paris ; que la VILLE DE PARIS se pourvoit en cassation contre cette ordonnance ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 551-1 du code de justice administrative : « Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics (...) / Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par ce manquement (...) / Le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut ordonner à l'auteur du manquement de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut également annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescriptions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent lesdites obligations (...) » ;

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi ;

Considérant qu'aux termes de l'article 20 du code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 1er août 2006 : « Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet. » ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Paris que l'objet de l'avenant que le conseil de Paris a, par sa délibération du 19 décembre 2007, autorisé le maire à signer avec la société Somupi, est l'extension du service parisien de vélos en libre-service mis en place par le marché conclu le 27 février 2007 avec la même société ; que cette extension, conçue comme un complément du réseau parisien, porte sur l'implantation de stations supplémentaires uniquement sur la partie du territoire d'une trentaine de communes limitrophes ou très voisines de Paris comprise à l'intérieur d'une couronne de 1 500 mètres de largeur ; qu'en raison de l'identité de nature entre la prestation prévue par le marché initial et la prestation supplémentaire ainsi proposée aux usagers du système parisien « Vélib' », de la portée limitée de ce complément, et dès lors qu'il ne s'agit que d'une extension réduite du service public parisien de vélos en libre service sur une largeur de 1 500 mètres autour de la ville, afin d'améliorer un

service rendu essentiellement aux usagers qui habitent à Paris ou qui s'y rendent et non de mettre en place un service distinct destiné aux déplacements dans les communes limitrophes, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a inexactement qualifié l'avenant en jugeant qu'il avait pour effet de modifier l'objet du marché et qu'il constituait ainsi un nouveau marché ; qu'il résulte de ce qui précède que la VILLE DE PARIS est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance du 2 janvier 2008 ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, en application de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que l'avenant au marché du 27 février 2007 dont le conseil de Paris a, par délibération du 19 décembre 2007, autorisé la signature par le maire, a prévu le déploiement d'un nombre maximum de trois cents stations supplémentaires dans une bande de 1 500 mètres de large autour de Paris et la mise à disposition des 4 500 vélos correspondant à ces stations nouvelles en complément des 20 600 prévus dans le cadre de la première étape, conformément aux stipulations de ce marché prévoyant une extension possible du nombre de vélos mis à disposition, financée par la ville sur son budget ; que cette extension était susceptible d'entraîner un surcoût par rapport au prix initial du marché de 8 % au maximum ; qu'ainsi cet avenant n'a pas pour effet de bouleverser l'économie du marché initial ; qu'ainsi qu'il vient d'être dit, il n'a pas non plus pour effet d'en changer l'objet ; qu'il remplit dès lors les conditions fixées par l'article 20 précité du code des marchés publics et ne saurait, par suite, constituer un marché nouveau, distinct du contrat initial ;

Considérant qu'il n'entre pas dans la compétence du juge du référé précontractuel, telle qu'elle est définie par l'article L. 551-1 précité du code de justice administrative, de statuer sur un avenant, dès lors que la conclusion d'un tel accord n'est pas soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des marchés publics ; qu'ainsi la demande présentée par la société Clear Channel France devant le tribunal administratif de Paris à fin d'annulation de la procédure d'attribution de l'avenant contesté est irrecevable et doit, par suite, être rejetée ; qu'il en va de même de ses conclusions à fin d'injonction ;

Sur les conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire application de ces dispositions et de mettre à la charge de la société Clear Channel France le versement à la VILLE DE PARIS d'une somme de 5 000 euros au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ; que ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à la charge de la VILLE DE PARIS, qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ;

Référence 3 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 19 décembre 2014, Commune de Propriano, req. n°368294

Autant le pouvoir de la personne publique de prononcer la résiliation de la convention par laquelle elle avait confié à une autre personne l'exécution d'un service dont elle est responsable a donné lieu à une jurisprudence abondante et à de nombreuses réflexions doctrinales, autant les conséquences de cette décision sur les contrats passés par sa cocontractante autres que les contrats de travail n'ont presque pas suscité de contentieux, administratif ou judiciaire, ni, ce qui va souvent ensemble, d'intérêt particulier de la part de la doctrine. La rareté des contentieux sur ce sujet

important pour l'ensemble des parties concernées explique que vous soit aujourd'hui soumis un litige qui vous conduira à fixer les principes régissant cette situation. Elle signifie aussi que jusqu'à présent les intéressés ont le plus souvent trouvé seuls des solutions satisfaisantes pour tous, ce qui nous paraît, en soi, de nature à les considérer avec la plus grande attention.

Le plus souvent mais pas toujours, et notamment pas en ce qui concerne les conséquences de la résiliation de la concession du port de Propriano, qui a donné lieu à ce jour à onze arrêts de la CAA de Marseille, soit l'essentiel du contentieux administratif sur ce sujet. L'un d'eux est l'objet du présent pourvoi.

Par un arrêté préfectoral du 13 mars 1975, l'Etat a concédé à la commune de Propriano l'établissement et l'exploitation du port de pêche et de plaisance situé dans le golfe du Valinco, en Corse-du-Sud. Le département de Corse du Sud, auquel a été transférée, en vertu de la loi de décentralisation du 22 juillet 1983 et compte tenu de l'unicité de l'ensemble portuaire, la compétence pour la gestion et l'exploitation du port, s'est substitué à l'Etat en qualité de concédant. La commune de Propriano a, par une convention de délégation de service public en date du 5 mars 2003, confié à son tour à la société SAS Yacht-Club international du Valinco "la poursuite des travaux, l'aménagement, la restructuration des équipements existants, l'entretien et la gestion de l'ensemble des installations du port de Propriano", pour une durée devant courir jusqu'au 31 décembre 2025. Cette subdélégation était prévue par la convention initiale.

Dans ce cadre, la société délégataire a notamment conclu le 14 octobre 2003 avec M. L..., propriétaire d'un navire de plaisance de 13 m, un contrat par lequel elle lui accordait, aux termes de son article 1er, une « garantie d'usage de poste d'amarrage localisée » pour une durée courant jusqu'à la date d'expiration de la délégation et moyennant une redevance forfaitaire de 47 971 euros. Il est constant que M. L... a versé à la société délégataire la quasi-totalité de cette somme (45 572, 45 euros), laquelle devait contribuer au financement des travaux de réalisation du port de plaisance.

Les nombreuses défaillances dont la société délégataire a fait preuve dans l'exécution de ses missions ont cependant conduit la commune de Propriano à prononcer, comme le lui permet l'article 54 de la convention, la déchéance de la délégation de service public à compter du 8 octobre 2007. Le poste d'amarrage dont devait bénéficier M. L... n'ayant jamais été mis à sa disposition, il a adressé à la commune, en novembre 2009, une demande indemnitaire d'un montant de 70 000 euros tendant au remboursement des sommes qu'il avait versées et à la réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat. Cette réclamation n'ayant pas reçu de réponse, M. L... en a saisi le TA de Bastia qui a rejeté sa demande. Faisant application de l'article 54 de la convention de délégation de service public qui stipule que « (...) Lorsque la déchéance est prononcée, le concessionnaire est tenu de se substituer au délégataire pour l'exécution des engagements normalement pris par celui-ci vis-à-vis des tiers pour l'achèvement des travaux et l'exploitation », il a considéré que le contrat d'amodiation conclu avec M. L... ne respectant pas la grille tarifaire figurant dans la convention de délégation, cet engagement ne pouvait être regardé comme ayant été normalement pris et n'était par suite pas opposable à la commune. Nous reviendrons sur ce motif tiré de ce que le contrat fixait une redevance pour un bateau de 13 mètres alors que cette grille ne prévoyait de tarifs que pour les bateaux de 12 ou 14 mètres. Saisie par M. L..., la CAA de Marseille a, par un arrêt du 5 mars 2013, contre lequel la commune de Propriano se pourvoit en cassation, annulé le jugement et condamné la commune à lui verser une somme de 55 000 euros correspondant au remboursement de la somme qu'il avait versée et à l'indemnisation de son préjudice. Elle a estimé, contrairement au tribunal, que les stipulations de la délégation de service public que nous avons citées, en tant qu'elles limitaient aux engagements normalement

pris la substitution de la commune dans les obligations de son délégataire, n'étaient pas opposables au demandeur, qui n'était pas partie à cette convention mais que, "dès lors qu'elle avait prononcé la déchéance de la délégation de service public, la commune de Propriano venait aux droits de la SAS Yacht club international du Valinco dans ses rapports avec les usagers du port". Elle a enfin considéré que l'irrégularité du tarif fixé n'était pas d'une gravité telle qu'elle justifie d'écarter le contrat, en application des principes posés par votre décision d'Assemblée *Cne de Béziers*, du 28 décembre 2009.

Des nombreux moyens que soulève la commune requérante à l'appui de son pourvoi, l'un au moins, tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit en jugeant que la commune était substituée à son délégataire dans les engagements qu'il avait pris du seul fait de la résiliation de la convention de délégation, sans rechercher si ces engagements étaient normalement pris, nous semble fondé.

Il l'est d'abord parce que, contrairement à ce qu'a jugé la Cour, la stipulation de la délégation de service public par laquelle la commune s'engageait à n'exécuter que les engagements normalement pris par son délégataire était opposable à M. L... dont le contrat précisait qu'il était "de plein droit complété par les dispositions contenues dans les documents suivants dont le bénéficiaire reconnaît avoir eu connaissance ou reçu communication intégrale et les avenants éventuels à venir : contrat de délégation de service public, visible à la mairie ou à la capitainerie".

Mais il l'est ensuite parce qu'indépendamment des stipulations contractuelles, cette condition est inhérente au principe dont la cour a fait implicitement application selon lequel lorsque le délégant reprend l'exécution d'un service qu'il a délégué, il est substitué dans les engagements pris par son délégataire dans le cadre de l'exécution de ce service. C'est ce principe et ses limites, qui résultent d'une jurisprudence ancienne et rare mais suivie d'une pratique constante, que nous vous inviterons aujourd'hui à réaffirmer.

A l'exception des contrats de travail, qui ne sont concernés ni par le présent litige ni par les principes que nous évoquerons pour sa résolution, aucune disposition législative ne règle le sort des contrats conclus par le délégataire lorsque l'exploitation du service est reprise par le délégant à la suite d'une résiliation anticipée de la convention de délégation. Nous utiliserons dans les développements qui vont suivre le terme de délégation dans son acception la plus générale de dévolution à un tiers de l'exercice d'une activité, en l'occurrence de service, sans renvoyer précisément aux formes contractuelles qu'elle peut prendre selon les modalités de rémunération du titulaire et qui recouvre par conséquent aussi bien la délégation de service public que le marché de service. En particulier, les dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993, relatives aux délégations de service public, qui sont la forme la plus fréquente de cette dévolution, sont muettes sur ce point. Il est cependant intéressant de relever que le législateur est intervenu en 2009 pour permettre au délégant d'autoriser le délégataire « à conclure des baux ou droits d'une durée excédant celle de la convention de délégation de service public » et qu'il a précisé que ces baux et droits réels « sont, à l'issue de la durée de la convention de délégation de service public, transférés à la personne morale de droit public » (art 21 II de la loi 2009-179 du 17 février 2009, codifié à l'article L. 1411-2 du CGCT).

En dehors de ce cas à la fois récent et particulier, le principe d'un transfert sans solution de leur continuité à la personne publique des engagements pris par son délégataire au terme, lorsqu'il survient prématurément, de la délégation et ses limites résulte d'une pratique inspirée de deux de vos décisions des 16 juin 1922, *Cie générale des eaux c/ ministre de la Marine et ville de Toulon* (p. 521) et 24 mars 1926, *Cie générale des eaux c/ ville de Lyon* (p. 327). La première de ces décisions est relative à

l'interprétation d'une stipulation du contrat de concession du service d'alimentation en eau que la ville de Toulon avait conclu avec la Compagnie générale des eaux aux termes de laquelle, en cas de rachat de la concession, « la ville se mettra aux lieux et place de la compagnie ». Vous avez jugé « que cette disposition doit être entendue en ce sens que la ville succède à toutes les obligations que la compagnie a contractées en cours d'exploitation à l'égard des consommateurs et qu'elle ne saurait s'y soustraire qu'en établissant que la compagnie a pris des engagements qu'une interprétation raisonnable de son traité de concession ne lui permettait pas de prendre ». Cette dernière formule est reprise dans la seconde décision dont la portée est plus générale puisqu'il ne s'agissait plus d'interpréter des stipulations conventionnelles mais de déterminer dans quelles conditions des contrats conclus par le concessionnaire liaient la commune qui avait racheté la concession. Vous avez jugé que « si la Compagnie générale des eaux pouvait, sans outrepasser les droits qu'elle tenait du contrat de concession, consentir à la Société de la rue Impériale des conditions plus favorables que celles résultant des prix maxima stipulés à l'article 33 dudit contrat pour la fourniture de l'eau aux particuliers et à l'industrie, elle a, en étendant jusqu'au 3 juillet 1904, c'est-à-dire pendant une durée de plus de 48 années, l'application de ces conditions, contracté un engagement que l'interprétation raisonnable du contrat ne lui permettait pas de prendre, alors surtout que la validité n'en était pas limitée à la période au cours de laquelle la Compagnie était garantie contre le rachat de la concession par la ville ».

Le principe d'un transfert à la personne publique qui reprend le service qu'elle a délégué des engagements pris le délégataire pour son exploitation résulte clairement de la seconde de ces décisions. La limite à ce transfert tenant à ce que l'engagement soit de ceux que l'interprétation raisonnable du contrat de délégation permettait au délégataire de prendre découle en revanche des deux. L'affirmation de ce principe et de sa limite n'a plus été réitérée depuis lors. On en trouve la présence en filigrane dans une décision du 9 juillet 1975, *Sieur Félix-F...* (p. 411), sur laquelle nous reviendrons plus longuement.

Elle a en revanche très largement inspiré, à partir des années 30 jusqu'à aujourd'hui, la rédaction des cahiers des charges types des nombreuses concessions de service ou d'outillage public et on la retrouve à l'article 54 de la convention de délégation de service public entre la commune de Propriano et la société Yacht-Club international du Valinco, comme dans de nombreuses autres concessions portuaires.

Ce sont également ces deux décisions qui conduisent une doctrine peu disert sur ce sujet à affirmer, à la suite des professeurs de Laubadère, Moderne et Delvolvé, que « La collectivité concédante ou affermante se trouve normalement subrogée aux droits et obligations du concessionnaire, qu'il s'agisse d'un rachat ou d'un autre mode d'extinction du contrat », sauf s'ils résultent d'engagements que le concessionnaire n'était pas en droit de prendre, auquel cas ils ne lieront l'autorité délégante que si elle les a approuvés.

Précisons enfin que la question est encore moins débattue dans les prétoires judiciaires et dans la doctrine qui en rend compte. Avant de vous pencher sur les modalités de la substitution du délégant au délégataire dans les engagements pris par ce dernier, vous pourriez vous demander s'il est bien nécessaire d'en affirmer le principe. L'évidence d'une réponse positive semblait s'imposer à vos prédécesseurs qui en ont fait usage sans éprouver le besoin de l'énoncer. De même, la doctrine l'a repris sans le contester. Tout au plus trouve-t-on quelques hésitations sur l'éventualité d'une approbation implicite des engagements anormalement pris. Cette solution fait donc consensus, y compris parmi les principaux intéressés qui l'ont très largement introduite dans leurs conventions.

Elle ne va pourtant pas absolument de soi dans la mesure où elle

déroge au principe traditionnel de l'effet relatif des contrats et où on pourrait considérer que le délégataire agissant pour son propre compte, à ses risques et périls, quel que soit son mode de rémunération, il doit assumer seul les engagements qu'il a pris dans le cadre de l'exercice de l'activité qui lui a été confiée. La conséquence normale de la résiliation d'un contrat qui confère des droits à une personne qui les exerce en prenant à son tour des engagements est en effet que, privée de ces droits, elle ne peut plus assumer ces engagements qui deviennent donc aussitôt caducs. Comme l'écrivait selon une formule imagée Raymond Théodore Troplong en 1840, le sous-contrat « est un fruit qui doit tomber avec l'arbre qui le porte » et la jurisprudence, notamment judiciaire, en fournit de nombreuses illustrations. En ce qui vous concerne, vous jugez que la résiliation d'une convention d'occupation domaniale entraîne l'extinction des sous-locations et oblige les sous-locataires à quitter les lieux (30 mars 1984, *SCI Marjenco*, p. 142; 2 avril 2003, S..., n° 237968, T. p. 774 ; 21 septembre 1990, R... *et autres*, n° 71991, inédite, rappelant que les sous-locataires ne peuvent agir contre la personne publique). L'effet relatif du contrat fait ainsi obstacle à ce que son exécution soit mise à la charge d'une personne qui n'y est pas partie, sauf si elle y consent expressément.

Nous pensons toutefois que les exigences propres au service public pour l'exécution duquel ont été conclus ces contrats et sous-contrats doit conduire à déroger dans une certaine mesure à ces conséquences générales de la résiliation du contrat initial sur les sous-contrats qui en dépendent.

En effet, sauf dans le cas très particulier où la résiliation fait suite à la décision du délégataire de supprimer le service, la fin du contrat ne signifie pas la fin du service. L'exécution de ce dernier se poursuit par la personne morale de droit public qui en est responsable, qui peut l'assumer elle-même en régie ou le déléguer de nouveau. Il convient alors, comme le souligne le professeur Richer, « de concilier la pérennité du service avec la durée limitée du contrat, la continuité avec la discontinuité ».

La pérennité du service ne tient pas seulement à la poursuite de l'activité, mais aussi à l'ensemble des engagements pris pour son exercice. La délégation se caractérise par une communauté d'intérêts qui, toujours selon le professeur Richer, « donne presque naissance à une universalité de droits et de biens. Le service délégué a sa vie propre dotée d'une certaine indépendance aussi bien par rapport au délégant que par rapport au délégataire », ce qui se traduit notamment par l'existence de comptes du service délégué ou par la notion d'équilibre financier du contrat. Cette « autonomie » du service conduit donc à transférer, avec sa gestion, les engagements pris pour son exploitation. En d'autres termes, les engagements pris pour l'exécution du service s'attachent autant si ce n'est plus à ce dernier qu'à la personne qui les a pris.

La continuité du service au-delà du terme de la convention qui en déléguait la gestion, qui est à la fois une réalité et, par certains aspects, une obligation pour la personne publique, rend donc nécessaire la mise en place d'un dispositif juridique garantissant la poursuite des engagements en cours pris pour l'exécution du service. Ce dispositif ne peut consister qu'en une cession au délégant des contrats en cours conclus par le délégataire, cession qui peut être soit volontaire, soit spontanée. Elle est volontaire lorsqu'elle suppose un acte de reprise par le délégant des engagements en cours pris par le délégataire. Elle est spontanée lorsqu'elle a lieu automatiquement. Dans le premier cas, afin d'assurer la continuité du service et le respect des principes qui s'y attachent, cette reprise devrait être en principe obligatoire. Les limites qui pourraient éventuellement être posées à cette cession joueraient dans le premier cas pour justifier que le délégant refuse de reprendre les contrats, dans le second en lui permettant de s'opposer à la substitution.

Plusieurs raisons nous conduisent à vous proposer de maintenir le principe d'une cession spontanée que vous avez retenu dans les

années 1920, qui nous paraît à la fois mieux garantir la continuité du service sans faire peser sur le délégant un risque accru de se voir tenu à des engagements auxquels il aurait pu légitimement se soustraire.

Cette solution apparaît préférable à tous égards. A l'égard des usagers du service public, tout d'abord, qui peuvent se prévaloir d'un droit de valeur constitutionnelle à la continuité du service public. Pour ceux qui bénéficient du service au moyen d'un contrat conclu avec le délégataire, la résiliation de la délégation signifierait, en l'absence de substitution à leur cocontractant du nouveau titulaire du service, la caducité de leur contrat dont les prestations ne relèvent plus de la compétence du délégataire et la rupture de la fourniture du service. Certes, la continuité du service public pourrait être assurée par la conclusion immédiate d'un nouveau contrat entre l'utilisateur et la personne publique. Mais un tel système comporte un plus grand risque de solution de continuité et introduit un facteur supplémentaire de complexité.

A l'égard des autres cocontractants du délégataire, ensuite, qui doivent pouvoir compter sur une exécution normale de leurs contrats et ne pas craindre les conséquences de la décision du délégant de résilier la convention. Tel est l'objectif du principe de stabilité des relations contractuelles.

La position du délégataire serait quant à elle très affaiblie si les engagements qu'il pouvait prendre étaient toujours menacés d'un anéantissement en cas de résiliation de la convention. Ils s'en trouveraient certainement renchérissés, voire compromis lorsqu'ils portent sur une longue durée, ce qui est souvent le cas lorsqu'ils contribuent au financement d'investissements nécessaires à l'exploitation du service. La présente espèce en fournit un exemple : l'attribution d'un droit d'occupation de longue durée sur le domaine public permet au délégataire de financer les travaux qu'il réalise, dispositif expressément prévu par l'article R. 641-3 du code des ports maritimes. Les redevances qu'il peut ainsi percevoir sont d'autant plus élevées que le droit conféré porte sur une longue durée et présente une stabilité que le principe de substitution contribue à garantir.

Enfin, ce ne serait pas rendre service au délégant que de l'obliger à reprendre expressément à son compte tous les engagements normalement pris par son délégataire en cours à la date de la résiliation. Car il devrait le faire en évitant toute solution de continuité, ce qui n'est pas toujours facile, au risque de devoir indemniser des cocontractants dont les engagements auront été indûment rompus. Les engagements pris ayant été dans la plupart des cas normalement pris, le principe d'une substitution conditionnelle présente beaucoup plus d'avantages qu'une caducité automatique de tous les contrats en cours suivie de leur reprise. En rendant le plus simple et le plus fluide possible le transfert du service, la substitution spontanée contribue ainsi à garantir à la personne publique l'exercice de ses pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale du contrat, sans avoir à craindre les complications et les risques qu'elle entraînerait.

Ce mécanisme de substitution est d'ailleurs la solution retenue par le législateur lorsqu'il entend garantir la continuité des contrats en cours conclus pour l'exercice d'une compétence qui change de titulaire. Tel est le cas des dispositions précitées de l'article 21 II de la loi du 17 février 2009 relatives aux contrats conclus pour une durée excédant celle de la délégation ainsi que de celles qui régissent les transferts de compétences entre les communes et les établissements de coopération intercommunale : le dernier alinéa de l'article L. 5211-17 du CGCT dispose ainsi que « *Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. La substitution de personne morale aux contrats conclus par les communes n'entraîne aucun droit à résiliation ou à indemnisation pour le cocontractant. (...)* » Il ne s'agit évidemment de transposer telle quelle cette formule à la reprise par une personne publique d'une activité déléguée, qui participe d'une logique différente, mais de rapprocher les moyens employés pour atteindre des objectifs en

partie similaires.

C'est également ce mécanisme, même s'il vise d'abord à protéger les salariés, que le législateur a très tôt mis en place pour assurer la continuité des contrats de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur en prévoyant que "tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise" (art L. 1224-1 du code du travail). Il s'applique, comme vous l'avez jugé par votre décision de Section A... du 22 octobre 2004 (n° 245154), en cas de reprise de l'activité d'une entité économique par une personne publique gérant un service public administratif et implique que cette dernière soit maintenue les contrats de droit privé en cours, soit leur propose un nouveau contrat de droit public aux mêmes conditions.

Enfin, de nombreux régimes de droit privé garantissent aux preneurs de certains baux immobiliers le maintien de leur contrat malgré le changement de propriétaire, qui se trouve substitué au vendeur du bien qu'il a acquis.

Si vous partagez notre conviction que la reprise par la personne publique qui en est responsable d'une activité qu'elle avait confiée à un tiers emporte en principe, dans le silence de la convention qui les liait, substitution de la personne publique à son délégataire dans les engagements pris par celui-ci, vous devez préciser si cette substitution doit être subordonnée à la condition, posée par vos décisions précitées, tenant à ce que ces engagements aient été de ceux qu'une interprétation raisonnable de la convention de délégation permettait au délégataire de prendre.

Deux questions se posent ici : cette condition est-elle nécessaire ? Est-elle suffisante ?

Elle nous paraît nécessaire car si le mécanisme de l'externalisation implique que le délégant assume le risque d'une gestion qu'il a choisi de déléguer, ce risque ne saurait excéder le périmètre de la délégation. Nous avons dit que le principe de la substitution reposait sur la continuité d'un service dont la gestion revient entre les mains de la personne publique qui n'a jamais cessé d'en être responsable vis-à-vis des tiers. C'est pourquoi la responsabilité quasi-délictuelle du délégataire peut peser à titre subsidiaire, en cas d'insolvabilité du délégataire, sur le délégant (19 nov 1975, *Min de l'équipement c/ E...*, T, p. 1129 ; 11 déc 2000, *Mme G...*, n° 202971, au rec). A cet égard, même si une délégation n'est pas un mandat, dans la mesure où le délégataire exploite le service à ses risques et périls et n'engage, durant la période de la délégation, que lui, ces deux conventions ont pour point commun qu'elles confient à un tiers la réalisation de missions qui relèvent de la compétence de la personne qui s'en décharge temporairement. Or, selon une jurisprudence judiciaire constante, le mandant n'est pas tenu d'exécuter les actes faits par son mandataire au-delà du pouvoir qui lui a été donné (Civ 1^{ère}, 26 janv 1999, Bull. civ. I, n° 30 ; Com, 26 mars 2008, Bull. civ. IV, n° 69), sauf s'il les a ratifiés (Civ 1^{ère}, 4 déc 1979, Bull. civ. I, n° 304). Le délégant ne saurait être davantage tenu du fait des actes de son délégataire que le mandant du fait de ceux de son mandataire.

Cette limite à la substitution nous semble devoir s'appliquer à tous les engagements pris par le délégataire pour l'exploitation du service, qu'ils l'aient été envers les usagers du service public comme envers les autres tiers, tels que les prestataires du délégataire. A vrai dire, la question ne se pose que pour les premiers, dont on pourrait se demander si leur droit à la continuité du service public ne devrait pas conduire à obliger la personne publique délégante à poursuivre tous les contrats par lesquels ce service leur est rendu, quelles que soient les conditions qu'ils prévoient.

Toutefois, la continuité du service public ne nous paraît pas rendre indispensable une substitution inconditionnée. Ce principe oblige

la personne publique à fournir le service, non à le faire aux conditions fixées par le délégataire, particulièrement lorsqu'il a excédé les pouvoirs qu'il tenait de la délégation. Lorsque la personne publique ne sera pas substituée dans un engagement pris à l'égard d'un usager ayant droit à la continuité du service, il appartiendra à la personne publique de lui proposer un nouveau contrat, prenant effet à la date de caducité du précédent, afin d'éviter toute solution de continuité dans la fourniture du service. Dès lors que la substitution n'est pas le seul moyen d'assurer la continuité du service public, il n'y a aucune raison de ne pas appliquer aux usagers aussi une limite tout à fait utile s'agissant de ces contrats. Les décisions de 1922 et 1926 concernaient des relations avec les usagers, avec lesquels les risques d'engagements anormaux ne sont pas moindres qu'avec d'autres tiers. Les questions que pose sur ce point la présente affaire en offrent une illustration supplémentaire.

Si cette condition est nécessaire, est-elle pour autant suffisante ? Autrement dit, est-ce la seule qu'il convient de poser ou faut-il également réserver d'autres motifs de nature à faire échec à la substitution, tenant notamment à la licéité de l'engagement pris par le délégataire ?

Répondre à cette question conduit d'abord à préciser le contenu de la réserve tenant à ce que les engagements aient été de ceux qu'une interprétation raisonnable de la convention de délégation permettait au délégataire de prendre. Vos précédents n'en donnent aucune définition générale. La décision du 24 mars 1926 en fait application dans deux hypothèses opposées : en faisant bénéficier certains usagers de tarifs inférieurs aux prix maxima stipulés dans le contrat de concession, le concessionnaire n'outrepasse pas ses pouvoirs ; en revanche, il les excède lorsqu'il conclut des engagements pour une durée excessivement longue et supérieure à la période au cours de laquelle le concessionnaire était garanti contre le rachat de la concession par le concédant.

La formule retenue par vos précédents de 1922 et 1926 nous paraît correspondre parfaitement à la finalité de la substitution et à ses fondements. Il s'agit de déterminer les droits et obligations nés de l'exécution du service qui vont être transférés au délégant en même temps que le service, ceux dans lesquels il doit se substituer au délégataire parce qu'ils ont été pris pour l'exécution d'une délégation qu'il a décidée puis résiliée. Cette condition vise donc à exclure du mécanisme de substitution les actes du délégataire qui excèdent les pouvoirs que le délégant avait entendu lui conférer en lui confiant l'exploitation du service. Or le périmètre de la délégation ressort des stipulations conventionnelles et de la marge de manœuvre que leur interprétation raisonnable laisse au délégataire. La réserve des engagements normalement pris, qui figure dans de nombreuses conventions, dont celle en litige, nous paraît devoir être interprétée uniquement par référence au contenu de la convention et non par rapport à ce qui relèverait d'une gestion normale, notion plus objective qui risque d'entraîner une confusion entre ce que le délégataire pouvait faire dans le cadre de la délégation et ce qu'il pouvait y faire légalement.

Il nous semble par conséquent que l'irrégularité de l'engagement, y compris si elle tient à des motifs qui font obstacle à l'exécution du contrat, ne doit pas empêcher la substitution. Vous avez indiqué, par votre décision précitée *Cne de Béziers* du 28 décembre 2009, que le juge du contrat, saisi par l'une des parties d'un litige relatif à l'exécution du contrat qui les lie, ne peut et ne doit écarter le contrat que si son contenu est illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office. Un engagement affecté d'une telle cause de nullité ne peut être appliqué ni par le juge ni par les parties et la personne publique devra le résilier (voyez par exemple pour l'impossibilité de demander la reprise des relations contractuelles entachées d'une telle illicéité : 1er octobre 2013, *Sté Espace habitat construction*, n° 349099, aux T). Dans ces conditions, puisqu'en tout état de

cause le contrat ne pourra être utilement invoqué à l'encontre du délégant, non plus d'ailleurs qu'à l'encontre du délégataire, vous pourriez vous demander s'il ne serait pas plus expédient de permettre au délégant d'opposer la nullité du contrat pour faire échec à la substitution, voire juridiquement plus conforme à l'idée selon laquelle un contrat nul ne peut faire naître ni droits ni obligations entre les parties (Section, 2 décembre 1938, *Sieur Laily* et Section, 27 novembre 1942, *Société Bongrand et Dupin*, p. 334), puisqu'il doit être regardé comme n'ayant jamais été conclu (Section, 20 octobre 2000, *Société Citécâble Est*, p. 457). Cette question est quelque peu théorique : le motif susceptible de faire échec à la substitution ou celui susceptible de faire échec à l'application du contrat seront tous deux invoqués par la personne publique délégante pour s'opposer à la demande d'exécution de l'engagement pris par son délégataire et, dans les deux cas, si ce motif est fondé, il lui permettra de se soustraire à cette obligation. Il nous semble cependant qu'il est préférable, au moins pour les besoins du raisonnement, de distinguer les questions relatives à l'identification des parties au contrat, qui se posent très en amont, dès la recevabilité du recours, de celles relatives aux conséquences à tirer des éventuelles irrégularités du contrat, que les parties pourront invoquer ou se voir opposées d'office. D'autant que la frontière entre les causes de nullité du contrat et les irrégularités qui n'entraînent que sa résiliation, que le cocontractant peut décider ou demander au juge, n'est pas toujours évidente.

Nous pensons donc qu'il ne faut tenir compte, pour déterminer si la résiliation de délégation a eu pour effet de substituer le délégant au délégataire dans les engagements pris par ce dernier et en l'absence de stipulations particulières, que des pouvoirs qu'il tenait de la délégation. Si ces engagements demeurent dans le cadre de la délégation, ce qui n'est par exemple pas le cas d'un engagement pris pour une durée supérieure à celle de la délégation, s'ils répondent à l'objet de la délégation, s'ils respectent les modalités d'exécution que cette convention imposait au délégataire, toutes conditions devant être appréciées au regard d'une interprétation raisonnable de ses stipulations, alors ils engageront la personne publique délégante. Il en ira de même si, bien qu'ils ne satisfassent pas cette condition, il apparaîtrait que la personne publique les a approuvés.

S'ils sont par ailleurs irréguliers, il reviendra à cette dernière d'en tirer les conséquences dans la gestion d'un contrat auquel elle sera désormais partie et par conséquent titulaire de l'ensemble des prérogatives attachées à cette qualité.

Si, sans être irréguliers ni sortir du cadre de la délégation, ils lui sont simplement défavorables – nous pensons par exemple à un marché conclu pour un prix qui lui paraîtra plus élevé que ce qu'elle aurait pu obtenir, sans être suffisamment excessif pour qu'il soit regardé comme excédant par ses modalités d'exécution les pouvoirs délégués ou à un tarif consenti à un niveau trop bas, sans méconnaître la grille tarifaire de la convention de délégation – elle devra les exécuter, sauf à trouver un motif d'intérêt général suffisant pour les résilier. Ces manifestations d'une gestion qui ne serait pas optimale font partie des risques que comporte le choix de recourir à un mode de gestion délégué, que doit assumer le délégant. Rappelons à cet égard que vous n'effectuez qu'un contrôle restreint de l'erreur manifeste d'appréciation du montant d'une redevance d'occupation du domaine public (11 octobre 2004, *P...*, n° 254236). Introduire un tel élément d'appréciation qualitative de la gestion du service pour déterminer les engagements qui doivent se poursuivre créerait à notre avis une forte insécurité juridique pour les cocontractants du délégataire, de nature à rendre plus difficiles ses relations contractuelles et plus onéreuses les prestations qu'il commande. Vos précédents ne le font pas; nous ne pensons pas que ce soit le sens qu'il convienne de donner à la notion d'engagements normalement pris employés à la suite de vos précédents par de nombreux cahiers des charges types de concessions.

Sous cette condition ainsi définie, le principe de substitution du délégant au délégataire nous paraît donc le meilleur moyen d'assurer la continuité du fonctionnement du service qui résulte de la volonté de la personne publique qui en est responsable de poursuivre une activité qu'elle avait temporairement externalisée tout en le protégeant contre les engagements pris par son délégataire excédant les pouvoirs qu'il tenait de la délégation. Il présente l'avantage d'être simple, fondé uniquement sur la volonté des parties cocontractantes conformément à son objet qui est de déterminer la personne tenue par un engagement et de ne pas bouleverser une pratique qui en bientôt cent ans n'aura donné lieu qu'à quelques litiges. Il doit s'appliquer quel que soit le motif de la résiliation, dans l'intérêt général comme pour faute du délégataire. En effet, la faute commise par ce dernier ne justifie pas de remettre en cause les finalités de la substitution. Si par cette faute il a excédé ses pouvoirs, la réserve des engagements normalement pris suffira à faire obstacle à leur transfert à la personne publique.

Il nous reste à présent à préciser la portée de la substitution qui survient, pour les engagements pris conformément aux stipulations de la délégation, au terme de celle-ci.

Portée quant aux droits et obligations concernés, tout d'abord. Il résulte en premier lieu de l'énoncé même du principe et de sa justification qu'il ne concerne que les droits et obligations nés des engagements pris par le délégataire dans le cadre de la délégation et relatifs à l'exploitation du service délégué.

Sont ainsi évidemment exclus de la substitution les engagements pris par le délégataire à d'autres fins que l'exercice de l'activité qu'il poursuit, par exemple concernant d'autres de ses activités que celle qui fait l'objet de la délégation ou portant sur des biens dont il est propriétaire, qui ne sont pas nécessaires à l'exploitation du service et dont les parties n'ont pas décidé qu'ils reviendraient au délégant au terme du contrat (cf. Ass, 21 décembre 2012, *Cne de Douai*, n° 342788, précitée).

Cette précision n'implique pas à nos yeux un contrôle de l'opportunité de l'engagement au regard de l'exécution du service, qui introduirait, au même titre qu'une exigence de bonne gestion pour l'application de la condition tenant à ce que l'engagement soit normalement pris, une trop grande incertitude et une source de contentieux dans l'application d'une règle qui doit être la plus simple possible afin d'assurer la plus grande continuité possible dans l'exécution du service. Le principe de substitution doit s'appliquer aux engagements pris pour l'exercice d'activités qui relèvent du périmètre de la délégation de service, pour reprendre une expression que vous avez récemment utilisée pour déterminer si un bien faisait partie des biens de retour, au sens de la jurisprudence *Cne de Douai* précitée (5 février 2014, *Stés Equalia et Polyxo*, n° 371121, inédite). Le principe de substitution du délégant dans les engagements du délégataire pris pour l'exécution du service nous paraît d'ailleurs s'accorder parfaitement avec la notion de biens de retour qui, si elle repose sur un mécanisme différent fondé sur un régime de propriété publique initiale, poursuit le même objectif d'assurer la continuité du service malgré le changement d'exploitant en transférant de plein droit à la personne publique qui en reprend la gestion les moyens permettant son exécution.

Que ces moyens soient des biens, des contrats de travail ou d'autres obligations juridiques, ils sont transférés à la personne publique parce qu'elle reprend le service et dans la mesure où elle le reprend pour en poursuivre l'exécution.

Cette définition du champ des engagements transférés conduit donc à exclure également les engagements pris par le délégataire pour financer l'exploitation du service, toujours sous réserve d'accord contraire entre les parties. Ces engagements, s'ils permettent au délégataire d'exploiter le service délégué, ne relèvent pas de l'exécution de ce service. Ils ressortissent des moyens que le délégataire mobilise pour rendre le service délégué et non de l'exercice même du service, moyens qu'il assume

toujours seul, qu'il soit substantiellement rémunéré par les résultats de l'exploitation ou par la personne publique.

C'est dans ce sens que votre Section des Travaux publics a interprété par un avis du 27 octobre 1977 (n° 320964, EDCE) les dispositions du cahier des charges d'une concession qui prévoyait qu'en cas de déchéance de la concession, le nouveau concessionnaire sera "substitué aux droits et obligations de la société concessionnaire évincée, qui recevra le prix de l'adjudication". Elle a considéré que "ces dispositions, qui ont pour objet d'assurer, aux conditions du cahier des charges attaché à la précédente concession, l'achèvement de la construction des ouvrages et la continuité du service public, tendent seulement à faire de l'adjudicataire, dans ses rapports avec l'autorité concédante, le successeur du concessionnaire évincé dans les droits et obligations que le cahier des charges reconnaissait ou imposait à ce dernier", à l'exclusion notamment des « obligations qu'il aurait souscrites en contractant des emprunts destinés à financer les ouvrages de la concession ».

Tel nous paraît également être le sens de ce que vous avez jugé par la décision du 9 juillet 1975, *Sieur Félix-F...* (p. 411), que nous avons déjà évoquée : le requérant avait prêté au concessionnaire d'un théâtre municipal une somme d'argent dont il entendait obtenir le remboursement de la commune. Vous avez jugé que la commune s'étant expressément réservée le choix des "obligations et charges provenant du fait du directeur" qu'elle entendait reprendre, elle ne pouvait être "tenue de reprendre à sa charge les engagements contractés par son concessionnaire, quand bien même ces engagements présenteraient le caractère d'actes d'administration normaux". Cette dernière remarque pourrait faire douter de la cohérence de cette décision avec vos précédents de 1922 et 1926. Mais la lecture de l'ensemble de la décision montre qu'il n'en est rien. C'est bien parce que l'engagement était propre au concessionnaire, qu'il s'agissait d'un acte de gestion privée, que sa reprise ne pouvait résulter que d'une volonté particulière de la commune, ce qu'indiquait la stipulation citée et non d'un principe général de substitution. La conclusion du paragraphe est certes un peu générale, mais elle ne nous paraît pas remettre en cause les solutions antérieures. La décision n'est d'ailleurs pas fichée sur ce point. La personne publique délégante ne se trouvera par conséquent substituée de plein droit à son délégataire que dans les contrats passés avec les usagers pour leur fournir le service délégué ainsi que dans les contrats conclus avec d'autres tiers ayant pour objet l'exécution du service, soit qu'ils les fassent participer à l'exécution du service, soit qu'ils portent sur des prestations commandées pour l'exécution du service. Les autres engagements ne seront opposables à la personne publique que si elle a décidé de les reprendre.

En second lieu, le délégant ne peut être substitué qu'aux engagements en cours à la date à laquelle la convention est résiliée.

Vous avez ainsi précisé, dans le cadre de la cession de contrats résultant de transferts de compétences entre une collectivité locale et un établissement public de coopération intercommunale, qu'aucune disposition du code général des collectivités territoriales ne prévoyait « la succession de plein droit de la collectivité reprenant la compétence du syndicat dans les obligations nées de contrats parvenus à leur terme avant la dissolution du syndicat » (4 mai 2011, *Syndicat Oxygène Action*, n° 338411, au rec). Deux de vos décisions récentes rappellent également que le transfert de compétences n'emporte substitution de la personne nouvellement compétente que dans les contrats en cours d'exécution (26 février 2014, *Sté Véolia eau*, n° 365151, inédite, s'agissant d'un contrat en cours; 3 décembre 2014, *Sté Citélum*, n° 383865, s'agissant d'un contrat résilié préalablement au transfert de compétences). Les dettes et créances nées d'engagements achevés à la date de la résiliation sont définitivement entrées dans le patrimoine du délégataire et y demeurent. Elles font partie du compte de la délégation.

Plus délicate est la question de l'étendue des droits et obligations nés des engagements en cours que cette substitution a pour effet de transférer à la personne publique.

Il est tout d'abord certain que cette substitution s'opère, sauf accord entre les parties, sans modification des engagements concernés. Nous avons dit qu'elle s'analysait en une cession du contrat, laquelle n'en remet pas en cause les éléments essentiels, comme l'a rappelé votre Section des Finances dans son avis du 8 juin 2000 (n° 364803, EDCE) : « la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle 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 ». Il ne fait pas non plus de doute que la personne publique se trouve substituée dans toutes les obligations et prérogatives du cocontractant pour l'exécution future de l'engagement.

En revanche, la question d'une transmission des droits et obligations nés de l'exécution du contrat avant sa cession est moins évidente. Lorsque le cessionnaire est le délégataire, votre jurisprudence, bien qu'ancienne et peu fournie, semble aller dans le sens d'une non rétroactivité de la cession, sauf stipulations contraires. Vous avez ainsi jugé que le cessionnaire ne pouvait prétendre à des indemnités qu'à compter du jour où il avait personnellement repris l'exploitation (1^{er} mars 1940, *Sté ouvrière d'entreprises de maçonnerie et parties similaires*, p. 86 ; 15 juillet 1949, *ville d'Elbeuf*, p. 359 ; 4 août 1982, *M. J...*, n° 23655) et les solutions en sens contraire s'expliquent par des clauses expresses de reprise du passif (Section du 24 mai 1974, *Entreprise P. Millet*, p. 311) ou de subrogation dans l'ensemble des droits et obligations (30 mai 1980, *Fréry*, p. 256 et 30 mai 1980, *Sté piscine de la dame Blanche*, p. 257). Le principe selon lequel la cession ne transfère au cessionnaire que les droits et obligations à naître semble par ailleurs fermement établi en droit civil.

Si nous ne voyons aucun obstacle à faire application de ce principe aux droits et obligations définitivement entrés dans le patrimoine du délégataire à la date de la reprise du service par la personne publique délégante, il nous semble devoir être concilié avec la règle selon laquelle les droits et obligations nés de certains engagements ne sont définitivement établis que lorsqu'ils arrivent à leur terme. Tel est le cas des marchés publics, dans lesquels les droits et obligations des parties ne sont définitifs que lors de l'établissement du décompte final qui, comme vous le savez, solde le compte de l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution du marché. Dans ce cas, il nous semble que le principe de continuité de l'engagement qui caractérise la substitution devrait conduire à ce que la personne publique soit investie de l'ensemble des droits et obligations nés du contrat qui ne seront arrêtés que lors du décompte, y compris lorsque leur fait générateur est antérieur à la substitution. Mais tous les contrats ne donnent pas lieu à un décompte. La notion de dettes et créances nées des engagements en cours définitivement entrées dans le patrimoine du délégataire à la date de la substitution pourrait ainsi permettre de déterminer l'étendue exacte des droits et obligations transmis à la personne publique délégante, en tenant compte de la diversité des situations contractuelles.

Nous voudrions pour finir évoquer les cas dans lesquels vous pourriez être conduits à faire application du principe que nous vous proposons de réaffirmer. Ils sont peu nombreux, ce qui pourrait être une explication à la rareté de votre jurisprudence sur ces questions si celle du juge judiciaire n'était pas aussi peu fournie.

En effet, pour que la juridiction administrative puisse avoir à connaître d'un litige relatif à l'exécution par le délégant d'un engagement pris par son délégataire, il faut que cet engagement relevât d'un régime de droit public avant la substitution, puisque

la compétence juridictionnelle en matière contractuelle est fondée sur la nature juridique du contrat, qui dépend, sauf disposition législative contraire, de l'application des critères de qualification à la date de la conclusion du contrat, sans que les changements ultérieurs affectant des éléments sur lesquels portent ces critères aient d'incidence sur cette qualification (TC, 16 oct 2006, *Caisse centrale de réassurances*, n° 3506, p. 639, RFDA 2007, p. 284, concl. Stahl, s'agissant précisément d'un changement de la nature juridique de la personne morale cocontractante, solution reprise par la Cour de cassation : 14 nov 2007, *Sté hydraulique du Gard c/ Sté EDF et autres*).

Or les cas dans lesquels l'engagement pris par le délégataire pour l'exécution d'un service relève d'un régime de droit public sont rares car le plus souvent ce délégataire est une personne morale de droit privé. Les contrats conclus par cette dernière avec des prestataires ou des usagers, personnes physiques ou morales de droit privé, ressortissent en principe du droit privé par application du critère selon lequel un contrat ne peut être administratif que si l'une des parties au moins est une personne publique. Cette règle s'applique quand bien même l'une des personnes privées contractantes exerce une mission de service public administratif (notamment: Section, 15 mai 1991, *Association « Girondins de Bordeaux Football Club »*, p. 179). Mais elle connaît quelques exceptions. Le principe qui fait l'objet de notre propos ne concernant que les services dont l'exécution a été confiée à un tiers, nous n'évoquerons que les cas dans lesquels le contrat passé par une personne privée dans le cadre de l'exécution du service dont elle a été chargée peut être administratif.

La première exception, qui justifie votre compétence dans le présent litige et de laquelle ressortissent toutes les applications récentes du principe qui nous occupe, est celle selon laquelle sont administratifs les contrats portant occupation du domaine public conclus par un délégataire de service public occupant à titre principal le domaine public, c'est à dire les sous-locations ou sous-concessions domaniales. Elle résulte de la loi, décret-loi de 1938 puis, aujourd'hui, l'article L. 2331-1 du code général des propriétés des personnes publiques, et de son interprétation par le Tribunal des conflits (TC, 10 juillet 1956, *Société des steeple-chases de France*, n° 1553, p. 587 ; TC, 14 mai 2012, *Mme G... c/ Société d'exploitation sports et événements (SESE) et Ville de Paris*, n° 3836, p. 512; TC, 9 décembre 2013, *EURL Aquagol c/ Association réunionnaise de développement de l'aquaculture*, n° 3925, aux T.). Cette interprétation est stricte, comme le montre une récente décision par laquelle le TC a précisé que seuls les contrats ayant pour objet même de conférer un droit d'occupation du domaine public présentaient un caractère administratif, et non tous ceux qui se déroulent sur le domaine public (TC, 17 novembre 2014, *Chambre de commerce et d'industrie de Perpignan et des Pyrénées-Orientales c/ M. A...* n°3965, aux tables, s'agissant d'un contrat entre le gestionnaire d'un port et un usager du service public industriel et commercial de l'outillage portuaire). Elle s'applique pleinement en l'espèce, la société étant délégataire du service public de l'exploitation du port de plaisance et le contrat litigieux portant occupation du domaine public (voyez, pour une application de cette règle de compétence au délégataire du service d'aménagement et d'exploitation d'un port de plaisance, TC, 18 oct 1999, *M...*, n° 3169).

L'ordonnance du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics introduit une autre exception au critère organique en qualifiant ces contrats d'administratifs, quelle que soit la nature juridique des parties. Il n'est théoriquement pas exclu qu'un délégataire de service public délègue à son tour la réalisation et l'exploitation d'ouvrages liés au service, avec l'accord du délégant, mais cette configuration ne devrait pas être très fréquente.

Plus générale est l'exception qui concerne les contrats conclus par une personne privée agissant pour le compte d'une personne publique au sens de votre décision *Sté d'équipement de la région*

montpelliéraine (Sect, 30 mai 1975, p. 326) et de celle du TC *Cne d'Agde* (TC, 7 juil 1975, p. 798), rendues à propos de titulaires de concessions d'aménagement. Si cette théorie dite du "mandat administratif", dont les contours ne sont pas d'une parfaite clarté, concerne essentiellement la réalisation de travaux, elle ne s'y cantonne pas et trouve à s'appliquer à des personnes privées chargées de l'exécution d'un service public (Section du 18 juin 1976, *Dame C...*, p. 319, relative à des contrats d'emprunts ; TC, 23 novembre 2002, *Sociétés SOTRAME et METALFORM c/ GIE Sesam-Vitale*, p. 550 ; 3 juin 2009, *Sté Aéroports de Paris*, n° 323594, s'agissant d'un marché de service de prestations de sûreté aéroportuaire passé entre Aéroport de Paris et une autre société privée). Enfin, si la jurisprudence *Entreprise Peyrot* (TC, 8 juillet 1963, GAJA) ne s'applique pour le moment qu'aux contrats passés par les titulaires de concessions d'autoroutes pour l'exécution de travaux, vous avez très récemment, par une décision du 14 novembre 2014, *Sté des autoroutes du sud de la France* (n° 374557) renvoyé au Tribunal des conflits la question de la qualification des marchés de service qu'ils passent avec des entreprises de dépannage, pour l'exécution de la mission de service public du dépannage des véhicules immobilisés qui leur est assignée (voyez, pour cette qualification de mission de service public : CE, 22 mars 2000, *Epx S...*, p. 126).

Dans ces hypothèses, une personne privée chargée de l'exécution d'un service public peut être amenée à conclure des contrats administratifs, s'ils répondent aux critères matériels conduisant à cette qualification. Mais, contrairement aux délégations ou marchés de service, elle ne le fait pas pour son compte. Plusieurs décisions récentes ont rappelé qu'un délégataire de service public n'agit jamais pour le compte du délégant au sens de ces jurisprudences (voyez notamment vos décisions du 17 juin 2009, *SAEMN Bibracte*, n° 297509, et du 11 mars 2011, *Cté d'agglomération du Grand Toulouse*, n° 330722, solutions récemment confirmées par le TC, 9 juillet 2012, *CGE*, n° 3834 ; 16 juin 2014, *Sté d'exploitation de la Tour Eiffel*, n° 3944) et il doit en aller de même lorsque la personne a été chargée de l'exécution du service par un marché. S'il n'est pas exclu que les solutions que nous avons exposées pour les délégations et marchés de service soient transposées aux contrats passés par des personnes privées pour le compte d'une personne publique, leur fondement ne sera pas exactement le même puisque le lien juridique entre elles n'est ni de même nature ni de même portée.

La quatrième exception concerne les contrats conclus par un mandataire, au sens de l'article 1984 du code civil, de la personne publique ou par une personne morale de droit privé considérée comme transparente. Dans ce cas, il n'y a pas lieu à substitution puisque la personne publique est considérée comme partie au contrat dès sa conclusion. Mais ce ne sont-là que les engagements pris par des personnes privées qui sont administratifs par exception au critère organique de qualification des contrats. Sont par ailleurs également susceptibles d'entrer dans le champ d'application du principe de substitution les contrats passés par les personnes publiques délégataires de services publics. L'hypothèse est peu fréquente mais elle n'est pas impossible, dès lors que les personnes publiques peuvent se porter candidates aux marchés et délégations de services (8 nov 2000, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, n° 222208, au rec). Le critère organique se trouvera rempli, mais il faudra encore que les contrats qu'elle aura passés dans le cadre de l'exécution du service soient administratifs par leur objet. Tel devrait être le cas des marchés de travaux, services ou fournitures conclus par les collectivités publiques et leurs établissements publics, à l'exception des EPIC de l'État, qui entrent dans le champ du code des marchés publics et sont donc administratifs par détermination de la loi (Art 2, loi du 11 déc 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier) ainsi que des contrats faisant participer leurs cocontractants à l'exécution du service délégué. Leurs contrats passés avec les usagers du service ne seront administratifs que si

le service présente un caractère administratif.

De ce panorama dont nous ne garantissons pas l'exhaustivité, il résulte que le principe de la substitution du délégant au délégataire dans les engagements pris par ce dernier pour l'exercice du service en cas de reprise de celui-ci après résiliation de la délégation est susceptible de concerner d'une part, s'agissant des engagements pris par des personnes privées délégataires - au sens large - de service public, les contrats portant occupation du domaine public ainsi que les concessions de travaux publics. Ce champ pourrait se trouver un petit peu élargi si vous décidiez d'y inclure les engagements conclus par une personne privée exécutant un service public pour le compte d'une personne publique.

D'autre part, les contrats passés pour l'exécution du service par un délégataire personne publique. Dans ce dernier cas, qui est aussi le plus rare, les engagements transmis sont plus nombreux, mais le risque pour le délégant de se trouver lié par des obligations désavantageuses est a priori plus limité grâce aux contraintes qui s'imposaient à la personne publique délégataire lorsqu'elle les a conclus. L'application de ces principes au cas d'espèce vous conduira tout d'abord, si vous les adoptez, à casser l'arrêt de la Cour qui a jugé que la commune de Propriano était substituée dans l'engagement pris par sa délégataire à l'égard de M. L..., sans rechercher si cet engagement était de ceux qu'une interprétation raisonnable du contrat de délégation permettait au délégataire de prendre.

Puis, réglant l'affaire au fond, à vous prononcer sur ce point. Comme nous vous le disions, vous le ferez en application de la stipulation de la convention de délégation de service public à laquelle renvoyait le contrat d'amodiation conclu avec M. L..., stipulation qui ne fait qu'énoncer les principes généraux que nous venons de décrire. Précisons tout d'abord que le contrat litigieux s'inscrit bien dans le cadre de l'exploitation du service délégué et qu'il était en cours à la date à laquelle la commune a prononcé la déchéance de la délégation de service public puisque, si le poste n'avait jamais été mis à disposition de M. L..., le contrat n'avait pas non plus été résilié.

Vous examinerez en premier lieu le bien fondé du motif retenu par le tribunal, tiré de ce que l'engagement ne pouvait être regardé comme normalement pris dès lors que le montant de la redevance ne figurait pas dans la grille tarifaire fixée par la convention de délégation. Ce motif est exact. Mais il nous semble que le tarif appliqué à M. L... relevait précisément d'une interprétation raisonnable de la convention de délégation. En effet, celle-ci n'indiquait les tarifs des emplacements en fonction de la longueur des bateaux par seuils de deux mètres entre 6 m et 20 m. L'accès aux mouillages du port n'étant évidemment pas réservé aux bateaux de longueur paire, le délégataire devait fixer la redevance applicable aux bateaux dont la longueur était comprise entre deux lignes de la grille par application d'une règle de trois, ce qui a été fait en l'espèce pour déterminer le montant de la redevance applicable à l'attribution d'un emplacement pour un bateau de 13 mètres.

Si vous nous suivez, vous censurerez ce motif du jugement et, saisi par l'effet dévolutif de l'appel de l'ensemble des moyens soulevés devant vous par les parties, vous répondrez à celui de la commune qui fait valoir qu'elle ne saurait être liée par l'engagement pris à l'égard de M. L... car il méconnaît l'interdiction, posée tant par la convention de délégation que par le code des ports maritimes, d'accorder un droit d'usage privatif du domaine public portuaire et n'a pas été approuvé par la commune. Ces arguments sont plus solides. Précisons tout d'abord que si vous partagez les analyses qui précèdent vous constaterez que la méconnaissance des dispositions de l'article R. 631-4 du code des ports maritimes, relative aux conditions d'attribution des postes d'amarrage, à la supposée établie, est sans incidence sur l'éventuelle substitution de la commune à son délégataire, qui ne dépend que de la question de savoir si l'engagement a été pris

conformément aux pouvoirs conférés par la convention de délégation. Son illicéité peut justifier que la commune refuse d'en faire application ou décide de le résilier, décision qu'elle prendra en sa qualité de partie au contrat auquel elle aura été substituée au délégataire qui l'a conclu.

Ce n'est donc qu'au regard des stipulations de la convention de délégation de service que vous devez apprécier si le délégataire pouvait, comme il l'a fait, accorder à M. L..., pour la durée de la délégation de service public, soit jusqu'au 31 décembre 2025, une garantie d'usage du poste n° 37 sur le quai n° 3 du Bassin Ouest. Or une telle attribution privative pour une longue durée est expressément interdite par les stipulations de l'article 30.2 de la convention de délégation qui précisent que « la garantie d'usage de postes d'amarrage ou de mouillage est accordée aux personnes physiques ou morales participant au financement des ouvrages et outillages portuaires (...) par contrat approuvé par le concessionnaire (...); par souscription ou acquisition de titres (...). Ces deux modes de participation financière donnent droit à leurs titulaires à une garantie d'amarrage dans la zone de port définie par le plan annexe n° 1 joint à la présente convention, sans affectation privative d'un ou plusieurs postes déterminés ».

La circonstance que le contrat prévoit que le poste ne peut être ni prêté ni sous-loué ni cédé et qu'en cas d'occupation pendant une durée supérieure à 48 h, le délégataire pourra le mettre à disposition d'autres usagers, ne rend pas cette affectation moins privative. Les parties au contrat l'entendaient d'ailleurs bien ainsi, puisque M. L... a toujours réclamé l'usage de ce poste précis et que la société délégataire lui a toujours répondu qu'il était indisponible en raison des arrêts de péril qui frappaient cette zone du port, sans lui proposer d'autres mouillages. Nous ne voyons donc pas quelle interprétation de la convention de délégation pouvait permettre l'affectation d'un poste d'amarrage déterminé.

Nous pensons également que l'absence d'approbation du contrat par la commune, alors que celle-ci est expressément prévue par la convention de délégation, constitue de la part du délégataire une méconnaissance du champ des pouvoirs qui lui étaient conférés, méconnaissance d'autant plus grave que cette stipulation représente une garantie pour l'autorité délégante de ne pas se trouver engagée sans son consentement par des engagements conférant des droits réels de longue durée sur le domaine public. L'article 30.2 de la convention de service public prévoit une communication au délégant de la "liste des titulaires du droit d'usage et des bateaux concernés" mais, en l'absence d'éléments permettant de savoir si cette liste a été effectivement communiquée à la commune et ce qu'elle contenait, il nous semble en tout état de cause impossible de cette seule stipulation que la commune aurait implicitement approuvé l'engagement pris par son délégataire envers M. L....

Ces motifs étant de nature à confirmer le rejet de la demande présentée par M. L... au tribunal administratif, qui ne cherchait à engager que la responsabilité contractuelle de la commune du fait du contrat d'amodiation qu'il avait conclu avec son délégataire, vous pourrez confirmer le jugement et rejeter l'appel de M. L....

Vous n'aurez pas à statuer sur les conclusions subsidiaires que ce dernier vous a récemment soumises tendant à engager la responsabilité de la commune sur d'autres fondements non contractuels, au titre des fautes qu'elle aurait commises dans le choix et le contrôle du délégataire ou en raison de l'insolvabilité de la société délégataire, car ces conclusions vous ont été présentées pour le cas où vous seriez conduits à écarter l'application du contrat en raison de ce qu'il serait entaché d'une illicéité d'ordre public, au sens de votre jurisprudence précitée *Cne de Béziers*. Mais, si vous nous suivez, vous n'écarterez pas l'application du contrat ; vous jugerez seulement que n'étant pas transféré à la commune, il ne peut fonder une action en responsabilité contractuelle contre cette dernière. Et la possibilité pour les cocontractants dont le contrat a été écarté en raison de sa

nullité de poursuivre leur litige sur un terrain quasi-contractuel, que vous avez admise par votre décision précitée *Sté Citécâble Est*, ne permet pas à M. L... de rechercher en cours d'instance d'appel la responsabilité de la commune sur d'autres fondements puisque, d'une part, le contrat n'a pas été déclaré nul et d'autre part cette possibilité n'est ouverte qu'aux parties ayant eu un lien contractuel, ce qui n'est précisément pas le cas de M. L... et de la commune de Propriano.

EPCMNC :

- Annulation de l'arrêt attaqué ;
- Rejet de l'appel de M. L... ;
- Partie perdante, M. L..., ne peut prétendre au remboursement des frais de l'instance ; dans les circonstances de l'espèce, nous vous proposons de rejeter également les conclusions de la commune de Propriano à ce titre.

Référence 4 : CE, Sect., 19 décembre. 2014, Cne de Propriano, req. n° 368294

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par convention de délégation de service public du 5 mars 2003, la commune de Propriano a confié à la société Yacht club international du Valinco la construction et l'exploitation de son port de plaisance ; que, par délibération du 4 septembre 2007, la commune de Propriano a, sur le fondement de l'article 54 de la convention de délégation de service public, résilié cette convention à raison des fautes commises par le délégataire ; que, par jugement du 24 mars 2011, le tribunal administratif de Bastia a rejeté la demande de M. A..., usager du port de plaisance, tendant à ce que la commune de Propriano soit condamnée à l'indemniser du préjudice né de l'inexécution du contrat de garantie d'usage d'un poste d'amarrage de longue durée qu'il avait conclu avec la société Yacht club international du Valinco le 14 octobre 2003 ; que la commune de Propriano se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 5 mars 2013 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement et fait droit à la demande de M. A... ;

2. Considérant, sans préjudice des dispositions législatives applicables notamment en matière de transfert de contrat de travail, qu'en cas de résiliation d'un contrat portant exécution d'un service public, quel qu'en soit le motif, la personne publique, à laquelle il appartient de garantir la continuité du service public et son bon fonctionnement, se substitue de plein droit à son ancien cocontractant pour l'exécution des contrats conclus avec les usagers ou avec d'autres tiers pour l'exécution même du service ; qu'il n'en va toutefois ainsi que si les contrats en cause ne comportent pas d'engagements anormalement pris, c'est-à-dire des engagements qu'une interprétation raisonnable du contrat relatif à l'exécution d'un service public ne permettrait pas de prendre au regard notamment de leur objet, de leurs conditions d'exécution ou de leur durée, à moins que, dans ce cas, la personne publique n'ait donné, dans le respect de la réglementation applicable, son accord à leur conclusion ; que, pour l'application de ces règles, la substitution de la personne publique n'empêche pas le transfert des dettes et créances nées de l'exécution antérieure des contrats conclus par l'ancien cocontractant de la personne publique, qu'il s'agisse des contrats conclus avec les usagers du service public ou de ceux conclus avec les autres tiers ;

3. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant, d'une part, que la commune de Propriano était tenue de venir aux droits de la société Yacht Club international de Valinco dans l'ensemble de ses rapports avec les usagers du port dès lors que la délégation de service public avait été résiliée et que, d'autre part, la commune ne pouvait, par suite, utilement se prévaloir de ce que le contrat conclu entre le requérant et cette société ne pouvait être

regardé comme un engagement normalement pris pour l'exploitation du service public, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit ; qu'il s'ensuit, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, que la commune de Propriano est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

4. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative ;

5. Considérant que la commune de Propriano soutient que le contrat dont se prévaut M. A... ne peut pas être regardé comme un engagement normalement pris au sens des règles mentionnées au point 2, que rappellent d'ailleurs l'article 54 de la convention de délégation de service public, au motif que le montant de la redevance versée par M. A... ne correspondait pas aux conditions tarifaires prévues à l'article 32 de la convention de délégation de service public renvoyant à l'annexe V de cette convention ; qu'il résulte cependant de l'instruction que le contrat conclu par le requérant portait sur un emplacement de treize mètres et que si la société délégataire devait assurer l'exploitation d'emplacements de cette taille, la grille tarifaire figurant à l'annexe V mentionnait les tarifs applicables aux emplacements de douze et quatorze mètres mais pas ceux applicables à de tels emplacements de treize mètres ; qu'en prévoyant ainsi, par le contrat litigieux, le versement d'une redevance calculée en fonction des tarifs prévus pour les emplacements de douze et quatorze mètres, la société délégataire, qui s'est bornée à tirer les conséquences d'une grille tarifaire incomplète, n'a pas conclu un engagement qu'une interprétation raisonnable de la convention de délégation de service public ne lui permettait pas de prendre ;

6. Considérant, toutefois, qu'en application de l'article 30-2 la convention de délégation de service public conclue entre la commune de Propriano et la société Yacht club international du Valinco, la garantie d'usage de postes d'amarrage ou de mouillage accordée à une personne physique ou morale est donnée pour le seul accès à un poste dans une zone déterminée du port sans pouvoir permettre l'affectation privative d'un ou plusieurs postes déterminés ; qu'il résulte de l'article 1er du contrat conclu entre M. A... et la société Yacht club international du Valinco que son objet réside non dans l'octroi d'une garantie d'usage permettant à son bénéficiaire d'accéder à un poste d'amarrage correspondant aux dimensions de son bateau dans une zone déterminée du port de plaisance, conformément à la réglementation posée par l'article 30-2 précité de la convention de délégation, mais dans l'affectation privative d'un poste d'amarrage précisément localisé ; qu'il s'ensuit que le contrat conclu entre M. A... et la société Yacht club international du Valinco ne peut être regardé comme un engagement que la société délégataire pouvait normalement prendre ; que la commune de Propriano était, par suite, fondée à refuser de se substituer à la société Yacht club international du Valinco pour poursuivre l'exécution du contrat conclu avec M. A... ; que, dès lors, ce dernier n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Bastia a rejeté ses conclusions indemnitaires dirigées contre la commune de Propriano, lesquelles étaient présentées sur le seul terrain contractuel ;

7. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 font obstacle à ce que les sommes demandées par M. A... soient mises à la charge de la commune de Propriano qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante ; qu'il n'y a pas lieu non plus, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions de la commune de Propriano présentées sur le fondement des mêmes dispositions ; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de laisser la contribution pour l'aide juridique à la charge de la commune de Propriano ;

Référence 5 : CE, 7^{ème} et 2^{ème} SSR, 7 décembre 2015, **Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, n° 380419, publié au recueil Lebon ; RDI 2016, p. 93**

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, aux droits duquel sont venues la commune de Bois-Guillaume-Bihorel puis la commune de Bihorel, a, dans le cadre de travaux de réfection de l'isolation de la couverture du toboggan de la piscine " Transat ", confié une mission de maîtrise d'œuvre à M. B...et le lot de travaux n° 3, " menuiseries intérieures ", à la société Lanos Isolation, laquelle a sous-traité à la société Lassarat la réalisation d'un pare-vapeur sur les panneaux d'habillage de la trémie d'accès au toboggan ; que ces travaux ont été réceptionnés sans réserve le 27 novembre 2007 ; que des désordres sont apparus sur la paroi de la trémie d'accès au toboggan en février 2008, conduisant le maître d'ouvrage à rechercher la responsabilité des participants à l'opération ; que par un arrêt du 4 mars 2014, la cour administrative d'appel de Douai a annulé la condamnation solidaire de M. B...et de la société Lanos Isolation à réparer les préjudices subis par la commune sur le fondement de la garantie décennale, prononcée par jugement du 20 novembre 2012 du tribunal administratif de Rouen, a confirmé le rejet des conclusions dirigées contre la société Lassarat sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle et a rejeté les différentes conclusions d'appel en garantie devenues sans objet ; que la commune de Bihorel se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur la responsabilité du maître d'œuvre et de la société Lanos Isolation au titre de la garantie décennale :

2. Considérant, en premier lieu, qu'en estimant que les désordres, qui revêtaient un caractère ponctuel, ne compromettaient pas la solidité de l'ouvrage ni ne le rendaient impropre à sa destination, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, s'est livrée à une appréciation souveraine des faits de l'espèce, qui n'est pas entachée de dénaturation ; qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit dans le maniement des critères auxquels est subordonné l'engagement de la responsabilité décennale des constructeurs ;

3. Considérant, en second lieu, qu'il incombe au juge administratif, lorsqu'est recherchée devant lui la responsabilité décennale des constructeurs, d'apprécier, au vu de l'argumentation que lui soumettent les parties sur ce point, si les conditions d'engagement de cette responsabilité sont ou non réunies et d'en tirer les conséquences, le cas échéant d'office, pour l'ensemble des constructeurs ; qu'ainsi qu'il a été dit, le tribunal administratif a condamné solidairement M. B...et la société Lanos Isolation sur le terrain de la garantie décennale ; que, dès lors qu'elle faisait droit au moyen invoqué par la société Lanos Isolation tiré de ce que les désordres ne revêtaient pas le degré de gravité suffisant pour être couverts par la garantie décennale, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en accueillant les conclusions d'appel provoqué de M.B..., alors même que celui-ci ne contestait pas l'applicabilité en l'espèce de ce régime de responsabilité mais se bornait à soutenir que sa propre responsabilité ne pouvait être engagée de ce chef ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur la responsabilité de la société Lassarat :

4. Considérant qu'il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il

a conclu un contrat de louage d'ouvrage ; qu'il lui est toutefois loisible, dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi-délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs ; que s'il peut, à ce titre, invoquer, notamment, la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires, il ne saurait, toutefois, se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par les personnes intéressées, de leurs propres obligations contractuelles ; qu'en outre, alors même qu'il entend se placer sur le terrain quasi délictuel, le maître d'ouvrage ne saurait rechercher la responsabilité de participants à l'opération de construction pour des désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination ; qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que la commune de Bihorel n'était pas fondée à rechercher la condamnation, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, de la société Lassarat, sous-traitante de la société Lanos Isolation sans lien contractuel avec le maître de l'ouvrage, dès lors que la commune se bornait à invoquer la méconnaissance du contrat conclu entre ce sous-traitant et l'entrepreneur, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit ;

Sur les conclusions d'appel présentées au titre de la garantie de parfait achèvement :

5. Considérant que la commune de Bihorel a demandé, en première instance et en appel, la condamnation de M. B...et des sociétés Lanos Isolation et Lassarat sur le fondement tant de la garantie décennale que de la garantie de parfait achèvement ; que la cour ne s'est pas prononcée sur les conclusions tendant à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés par le pourvoi sur ce point, son arrêt doit être annulé en tant qu'il a omis de statuer sur ces conclusions ;