

Fiche n° 4

LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS II : EXÉCUTION

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** Avis du 15 septembre 2022, n° 405540 relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision ;
- Référence 2 :** Conclusions du rapport public sur CE, 7^e et 2^e ch. réun., 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles, n° 459408 ;
- Référence 3 :** CE, 7^e et 2^e ch. réun., 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles, n° 459408 ;
- Référence 4 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 8^e et 3^e ch. réun., 4 octobre 2021, Société sportive professionnelle Olympique de Marseille, n° 440428 ;
- Référence 5 :** CE, 8^e et 3^e ch. réun., 4 octobre 2021, Société sportive professionnelle Olympique de Marseille, n° 440428 ;
- Référence 6 :** CE, 10 juillet 2020, Société Lacroix Signalisation c/ Seine-Maritime, n°420045 ;
- Référence 7 :** CE, 27 mars 2020, Société Lacroix contre département de l'Orne n°421758 ; CE, 27 mars 2020, Société signaux Girod, n° 421833 et CE, 27 mars 2020, Société signalisation France, n° 420491 ;

DÉCISIONS DU CORPUS

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

EXERCICES SUGGÉRÉS

Épreuve théorique : dissertation

- L'indemnisation dans les contrats administratifs

Épreuve pratique:commentaire d'arrêts

- CE, 27 mars 2020, Société Lacroix contre département de l'Orne n°421758 ; CE, 27 mars 2020, Société signaux Girod, n° 421833 et CE, 27 mars 2020, Société signalisation France, n° 420491 (références n°7)

Référence 1 : Avis du 15 septembre 2022, n° 405540, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision

Le Conseil d'État, saisi le 14 juin 2022 par le ministre de l'économie, des finances et de la souveraineté industrielle et numérique d'une demande d'avis relative aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, comportant les questions suivantes :

1° Les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5, R. 2194-7 et R. 3135-7 ainsi que R. 2194-8 et R. 3135-8 du code de la commande publique permettent-elles de procéder à une modification d'un contrat de la commande publique portant uniquement sur le prix ou les tarifs sans aucune modification des caractéristiques et des conditions d'exécution des prestations (dite modification « sèche » du prix ou des tarifs) dans le but de compenser les surcoûts que le cocontractant allègue subir ? Cette compensation peut-elle, alternativement, prendre la forme d'une prolongation de la durée du contrat ?

2° Dans l'affirmative, cette modification est-elle possible dès le premier euro de perte subi par le cocontractant ou seulement à partir d'un seuil caractérisant une dégradation significative de l'équilibre économique initial du contrat, voire son bouleversement ? Cette modification des prix ou des tarifs ou de la durée est-elle librement négociable et peut-elle notamment comprendre, au profit du titulaire du contrat, une marge bénéficiaire telle qu'envisagée par les parties lors de la conclusion du contrat, ou bien doit elle se limiter à couvrir les dépenses utiles, voire être fixée à un niveau encore inférieur ? La circonstance que la dégradation des conditions économiques soit temporaire ou que, au contraire, elle soit appelée à durer pendant toute l'exécution du contrat appelle-t-elle une réponse différente ?

3° Comment cette éventuelle modification « sèche » du prix, des tarifs ou de la durée s'articulerait-elle avec la théorie de l'imprévision ? Dans l'hypothèse où l'indemnisation du titulaire sur le fondement de la théorie de l'imprévision s'assimilerait à une modification du contrat autorisée par l'article R. 2194-5 ou l'article R. 3135-5 du code de la commande publique, son montant serait-il limité à 50 % du montant initial du contrat ? Dans l'hypothèse où l'indemnisation du titulaire dans le cadre de la théorie de l'imprévision ne s'inscrirait pas dans le champ d'application des articles R. 2194-5 et R. 3135-5, quels seraient les critères alternatifs d'application de chacun de ces dispositifs ?

4° S'agissant de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, les modalités d'appréciation d'un bouleversement de l'économie du contrat diffèrent-elles selon qu'il s'agit d'un marché public ou d'un contrat de concession, dès lors que ce dernier transfère un risque d'exploitation au cocontractant et, pour les marchés publics ou les concessions dont la contrepartie onéreuse comporte un prix, selon que ce prix est unitaire ou forfaitaire ou qu'il résulte d'un prix public régi par les articles L. 112-1 et suivants du code de la consommation ?

5° Quels sont les supports juridiques susceptibles de prévoir le versement des indemnités d'imprévision ? Peut-il s'agir d'un avenant au contrat ou d'un contrat ad hoc non qualifiable de transaction au sens et pour l'application du code civil et du code des relations entre le public et l'administration ? Pour les marchés de travaux et de maîtrise d'œuvre, les indemnités d'imprévision doivent-elles figurer au sein du décompte général définitif ?

Vu la Constitution ;

Vu la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, notamment son article 43 ;

Vu la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, notamment son article 72 ;

Vu la directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, notamment son article 89 ;

Vu le code de la commande publique, notamment ses articles L. 6, L. 2112-6, L. 2194-1, L. 3135-1, R. 2112-4, R. 2112-7 et suivants, R. 2194-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants ;

EST D'AVIS qu'il y a lieu, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions compétentes, de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

Sur le principe de la modification des clauses financières ou de la durée d'un marché ou d'un contrat de concession :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable :

1. En premier lieu, selon les articles L. 2194-1 et L. 3135-1 du code de la commande publique, un marché ou un contrat de concession peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque, notamment, les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux (1°) ou sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues (3°) ou ne sont pas substantielles (5°) ou encore sont de faible montant (6°). Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur ou l'autorité concédante unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ou du contrat de concession (dernier alinéa).

En vertu des articles L. 2194-2 et L. 3135-2 du même code, lorsque l'autorité contractante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif, son cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat, conformément aux dispositions du 4° de l'article L. 6 de ce code.

2. Les articles R. 2194-1 et suivants et R. 3135-1 et suivants du code de la commande publique précisent les conditions et limites des modifications ainsi permises.

Il en résulte que les « circonstances imprévues » qui rendent nécessaires une modification sont celles qu'une autorité diligente ne pouvait pas prévoir (articles R. 2194-5 et R. 3135-5) et que, en pareil cas, s'agissant des contrats conclus par un pouvoir adjudicateur, chaque modification ne peut excéder 50 % du montant du contrat initial, des modifications successives ne devant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence (articles R. 2194-3 et R. 3135-3).

Les modifications qui ne sont « pas substantielles » sont celles, quel que soit leur montant, qui n'introduisent pas des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure de passation initiale, auraient attiré davantage d'opérateurs économiques ou permis l'admission d'autres opérateurs économiques ou le choix d'une offre autre que celle retenue, qui ne modifient pas l'équilibre économique du marché ou du contrat de concession en faveur du titulaire ou du concessionnaire d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial et qui ne modifient pas non plus considérablement l'objet du marché ou n'étendent pas considérablement le champ d'application du contrat de concession (articles R. 2194-7 et R. 3135-7).

Les modifications « de faible montant » sont celles dont le montant est inférieur aux seuils européens et à 10 % du montant du contrat initial pour les marchés de services et de fournitures et les contrats de concession ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si elles répondent à la définition d'une modification non substantielle (articles R. 2194-8 et R. 3135-8). Lorsque plusieurs modifications de faible montant successives sont effectuées, l'autorité contractante prend en compte leur montant cumulé (articles R. 2194-9 et R. 3135-9).

3. En second lieu, il résulte de l'article L. 2112-6 du code de la commande publique que les prix ou leurs modalités de fixation et, le cas échéant, leurs modalités d'évolution doivent être définis par le marché. Précisant ces dispositions, les articles R. 2112-7 et suivants de ce code prévoient qu'un marché est, en principe, conclu à prix définitif, ce prix prenant la forme soit d'un prix ferme, invariable pendant la durée du marché sous réserve de son actualisation, lorsque cette forme de prix n'est pas de nature à exposer les parties à des aléas majeurs, soit d'un prix révisable qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques.

Par ailleurs, selon le premier alinéa de l'article R. 2112-4 du même code, un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale.

En ce qui concerne la possibilité d'une modification des seules clauses financières ou de la durée des contrats :

4. Le Conseil d'État relève qu'il ne résulte pas des dispositions du code de la commande publique citées aux points 1 et 2 que les modifications des marchés et des concessions qu'elles autorisent et encadrent ne peuvent porter que sur les caractéristiques ou les conditions d'exécution des prestations initialement convenues, et non sur les clauses financières, ni qu'elles doivent nécessairement porter sur ces caractéristiques et conditions, de sorte que serait prohibée une modification des seules clauses financières (modification « sèche » du prix).

De telles restrictions ne figurent pas non plus dans les directives du 26 février 2014 susvisées que ces dispositions transposent (article 43 de la directive 2014/23/UE, article 72 de la directive 2014/24/UE et article 89 de la directive 2014/25/UE), et ne s'en déduisent pas plus.

Quant à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui prohibe par principe les modifications substantielles apportées à un marché ou un contrat de concession en cours dont les stipulations n'en prévoient pas la possibilité (19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06, s'agissant d'un marché de services ; 13 avril 2010, *Wall AG*, aff. C-91/08, s'agissant d'une concession de services), elle a été dégagée antérieurement aux directives du 26 février 2014 et ne saurait être regardée comme faisant obstacle aux modifications, y compris du prix ou de la durée, que celles-ci permettent désormais, notamment lorsque les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices se trouvent confrontés à des circonstances imprévisibles.

5. Les dispositions réglementaires du code de la commande publique citées au premier alinéa du point 3, dont il résulte que le prix convenu est en principe définitif, n'ont pas pour portée de restreindre les possibilités de modification d'un marché ainsi expressément prévues depuis les directives de 2014. Ces dispositions, qui d'ailleurs ne sont pas prises pour la transposition des directives européennes, dans lesquelles elles n'ont pas d'équivalent, sont relatives au contenu du marché ainsi qu'à la forme et à l'évolution des prix stipulés, qu'ils soient ceux du marché initial ou qu'ils résultent d'un avenant ou d'une

modification unilatérale. Le Conseil d'État note en outre que les aléas pris en compte par ces mêmes dispositions pour distinguer, au sein des prix définitifs, le prix ferme du prix révisable, correspondent aux aléas majeurs « du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations » (articles R. 2112-9 et R. 2112-13), non aux aléas résultant de circonstances imprévisibles lors de la conclusion du contrat.

Au demeurant, s'il ressort de la jurisprudence administrative qu'en principe les prix prévus et les autres clauses financières lient les parties, ce dont il se déduit que le cocontractant de l'administration n'a pas de droit à leur modification, des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux, rendues sur le fondement des dispositions antérieures à l'entrée en vigueur des directives de 2014, ont admis, dans des circonstances particulières, que le caractère définitif des prix stipulés ne s'oppose pas de manière absolue à leur modification. Il a notamment été jugé que les dispositions relatives au caractère définitif des prix d'un marché public n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme (CE, 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, n° 408562). En outre, sur le fondement des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique, le juge administratif admet que des stipulations divisibles d'un avenant puissent procéder à l'augmentation de la prime prévue dans un marché d'assurance (CE, 16 mai 2022, *Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM)*, n° 459408).

6. Le Conseil d'État estime, en conséquence de ce qui précède, que le caractère en principe définitif des prix des marchés ne fait pas obstacle à leur modification en application et dans le respect des dispositions citées aux points 1 et 2, dès lors que les prix ainsi modifiés respectent les dispositions citées au premier alinéa du point 3, ce dont il se déduit qu'en principe ils restent définitifs pendant toute la période d'exécution des prestations et constituent le prix de règlement, sous réserve de leur actualisation ou de leur révision prévue par le marché. Il considère également que rien n'empêche que les modifications des marchés et contrats de concession portent uniquement, en vue de compenser les surcoûts que le titulaire ou le concessionnaire subit du fait de circonstances imprévisibles, sur les prix ou les tarifs prévus au contrat ainsi que sur les modalités de leur détermination ou de leur évolution.

7. Les dispositions du code de la commande publique, notamment celles de son article R. 2112-4 citées au second alinéa du point 3, ne font pas non plus obstacle à la modification de la seule durée du marché ou du contrat de concession. Ainsi, des prolongations du contrat, sans nouvelle procédure de mise en concurrence, sont possibles si elles peuvent être regardées, au sens des dispositions citées aux points 1 et 2, comme des modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles ou des modifications non substantielles ou de faible montant. Le Conseil d'État relève néanmoins la difficulté pratique qui tient à la nécessité d'évaluer une durée en proportion du montant initial du contrat afin de s'assurer, le cas échéant, du respect des plafonds imposés par ces dernières dispositions.

8. Il convient enfin de souligner que si de telles modifications contractuelles sont possibles, dès lors qu'elles correspondent aux hypothèses et respectent les conditions et limites fixées par les dispositions qui leur sont applicables, l'autorité contractante, qui doit veiller au respect de l'exigence constitutionnelle de bon emploi des deniers publics, qui découle de l'article 14 de la Déclaration de 1789, et qui est reprise à l'article L. 3 du code de

la commande publique, n'est en aucun cas contrainte d'en prendre l'initiative ou de les accepter.

Sur les différentes hypothèses de modification des seules clauses financières ou de la durée du marché ou du contrat de concession :

En ce qui concerne les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles :

9. En premier lieu, il résulte des dispositions précitées des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique que les modifications qu'elles permettent ne sauraient être justifiées par des événements ainsi que leurs conséquences financières qui pouvaient raisonnablement être prévus par les parties au moment de contracter : ces dispositions n'ont pas pour objet et ne peuvent avoir pour effet d'assurer au cocontractant la couverture des risques dont il a tenu compte ou aurait dû tenir compte dans ses prévisions initiales et qu'il doit en conséquence supporter. Par suite, la modification du contrat sur le fondement de ces dispositions n'est possible que si l'augmentation des dépenses exposées par l'opérateur économique ou la diminution de ses recettes imputables à ces circonstances nouvelles ont dépassé les limites ayant pu raisonnablement être envisagées par les parties lors de la passation du contrat.

10. En second lieu, lorsque les parties mettent en oeuvre ces mêmes dispositions, leur liberté contractuelle n'est pas sans limite. Les modifications apportées au contrat sur leur fondement doivent être directement imputables aux circonstances imprévisibles et ne peuvent excéder ce qui est nécessaire pour y répondre ni, en tout état de cause, le plafond, apprécié pour chaque modification, de 50 % du montant du contrat initial lorsqu'il est passé par un pouvoir adjudicateur. Elles ne peuvent pas non plus changer la nature globale du contrat.

11. Le Conseil d'État souligne en outre que, lors de la négociation de modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, l'autorité contractante doit s'attacher au respect des principes généraux d'égalité devant les charges publiques, de bon usage des deniers publics et d'interdiction des libéralités.

En ce qui concerne les modifications de faible montant :

12. Dans le respect des limites en montant fixées par les dispositions précitées (articles R. 2194-8, R. 2194-9, R. 3135-8 et R. 3135-9), les parties sont libres de procéder, si elles le souhaitent d'un commun accord, à la compensation de toute perte subie par le cocontractant même si cette perte ne suffit pas à caractériser une dégradation significative de l'équilibre économique du contrat initial.

Le Conseil d'État estime cependant qu'il incombe à l'autorité contractante de s'assurer, compte tenu de ses besoins propres, de la nécessité de telles modifications et d'éviter que, malgré leur faible montant, elles aient pour effet de compenser, même partiellement, la part de l'aggravation des charges qui n'excède pas celle que les parties avaient prévu ou auraient dû raisonnablement prévoir en contractant et qui devrait en conséquence rester à la charge de l'opérateur économique, en particulier du concessionnaire.

13. Les parties ayant procédé à des modifications de faible montant de leur marché ou contrat de concession peuvent, par la suite, le modifier de nouveau sur le fondement, si les conditions en sont remplies, des dispositions relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles.

14. Lorsque les parties mettent en oeuvre les dispositions du code de la commande publique relatives aux modifications de faible montant, l'autorité contractante doit prendre en considération les mêmes principes que ceux rappelées au point 11.

En ce qui concerne les modifications non substantielles :

15. Les modifications non substantielles du contrat mises en oeuvre sur le fondement des dispositions des articles R. 2194-7 et R. 3135-7 du code de la commande publique ne comportent pas de limite en montant, mais ne sauraient permettre aux parties de modifier l'objet du contrat ou de faire évoluer en faveur de l'entrepreneur, d'une manière qui n'était pas prévue dans le contrat initial, son équilibre économique tel qu'il résulte de ses éléments essentiels, comme la durée, le volume des prestations, les prix ou les tarifs.

Le Conseil d'État estime en outre que les modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, même lorsqu'elles ne sont pas substantielles, sont régies par les dispositions des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code, qui soumettent, lorsque le contrat est conclu par un pouvoir adjudicateur, le montant de chaque modification à un plafond de 50 % du montant du marché initial.

Sur l'articulation de la jurisprudence sur l'imprévision et des dispositions régissant la modification des marchés ou des contrats de concession :

En ce qui concerne le cadre juridique applicable à l'indemnisation de l'imprévision :

16. Aux termes du 3° de l'article L. 6 du code de la commande publique, applicable aux contrats entrant dans le champ de la commande publique qui ont le caractère de contrats administratifs : « Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». Le Conseil d'État relève que ces dispositions, à la différence de celles des 1°, 4° et 5° du même article relatives respectivement aux pouvoirs de l'autorité contractante de contrôle sur l'exécution du contrat, de modification unilatérale et de résiliation unilatérale, ne précisent pas que l'indemnisation de l'imprévision est octroyée dans les conditions prévues par le code, qui ne peut en conséquence être regardé comme la régissant.

17. Le législateur ayant entendu codifier la jurisprudence du Conseil d'État sur l'imprévision (CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, n° 59928 ; CE, 21 octobre 2019, Société Alliance, n° 419155), sans y déroger ni en préciser les conditions d'application, les principes que cette jurisprudence a dégagés demeurent.

Parmi ces principes figure celui selon lequel l'indemnisation de l'imprévision a pour objet de permettre d'assurer la continuité du service public, ce qui implique que seul le cocontractant qui continue à remplir ses obligations contractuelles et subit, de ce fait, un déficit d'exploitation, a droit à une indemnité. Il est aussi jugé que l'indemnité d'imprévision doit rester provisoire et que, si les événements ayant justifié son octroi perdurent, le caractère permanent du bouleversement de l'équilibre économique du contrat fait obstacle à la poursuite de son exécution, de sorte que l'imprévision devient un cas de force majeure justifiant la résiliation de ce contrat.

18. Ainsi, il y a lieu de considérer que le droit à indemnité que détient l'entrepreneur au titre de l'imprévision, en vue d'assurer la poursuite de l'exécution du contrat et ainsi la continuité du service public, n'est pas remis en cause par les dispositions issues des directives du 26 février 2014 permettant et encadrant la modification des marchés ou des contrats de concession en cours, qui ne créent qu'une faculté pour le titulaire d'un marché ou le concessionnaire de demander la modification de son contrat, notamment lorsqu'elle est rendue nécessaire par des circonstances imprévisibles. Inversement, ce droit à indemnisation extra-

contractuel ne fait pas obstacle à la mise en œuvre de ces mêmes dispositions.

En ce qui concerne l'articulation des différents remèdes à la situation résultant de circonstances imprévisibles :

S'agissant de la modification du contrat :

19. Afin de remédier à une situation résultant de circonstances imprévisibles, il est possible, en premier lieu, de modifier les marchés et contrats de concession (CE, 14 janvier 1955, Société La Fusion des gaz, n° 75236). Ainsi qu'il a été dit aux points 4 à 8, ces modifications peuvent concerner, sur le fondement des dispositions du code de la commande publique, sous réserve qu'elles ne changent pas la nature globale du contrat, tant les caractéristiques et conditions d'exécution des prestations que le prix ou les tarifs, leur montant ou les modalités de leur détermination, ou encore la durée initialement convenus. Les contrats peuvent aussi être modifiés afin d'y introduire une clause de variation des prix ou de réexamen si le contrat n'en contient pas, ou de faire évoluer une clause existante qui se serait révélée insuffisante.

20. De telles modifications des marchés et contrats de concession doivent respecter le cadre juridique posé par les dispositions citées aux points 1 et 2 relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, dans les conditions précisées aux points 9 à 11.

Le Conseil d'État estime qu'un même marché ou contrat de concession, passé par un pouvoir adjudicateur, peut faire l'objet d'autant de modifications d'un montant maximal, chacune, de 50 % du montant du contrat initial qu'il y a d'événements imprévisibles distincts dont le déficit d'exploitation est la conséquence directe. Les modifications successives ne doivent cependant pas avoir pour objet de contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence, ce dont il se déduit que les modifications envisagées doivent être strictement limitées, tant dans leur champ d'application que dans leur durée, à ce qui est rendu nécessaire par les circonstances imprévisibles pour assurer la continuité du service public et la satisfaction des besoins de la personne publique.

21. Le Conseil d'État rappelle enfin que l'autorité contractante n'a aucune obligation de conclure avec son cocontractant un nouveau contrat comportant notamment des prix plus élevés que ceux du contrat initial (CE, Sect. 5 novembre 1982, Société Propétrol, n° 19413). Ainsi, s'il est toujours loisible à l'entrepreneur, en cas de circonstances imprévisibles bouleversant l'économie du contrat, de présenter à l'autorité contractante une demande de modification des clauses financières du contrat, il n'a pas de droit à obtenir la révision de ces clauses, mais uniquement une indemnité pour charges extracontractuelles qui, en cas de désaccord de l'autorité contractante, lui sera octroyée, le cas échéant, par le juge.

S'agissant de la conclusion d'une convention dont le seul objet est l'indemnisation des charges extra-contractuelles :

22. En second lieu, le Conseil d'État considère que les parties peuvent conclure, sur le fondement de la théorie de l'imprévision, une convention d'indemnisation dont le seul objet est de compenser les charges extra-contractuelles subies par le titulaire ou le concessionnaire en lui attribuant une indemnité (CE, 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, n° 97613), afin qu'il puisse poursuivre l'exécution du contrat pendant la période envisagée. Celle-ci ne peut être que temporaire et la convention doit précisément la fixer. La convention d'indemnisation, qui permet de maintenir un certain équilibre contractuel en indemnisant l'opérateur économique qui, malgré la situation tout à fait exceptionnelle à laquelle il est confronté, poursuit la

prestation initialement prévue, n'a ni pour objet ni pour effet de modifier les clauses du marché ou du contrat de concession ni les obligations contractuelles réciproques des parties, ni d'affecter la satisfaction des besoins de l'autorité contractante, qu'elle vise précisément à préserver.

Dès lors, cette convention d'indemnisation, de même d'ailleurs qu'une décision unilatérale de l'autorité administrative fournissant une aide financière pour pourvoir aux dépenses extra-contractuelles afférentes à la période d'imprévision (CE Ass. 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, n° 89655), ne peut être regardée comme une modification d'un marché ou d'un contrat de concession au sens des dispositions du 3° des articles L. 2194-1 et L. 3135-1 et de celles des articles R. 2194-5 et R. 3135-5 du code de la commande publique. Par suite, elle n'est pas soumise aux conditions et limites posées par ces dispositions, mais uniquement à celles prévues par les dispositions du 3° de l'article L. 6 du même code qui codifie la jurisprudence administrative sur l'imprévision.

S'agissant de l'octroi par le juge d'une indemnité d'imprévision :

23. En troisième et dernier lieu, pour compenser les charges extra-contractuelles causées par des circonstances imprévisibles, extérieures aux parties et bouleversant l'économie du contrat, le juge administratif peut octroyer une indemnité d'imprévision.

Si la situation d'imprévision est constatée, et en cas de désaccord des parties sur les conditions spéciales dans lesquelles le cocontractant pourra continuer le service ou la prestation ou lorsque l'accord des parties est insuffisant à éviter le bouleversement de l'économie du contrat, ou encore, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, en cas de refus de l'autorité contractante de le modifier unilatéralement, le juge du contrat ne peut, le cas échéant, qu'accorder une indemnité dont le seul objet est de compenser la charge extra-contractuelle qui résulte de la situation d'imprévision, mais il ne peut en aucun cas modifier lui-même les stipulations du contrat et les obligations réciproques des parties (CE, 2 novembre 1927, Ville de Saint-Omer, n° 84340 ; CE Sect., 21 janvier 1944, Société d'entreprises et de construction en béton armé, n° 60975) ni se substituer à l'autorité administrative pour réviser les tarifs et, éventuellement, en fixer de nouveaux (CE, 14 janvier 1955, Société La Fusion des gaz, préc.).

Par suite, l'octroi par le juge administratif d'une indemnité d'imprévision n'entre pas dans le champ d'application des dispositions précitées du code de la commande publique et des directives qu'elles transposent relatives aux modifications rendues nécessaires par des circonstances imprévisibles, qui ne concernent que la modification des marchés ou contrats de concession apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'autorité contractante unilatéralement. Il s'en déduit notamment que le plafond, prévu par ces dispositions, de 50 % par modification, du montant du contrat initial, lorsqu'il est conclu pas un pouvoir adjudicateur, ne s'applique pas au calcul de l'indemnité d'imprévision lorsqu'elle est accordée par le juge.

24. Le Conseil d'État rappelle, par ailleurs, que les clauses de variations des prix s'appliquent sans préjudice de l'indemnisation de l'imprévision si les conditions en sont réunies. Ainsi, lorsqu'il apparaît que la clause de variation n'a pas joué en fait dans des conditions normales conformément aux prévisions des parties, le juge administratif admet que, pour suppléer à la clause insuffisante, le cocontractant puisse invoquer la théorie de l'imprévision. A cet égard, une jurisprudence constante distingue les clauses de variation des prix ou les avenants qui permettent d'éviter le bouleversement de l'économie du contrat et qui, à ce titre, excluent le droit à indemnité d'imprévision (CE, 13 mai

1987, Société Citra-France et autres, n° 35374), de celles qui, en raison de leur insuffisance à y remédier entièrement, justifient un tel droit (CE, 19 février 1992, S.A. Dragages et Travaux Publics et autres, n° 47265).

Sur la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision selon la catégorie de contrats et la forme des prix :

En ce qui concerne l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon qu'il s'agit d'une concession ou d'un marché :

25. Il résulte de la définition qu'en donne l'article L. 1121-1 du code de la commande publique, qui transpose les dispositions du paragraphe 1 de l'article 5 de la directive 2014/23/UE susvisée, qu'un contrat de concession implique qu'un risque d'exploitation pèse pour une partie non négligeable sur le concessionnaire et que les éventuelles pertes qu'il pourrait subir du fait de l'exploitation du service ou de l'ouvrage dont il a la charge ne soient pas entièrement couvertes, notamment par le concédant en vertu des stipulations du contrat (CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n° 416825 ; CE, 9 juin 2021, Ville de Paris, n° 448948).

Il s'en déduit que, pour apprécier si la situation est de nature à ouvrir droit à une indemnité d'imprévision au bénéfice du concessionnaire, il y a lieu de prendre en considération la part non négligeable de risque de pertes qu'il accepte nécessairement de courir en contractant et que l'interprétation raisonnable du contrat de concession conduit à laisser, en tout état de cause, à sa charge. Le concessionnaire peut être réputé avoir accepté, par principe, un dépassement du prix-limite de revient plus élevé que le titulaire d'un marché public, sous réserve des clauses du contrat et de la part de risque qu'elles laissent effectivement à sa charge.

En ce qui concerne l'appréciation du bouleversement de l'économie du contrat selon la forme des prix stipulés :

26. Le Conseil d'État rappelle que la théorie de l'imprévision, comme celle des sujétions imprévues, s'applique au marché à forfait (CE, 19 février 1992, S.A. Dragages et Travaux Publics et autres, n° 47265). Dans le cadre de l'indemnisation de l'imprévision, comme de celle des sujétions imprévues résultant de difficultés matérielles rencontrées essentiellement dans l'exécution d'un marché de travaux, il peut être tenu compte de l'importance du marché à forfait pour estimer que des dépenses supplémentaires, eu égard à la faiblesse relative de leur montant, ne sont pas de nature à bouleverser l'économie du contrat (CE, 19 février 1975, Ministre d'État chargé de la Défense nationale c/ Société Entreprise Campenon-Bernard et autres, n° 80470).

L'indemnisation de l'entrepreneur au titre de l'imprévision est toujours soumise à l'exigence du bouleversement de l'économie du marché, qu'il soit conclu à prix global et forfaitaire ou à prix unitaire. Ainsi, le caractère forfaitaire des clauses financières d'une concession ne peut, à raison du bouleversement de l'économie du contrat, faire obstacle à l'allocation d'une indemnité pour les nouvelles charges extra-contractuelles que le concessionnaire a été obligé de supporter (CE, 8 février 1924, Société l'Omnium français d'électricité, n° 73906). Il n'en va autrement que s'il résulte clairement de la commune intention des parties, notamment du caractère général et absolu du forfait et de la renonciation du cocontractant à toute nouvelle indemnité, qu'elles ont entendu, en signant un avenant au cours de la situation d'imprévision, renoncer à toute compensation supplémentaire (CE, 2 février 1923, Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz, n° 72521).

Il n'y a pas lieu d'apporter une réponse différente dans le cas où le prix stipulé fait référence à un prix public régi par les articles L. 112-1 et suivants du code de la consommation.

Sur l'inscription de l'indemnité d'imprévision dans le décompte général et définitif :

27. Lorsque les parties prévoient l'établissement d'un décompte général et définitif, en vertu du principe de l'unité de ce décompte, l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché, notamment de travaux publics, est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte général et définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties (CE, 2 avril 2004, Société Imhoff, n° 257392).

28. L'indemnité d'imprévision visant, ainsi qu'il a été dit, à compenser les charges extra-contractuelles subies par le titulaire, elle ne peut être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché. Dès lors, qu'elle soit allouée par décision unilatérale de l'autorité administrative, négociée dans le cadre d'une convention d'indemnisation ou octroyée par le juge administratif, elle n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif, à la différence des indemnités allouées à l'entrepreneur au titre des sujétions imprévues (CE, 31 juillet 2009, Société Campenon Bernard et autres, n° 300729).

Au demeurant, la fin du contrat, notamment sa fin anticipée par résiliation, ne faisant pas, à elle seule, obstacle à l'octroi d'une indemnité d'imprévision (CE, 10 février 2010, Société Prest'Action, n° 301116), il ne peut être exclu que le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles ne puisse être établi qu'après complète exécution du marché et que l'indemnité due éventuellement aux entrepreneurs à raison des charges extra-contractuelles qu'ils ont eu à supporter ne puisse être utilement réclamée par eux qu'après notification du décompte général et définitif.

Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE (7/2 CR) 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles, n° 459408 ;

Si le romancier Joseph Conrad avait vécu de nos jours et eu la curieuse lubie de s'intéresser davantage au contentieux des marchés publics d'assurance qu'aux rivalités entre deux officiers impériaux, nul doute qu'il aurait pris plaisir à vous narrer les innombrables duels qui opposent les deux principaux opérateurs du marché français de l'assurance hospitalière que sont la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) et le Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH). Company pour la durée du marché restant à courir, soit un an.

Candidate évincée lors de l'attribution du marché initial et manifestement fort attentive à toutes évolutions, la SHAM a aussitôt formé un référé contractuel contre cet avenant, que le JRTA de Melun a rejeté par une ordonnance du 29 novembre 2021, contre laquelle la SHAM se pourvoit en cassation, étant précisé – mais ce volet de la décision n'est pas contesté devant vous – que l'ordonnance a aussi prononcé un non-lieu sur sa demande tendant à la communication de certains documents.

UN RÉFÉRÉ CONTRACTUEL

En substance, le juge de référés a estimé que le changement intervenu ne constituait pas une modification du titulaire du contrat mais seulement d'un des membres du groupement et qu'il ne pouvait donc être regardé comme une modification substantielle du marché. L'ordonnance précise en tout état de cause qu'à supposer même qu'il s'agisse d'une modification de cette nature, le retrait de l'un des membres était une circonstance imprévue justifiant son remplacement sans mise en concurrence.

2. Avant d'en venir au cœur du litige, un mot sur son volet procédural, qui traduit une configuration pour le moins

inhabituelle. Comme nous venons de vous le dire, c'est un avenant à un marché public qui est attaqué ici et c'est par le biais d'un référé contractuel qu'a agi la SHAM. Vous pourriez ainsi vous interroger sur la compétence de ce juge dans une telle configuration, tant il est vrai que ce cadre procédural n'a probablement pas été conçu dans une telle optique.

L'objet principal d'un référé contractuel est en effet de sanctionner, après la signature d'un contrat de la commande publique, les manquements les plus graves aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Or, par définition, les modalités de passation d'un avenant sont plus souples que pour la passation du marché (ou de la concession) initial et l'on pourrait penser que la voie du référé contractuel ne vaut que pour la passation du contrat originel et non pour sa modification conventionnelle.

UN RÉFÉRÉ CONTRE UN AVENANT

Au reste, il faut bien avouer qu'un certain nombre de dispositions des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative « frottent » un peu dans cette hypothèse. Nous notons par exemple, s'agissant des conditions de recevabilité du recours, que « les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats [...] ». On pourrait dès lors se demander si un concurrent évincé, parfois il y a plusieurs années, a intérêt à conclure un avenant.

Votre jurisprudence en la matière est quasiment vierge, à une très notable exception près, puisque par votre arrêt de Section du 11 juillet 2008, Ville de Paris, vous avez jugé – dans le cadre d'un référé pré-contractuel mais il nous semble que cela ne fait pas de différence ici – que l'extension, par un avenant, du périmètre du marché Vélis n'ayant pour effet ni de changer l'objet du marché, ni d'en bouleverser l'économie, un tel avenant ne constituait pas un nouveau marché dont la passation était soumise aux règles de publicité et de mise en concurrence.

Vous en avez déduit qu'était irrecevable la demande en référé formé contre cet avenant « dès lors que la conclusion d'un tel accord n'est pas soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'applique à la passation des marchés publics ». En d'autres termes, la compétence du juge des référés dépend ici de l'appréciation portée au fond sur la nature de la modification à laquelle procède l'avenant : si cette modification est suffisamment importante pour justifier une mise en concurrence, alors la voie du référé pré-contractuel est ouverte ; si, en revanche, sa portée est réduite, le juge rejettera le recours comme irrecevable.

En liant la recevabilité et le fond, cette solution a le mérite, à défaut d'être totalement satisfaisante sur le plan intellectuel, de permettre un contrôle effectif des modifications du contrat au cours de son exécution, puisque celles-ci peuvent donner lieu à une méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique.

Nous ne voyons aucun motif qui conduirait à ne pas étendre cette jurisprudence à la procédure du référé contractuel, qui n'est que le prolongement du référé pré-contractuel et qui vise également à assurer le respect de ces mêmes principes. Il est vrai que, paradoxalement, cette voie de recours souvent qualifiée d'accessoire ou de « roue de secours » pourrait alors, s'agissant de la conclusion d'avenants, s'avérer plus fructueuse pour les requérants qui, si l'avenant excède les modifications possibles, pourront en obtenir l'annulation pour absence totale de mise en concurrence, comme le prévoit en principe le premier alinéa de l'article L. 551-18 du code de justice administrative.

Mais c'est là le sens des textes, notamment communautaires, et il nous semblerait au demeurant délicat de revenir aujourd'hui sur votre jurisprudence Ville de Paris, alors que si le contentieux contractuel a bien sûr considérablement évolué depuis 2008, du fait notamment de votre jurisprudence Tarn-et-Garonne, vous n'avez pas entendu, dans ce nouveau cadre, restreindre la notion de « contrat » soumis à un recours des tiers.

C'est en tout cas comme cela que nous interprétons votre décision CE 20 novembre 2020, Association Trans'Cub 3, par laquelle vous avez admis, s'agissant d'une procédure au fond, le recours de tiers contre des modifications conventionnelles ayant pris la forme d'un avenant, sans que cela ne génère, à notre connaissance, un quelconque chaos contentieux.

3. Si vous franchissez avec nous cette première étape, vous pourrez examiner les délicats moyens soulevés par le pourvoi, qui nous paraissent fondés.

3.1. Vous pourrez d'abord faire masse des deux premiers, tirés de ce que le juge des référés contractuels a commis des erreurs de droit et de qualification juridique des faits en estimant que la signature de l'avenant entre le GHSIF et le courtier n'avait pas eu pour effet de modifier le titulaire du marché et ne constituait donc pas une modification substantielle nécessitant une nouvelle mise en concurrence.

Ces moyens posent deux séries de questions :

— l'une d'ordre général : à quelles conditions la substitution d'une entreprise à une autre en tant que titulaire d'un marché est-elle admissible sans remise en concurrence ?

— l'autre, plus spécifique, conduit à déterminer si la circonstance que cette substitution ne concerne qu'un membre d'un groupement d'entreprises titulaire du contrat appelle une solution différente ?

LA QUESTION DU CHANGEMENT DU TITULAIRE

3.1.1. Sur le premier point, il nous faut d'abord vous rappeler que l'appréciation de la légalité d'un changement de titulaire d'un même contrat administratif a évolué, sous l'impulsion du droit de l'Union, dans un sens plus restrictif.

Bien que la question ait été débattue en doctrine, il ressort tant de votre arrêt CE 4 avril 1997, Société Ledoyen que d'un avis de la Section des finances en date du 8 juin 2000 que « la notion de tiers auquel le contrat est cédé devait s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat ». Dans cette conception organique, la jurisprudence admettait donc qu'il n'y avait pas de changement de titulaire en cas de modification de la forme statutaire ou de la composition du capital social, dès lors qu'il y avait continuité de la personne morale. Par ailleurs et de manière plus libérale encore, la jurisprudence admettait la cession du contrat lui-même, par transfert à un tiers, dès lors que cette cession était autorisée par la personne publique et qu'elle ne remettait pas en cause les éléments essentiels du contrat.

Ce cadre juridique a été mis à mal par un arrêt de la Cour de Luxembourg qui a jugé que la modification de l'identité du prestataire est en principe une modification substantielle assimilable à la passation d'un nouveau contrat, sauf si elle a été prévue dès l'origine ou si elle s'inscrit dans une réorganisation interne du cocontractant.

Cette règle jurisprudentielle a été gravée dans le marbre des directives « marchés » et « concessions » de 2014, avec cependant un bémol puisque si l'arrêt Preetext précisait aussi que la cession des parts sociales de l'entreprise prestataire à un tiers constituait un changement de cocontractant, les directives ne reprennent pas ce critère, ce dont nous déduisons que la

conception organique retenue par l'avis du 8 juin 2000 demeure compatible avec le droit européen.

Dans ce cadre, c'est désormais, en droit interne, l'article L. 2194-1 du code de la commande publique qui énonce que : « Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : [...] 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; / 5° Les modifications ne sont pas substantielles ; [...] »

Pour l'application de ces dispositions législatives, l'article R. 2194-7 du même code précise que : « [...] Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie : [...] /4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6. »

Cet article R. 2194-6 ne prévoit lui-même que deux hypothèses : celle de l'application d'une clause de réexamen ou d'une option du contrat ; celle d'une cession à la suite d'une « opération de restructuration du titulaire initial ».

En d'autres termes, tout changement de titulaire du marché sans remise en concurrence est prohibé sauf s'il intervient soit en vertu d'une stipulation contractuelle initiale (ce qui est logique puisque, dans un tel cas, les concurrents candidaient en sachant déjà qu'un tel changement sera possible : il n'y a donc pas d'atteinte à la transparence ou à la concurrence), soit en vertu d'une opération purement interne au titulaire, sachant que le code prévoit alors expressément que « le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial ».

La portée exacte de la notion « d'opération de restructuration du titulaire initial » conserve encore une part d'inconnu à cette heure mais, à vrai dire, peu importe pour le litige dont vous êtes saisis car ce qui est certain, c'est que ces dispositions ne recouvrent pas le cas de la cession volontaire du contrat à une personne morale tierce à ce contrat.

L'HYPOTHÈSE DU GROUPEMENT D'ENTREPRISE

3.1.2. Reste toutefois à déterminer à quel stade s'appliquent les principes que nous venons de rappeler : faut-il le faire au niveau du groupement d'entreprises, comme l'a estimé le JRTA en jugeant que c'était le groupement lui-même qui était titulaire du marché et qu'il n'y avait donc pas, en l'espèce, de changement de titulaire, ou bien doivent-elles jouer au niveau de chaque membre du groupement dès que l'un d'eux viendrait à se trouver substituer pendant l'exécution du marché ?

Pour notre part, nous n'avons guère de doutes à écarter la solution retenue par le juge des référés. Elle n'est certes pas dénuée d'une réelle logique économique et il faut avouer au demeurant que la rédaction de certains textes voire de certaines de vos décisions pourrait lui donner quelque crédit sur le plan juridique.

Toutefois, comme l'illustre également une autre affaire inscrite à votre rôle du jour, cette approche se heurte à un obstacle de taille, qui est l'absence de toute personnalité juridique du groupement, que celui-ci soit « conjoint » ou même « solidaire ». Il nous paraît se déduire de cette absence de personnalité juridique du groupement que ce ne peut être que chacun de ses membres pris individuellement qui doit être regardé comme co-titulaire du marché : c'est ce que vous jugez explicitement dans le cas d'attribution de lots « à des entreprises nommément désignées qui ont, chacune pour ce qui la concerne, la qualité de cocontractant du maître d'ouvrage ». Vous pointez également le caractère individuel de la titularité du marché lorsque vous estimez que « les entreprises ayant formé un groupement solidaire pour

l'exécution du marché dont elles sont titulaires sont réputées se représenter mutuellement ».

Le groupement d'entreprises ne fait donc pas écran et ne peut être regardé comme une entité propre, unique titulaire du marché, indépendamment des entreprises qui le composent. Vous retrouvez d'ailleurs ici la forte logique qui irrigue l'avis du 8 juin 2000 et qui fait de la continuité de la personnalité morale – et, à travers elle, des notions élémentaires de débiteur et de créancier des obligations contractuelles – le principal déterminant d'une situation de changement de titulaire du contrat.

UN CHANGEMENT DE CO-TITULAIRE

Ajoutons au surplus, au-delà de l'analyse juridique, que considérer que les changements affectant la composition des membres d'un groupement ne constituent jamais une modification du titulaire semble assez contraire à l'esprit relativement sévère des textes que nous vous avons cités et exposerait sans doute à des risques de contournement de la règle par modification successive des membres, ce qu'il ne paraît pas souhaitable d'encourager.

3.1.3. Précisons en revanche, pour être exhaustif sur ce point – et même si la question n'est pas nécessaire au règlement du présent litige – que nous serions d'avis que le simple retrait d'un membre d'un groupement solidaire, sans qu'il soit lui-même remplacé, ne constituerait pas selon nous une modification du titulaire de marché au sens des règles en vigueur.

En effet, dans ce cas très particulier où, par le jeu de la solidarité conventionnelle, les autres membres du groupement, tous co-titulaires du marché, se sont engagés à prendre en charge les prestations que le partant devait effectuer, le départ de l'un d'eux n'aurait pas pour effet de modifier la nature du marché initial ni de substituer un nouveau titulaire puisque tous les titulaires seraient déjà liés à l'acheteur public. Il resterait donc loisible à la personne publique cocontractante de poursuivre l'exécution du marché dans ces conditions, sans qu'il soit nécessaire de passer un nouvel appel à concurrence.

3.1.4. Dans ces conditions, nous vous proposons de juger que la substitution d'un opérateur économique à un membre d'un groupement d'entreprises, lequel est dépourvu de personnalité juridique, constitue une modification du titulaire du marché et qu'en l'absence de mise en concurrence, ce transfert du contrat à une autre personne morale est donc illégal.

Le juge des référés a donc commis une erreur de droit en jugeant que la substitution de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC, quand bien même elle intervenait au sein du groupement attributaire du marché passé par le GHISF, ne constituait pas une modification du titulaire du marché.

UN CHANGEMENT ILLÉGAL

3.2. Vous censurerez donc l'ordonnance pour ce motif, étant observé qu'à vrai dire, un second moyen d'erreur de droit pourrait également être accueilli. L'ordonnance attaquée a en effet jugé que la décision de la société Amtrust International Underwriters DAC de se retirer du groupement constituait une circonstance qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir au sens des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique, selon lequel : « Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir. »

Or, si ce nouvel article, dont vous n'avez pas encore eu à faire application, s'est substitué aux dispositions de l'article 20 du code des marchés publics qui prévoyaient, dans leur dernière rédaction, qu'« en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut

intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant », nous croyons que son interprétation ne doit pas différer de celle par laquelle vous jugiez déjà que ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues « que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisibles lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties ».

En d'autres termes, ces récentes dispositions ne font selon nous, comme les anciennes (mais en ne se limitant pas au cas des sujétions techniques), qu'exprimer les conditions présidant à la survenance d'un cas de force majeure lors de l'exécution du contrat.

Or, en l'espèce, la résiliation à l'origine de l'avenant résulte de la propre initiative de la société Amtrust International Underwriters, sachant qu'une telle possibilité était expressément prévue par le marché. Ainsi, même si l'acheteur public ne l'avait pas anticipée, la décision de retrait du groupement était normalement prévisible, la clause relative à la possibilité de résiliation anticipée étant d'ailleurs assortie d'un préavis de 6 mois. L'erreur de droit nous paraît donc caractérisée et peut-être votre décision pourra-t-elle aussi la relever par souci pédagogique, afin d'éclairer la portée du nouveau code de la commande publique sur ce point.

4. Si vous nous suivez, vous annulerez les articles 2 et 3 de l'ordonnance, puis vous réglerez, dans cette mesure, l'affaire au titre de la procédure de référé.

4.1. Pour les raisons que nous vous avons dites quant à l'application de votre jurisprudence Ville de Paris, le juge des référés contractuels était bien compétent pour statuer sur la demande de la SHAM, qui, en cas de nouvelle procédure de mise en concurrence, aurait qualité pour présenter une offre, et vous rejetterez donc la fin de non-recevoir opposée sur ce terrain.

LE JUGE DU RÉFÉRÉ COMPÉTENT POUR STATUER

En revanche, dès lors qu'il n'entre dans l'office du juge des référés contractuels de statuer sur un avenant que lorsque sa conclusion est soumise aux règles de publicité et de concurrence, vous rejetterez comme irrecevable la contestation de la SHAM en tant qu'elle critique l'avenant du 8 septembre 2021 en tant qu'il a modifié le prix du marché d'assurances initial, les clauses relatives à la modification du prix nous paraissant divisibles des autres stipulations de l'avenant.

En effet, aux termes de l'article R. 2194-8 du code de la commande publique, lorsque le montant de la modification du marché est inférieur aux seuils européens (en l'occurrence 215 000 €) et, pour les marchés de services et de fournitures, à 10 % du montant du marché initial, aucune mise en concurrence n'est requise. Or, et même si, comme vous le constaterez, cela revient à examiner le fond du litige avant de statuer sur la recevabilité de la demande, ce seuil n'est pas franchi en l'espèce puisque, si l'avenant augmente de 15 % la prime d'assurance annuelle pour 2022 (soit de 75 000 €), ceci ne conduit par définition qu'à une hausse de 5 % par rapport au montant total du marché initial, qui s'apprécie sur les trois années d'exécution.

4.2. En revanche, s'agissant des conclusions dirigées contre l'avenant en tant qu'il procède au remplacement de l'un des titulaires du marché – qui sont divisibles des précédentes –, vous ne pourrez qu'accueillir, pour les motifs déjà exposés, le moyen tiré de ce que le changement de titulaire ne correspond à aucun des cas prévus par les articles L. 2194-1 et R. 2194-5 à R. 2194-7 du CCP et que c'est donc à tort qu'il n'a pas été précédé d'une mise en concurrence.

4.3. Aux termes de l'article L. 551-18 du code de justice administrative (« Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu'aucune des mesures de publicité requises pour sa passation

n'a été prise »), cela devrait en principe vous conduire à prononcer la nullité de l'avenant.

Toutefois, le premier alinéa de l'article L. 551-19 du même code prévoit que : « Dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. »

Or, l'annulation de l'avenant priverait immédiatement l'acheteur public de la couverture des risques responsabilité civile alors qu'il s'agit là d'une obligation légale en application de l'article L. 1142-2 du code de la santé publique.

UNE RAISON IMPÉRIEUSE D'INTÉRÊT GÉNÉRAL ?

Une telle circonstance est-elle constitutive d'une « raison impérieuse d'intérêt général » susceptible de justifier une sanction réduite ? C'est la question que s'est posée d'office votre 7e chambre, qui en a informé les parties, en pointant notamment la possibilité alternative d'imposer une pénalité financière au pouvoir adjudicateur.

Après avoir hésité à vous proposer une solution de cette nature, nous nous sommes ravisés car, si les mots ont un sens, nous ne sommes pas sûrs que le respect de l'obligation d'assurance posée par le code de la santé publique constitue en soi un « motif impérieux d'intérêt général », qui ne se présume pas mais doit se prouver ou ressortir avec évidence des circonstances.

En juger ainsi reviendrait en effet à fermer de manière définitive et automatique toute possibilité de prononcer la nullité d'un contrat passé en méconnaissance des règles de la concurrence dans le champ des assurances hospitalières, ce qui nous paraît aller au-delà des prévisions du code. Le même principe vaudrait d'ailleurs pour bon nombre de contrats d'assurance dont la souscription est une obligation légale, qu'il s'agisse par exemple des assurances dommage ouvrage ou des assurances automobiles.

Ce sont donc des pans entiers de l'activité contractuelle qui bénéficieraient ainsi d'une immunité de fait. Il nous semble donc que, sur ce terrain, il convient plutôt d'adopter une analyse concrète et au cas par cas, notamment au regard de l'objet de la législation imposant une assurance obligatoire, dont la ratio legis est essentiellement sinon exclusivement d'ordre financier. Or, sous cet angle, si la commodité plaiderait sans doute pour faciliter la tâche de l'acheteur public, il reste qu'aucune des parties en défense ne vous fournit une quelconque illustration particulière des difficultés insurmontables auxquelles elles se trouveraient confrontées en cas d'annulation. Hormis des considérations générales sur les difficultés rencontrées par les hôpitaux, elles n'ont notamment pas jugé utile de vous exposer les conséquences concrètes d'une telle annulation, par exemple en vous communiquant les chiffres des déclarations de sinistre survenues depuis la passation de l'avenant ou, à défaut, au cours des dernières années.

Les écritures ne quantifient pas non plus, au sein du marché, la part du risque qui était exactement supporté par la société Amtrust. Nous en déduisons qu'en dépit des inévitables vicissitudes que la mesure occasionnera, ses conséquences seront essentiellement financières et ne constituent donc pas des « motifs impérieux » au sens de la législation, alors, au contraire, que le deuxième alinéa de l'article L. 551-19 énonce expressément que « cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat ». Il nous semble que nous sommes ici dans ce dernier cas.

Nous vous invitons donc à prononcer la sanction normalement prévue en cas d'absence de mise en concurrence et donc à annuler l'avenant litigieux. À cet égard et dans le cas particulier d'un contrat d'assurance, nous ne croyons pas utile d'assortir cette mesure d'un effet différé, comme vous le faites parfois pour limiter ses effets indésirables (seul un motif d'intérêt général suffit alors) car, au vu de l'objet et des caractéristiques d'un contrat d'assurance, que l'anéantissement de l'avenant intervienne aujourd'hui ou dans quelques mois, le résultat sera le même pour l'assureur comme pour l'assuré.

5. Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des articles 2 et 3 de l'ordonnance attaquée ;
- à ce que vous prononciez la nullité de l'avenant conclu le 8 septembre 2021 entre le GHSIF et le BEAH ;
- au rejet du surplus des conclusions des parties.

Référence 3 : CE (7/2 CR) 16 mai 2022, Société hospitalière d'assurances mutuelles, n° 459408 ;

Vu la procédure suivante :

La Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a demandé au juge des référés du tribunal administratif de Melun, sur le fondement de l'article L. 551-13 du code de justice administrative, outre la communication de différents documents, d'annuler le contrat conclu entre le Groupe hospitalier du sud de l'Île-de-France (GHSIF) et la société Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), ou le nouvel assureur se substituant à la Lloyd's Insurance Company, pour l'exécution des prestations d'assurance de responsabilité civile à compter du 1er janvier 2022 et d'annuler les contrats ou avenants conclus entre le GHSIF et le BEAH ou la Lloyd's Insurance Company en ce qu'ils contiennent des augmentations tarifaires prohibées par le code de la commande publique.

Par une ordonnance n° 2110013 du 29 novembre 2021, le juge des référés du tribunal administratif de Melun a dit qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur les conclusions à fin de communication de l'acte d'engagement du marché, de la décision de résiliation de la société Amtrust International Underwriters DAC et de l'avenant signé avec la compagnie Berkshire Hathaway Insurance Company DAC et a rejeté le surplus des conclusions de la demande de la SHAM.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire et un mémoire en réplique, enregistrés les 14 et 29 décembre 2021 et le 7 mars 2022 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la SHAM demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler cette ordonnance ;
- 2°) à titre subsidiaire, de surseoir à statuer et de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle sur la possibilité, au regard du principe d'égalité de traitement des candidats à un marché public, qu'en cours d'exécution du marché, un acheteur autorise la substitution d'un assureur membre d'un groupement titulaire d'un marché public d'assurance par voie d'avenant sans recourir à de nouvelles mesures de publicité et de mise en concurrence.

Vu :

- le code de la commande publique ;
- le code de la santé publique ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des énonciations de l'ordonnance attaquée que, à

l'issue d'une procédure d'appel d'offres ouvert, le Groupe hospitalier du sud de l'Île-de-France (GHSIF) a conclu, le 23 décembre 2019, avec un groupement conjoint composé du Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), courtier et mandataire du groupement, et des sociétés Amtrust International Underwriters DAC, Areas Dommages, Lloyd's Insurance Company et Groupama protection juridique, un marché d'assurance responsabilité civile et risques annexes, pour une durée de trois ans à compter du 1er janvier 2020. Par courrier du 22 juin 2021, la compagnie Amtrust International Underwriters DAC a informé le GHSIF de son intention de " résilier le marché d'assurance de responsabilité civile " à compter du 31 décembre 2021 à minuit. Le 8 septembre 2021, le GHSIF a alors signé avec le BEAH un avenant n° 1 au contrat d'assurance substituant la compagnie Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC, pour la durée restant à courir du marché. La Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM) a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Melun d'une demande qui doit être regardée comme visant, en application de l'article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, à l'annulation de cet avenant. Par l'ordonnance attaquée, le juge des référés a rejeté cette demande.

Sur le cadre juridique :

2. Aux termes de l'article L. 551-13 du code de justice administrative : " Le président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue, peut être saisi, une fois conclu l'un des contrats mentionnés aux articles L. 551-1 et L. 551-5, d'un recours régi par la présente section ". Aux termes de l'article L. 551-14 du même code : " Les personnes habilitées à agir sont celles qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par des manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumis ces contrats, ainsi que le représentant de l'État dans le cas des contrats passés par une collectivité territoriale ou un établissement public local ". Aux termes de l'article L. 551-18 dudit code : " Le juge prononce la nullité du contrat lorsqu' aucune des mesures de publicité requises pour sa passation n'a été prise, ou Lorsqu' à été omise une publication au Journal officiel de l'Union européenne dans le cas où une telle publication est prescrite. / (...) ". Enfin, aux termes de l'article L. 551-19 de ce code : " Toutefois, dans les cas prévus à l'article L. 551-18, le juge peut sanctionner le manquement soit par la résiliation du contrat, soit par la réduction de sa durée, soit par une pénalité financière imposée au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice, si le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général. / Cette raison ne peut être constituée par la prise en compte d'un intérêt économique que si la nullité du contrat entraîne des conséquences disproportionnées et que l'intérêt économique atteint n'est pas directement lié au contrat (...) ".

3. Il n'entre dans la compétence du juge du référé contractuel, telle que définie par l'article L. 551-13 du code de justice administrative, de statuer sur un avenant à un contrat que lorsque la conclusion d'un tel accord est soumise aux règles de publicité et de concurrence qui s'appliquent à la passation des contrats visés aux articles L. 551-1 et L. 551-5.

Sur les conclusions du pourvoi :

4. D'une part, aux termes de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique : " Un marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence dans les conditions prévues par voie réglementaire, lorsque : / 1° Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; / 2° Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ; / 3° Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ; / 4° Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ; / 5° Les modifications ne

sont pas substantielles ; / 6° Les modifications sont de faible montant. / Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché ".

5. Aux termes de l'article R. 2194-5 du même code : " Le marché peut être modifié lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir (...) ". Aux termes de l'article R. 2194-6 : " Le marché peut être modifié lorsqu'un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché, dans l'un des cas suivants : / 1° En application d'une clause de réexamen ou d'une option conformément aux dispositions de l'article R. 2194-1 ; / 2° Dans le cas d'une cession du marché, à la suite d'une opération de restructuration du titulaire initial, à condition que cette cession n'entraîne pas d'autres modifications substantielles et ne soit pas effectuée dans le but de soustraire le marché aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Le nouveau titulaire doit remplir les conditions qui avaient été fixées par l'acheteur pour la participation à la procédure de passation du marché initial ". Aux termes de l'article R. 2194-7 : " Le marché peut être modifié sans nouvelle procédure de mise en concurrence lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ne sont pas substantielles. / Pour l'application de l'article L. 2194-1, une modification est substantielle, notamment, lorsque au moins une des conditions suivantes est remplie : (...) 4° Elle a pour effet de remplacer le titulaire initial par un nouveau titulaire en dehors des hypothèses prévues à l'article R. 2194-6 ".

6. D'autre part, aux termes de l'article R. 2142-19 du code de la commande publique : " Les groupements d'opérateurs économiques peuvent participer aux procédures de passation de marchés ". Aux termes de l'article R. 2142-20 du même code : " Le groupement est : / 1° Conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ; / 2° Solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché ". Aux termes de l'article R. 2142-25 de ce code : " L'appréciation des capacités d'un groupement d'opérateurs économiques est globale. Il n'est pas exigé que chaque membre du groupement ait la totalité des capacités requises pour exécuter le marché ".

7. La substitution, au cours de l'exécution d'un marché passé avec un groupement d'opérateurs économiques, lequel n'est pas doté de la personnalité juridique, d'un ou de plusieurs des membres de ce groupement par un ou plusieurs autres opérateurs économiques constitue une modification du titulaire du marché qui ne peut valablement avoir lieu sans mise en concurrence que dans les cas prévus par les dispositions de l'article L. 2194-1 du code de la commande publique, citées au point 4, et précisés par les dispositions réglementaires citées au point 5.

8. Il en résulte qu'en jugeant que la substitution effectuée par l'avenant contesté de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC au sein du groupement titulaire du marché passé par le GHISF ne constituait pas une modification du titulaire du marché soumise aux dispositions citées aux points 4 et 5 dès lors que cette modification ne concernait qu'un membre du groupement et que son mandataire n'avait pas changé, l'auteur de l'ordonnance attaquée a commis une erreur de droit. La SHAM est, par suite, fondée à demander l'annulation de l'ordonnance qu'elle attaque.

9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au titre de la procédure de référé engagée en application des

dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.

Sur les conclusions dirigées contre l'avenant signé le 8 septembre 2021 :

10. En premier lieu, d'une part, il résulte de ce qui a été dit précédemment que la substitution de la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC à la société Amtrust International Underwriters DAC comme membre du groupement avec lequel a été passé le marché doit être regardée comme un changement de titulaire, qui ne peut avoir régulièrement lieu que dans les cas et conditions prévus par l'article R. 2194-6 du code de la commande publique. Or il résulte de l'instruction que cette modification n'a pas eu lieu en application d'une clause de réexamen ou d'une option et qu'elle n'est pas intervenue à la suite d'une opération de restructuration de la société Amtrust International Underwriters DAC.

11. D'autre part, la décision de cette société de se retirer du groupement, qui met en œuvre une clause de résiliation prévue par le contrat lui-même, ne peut être regardée comme constituant une circonstance qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir au sens des dispositions de l'article R. 2194-5 du code de la commande publique.

12. En second lieu, aux termes de l'article R. 2194-8 du code de la commande publique : " Le marché peut être modifié lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens qui figurent dans l'avis annexé au présent code et à 10 % du montant du marché initial pour les marchés de services et de fournitures ou à 15 % du montant du marché initial pour les marchés de travaux, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions prévues à l'article R. 2194-7 sont remplies. / Les dispositions de l'article R. 2194-4 sont applicables au cas de modification prévue au présent article ". Il résulte de l'avenant litigieux qu'il porte la prime d'assurance pour la seule année 2022 de 2,65% à 3,048% du budget, soit une augmentation de 74 610,60 euros hors taxes, ce qui représente une augmentation de 5,01% du montant total du marché sur les trois années d'exécution. Cette augmentation porte ainsi sur un montant inférieur au seuil de 215 000 euros hors taxes et inférieur à 10 % du montant total du marché. Dès lors, il résulte de ce qui a été dit au point 3 que la SHAM n'est pas recevable à contester devant le juge du référé contractuel cet avenant en tant qu'il a modifié le prix du marché d'assurances initial.

13. Il résulte de ce qui précède que la SHAM est seulement recevable à saisir le juge du référé précontractuel des stipulations de l'avenant signé le 8 septembre 2021 qui procèdent au remplacement de la société Amtrust International Underwriters DAC par la société Berkshire Hathaway Insurance Company DAC, lesquelles sont divisibles des autres stipulations de l'avenant, et qu'elle est fondée à soutenir qu'en procédant à ce remplacement sans mise en concurrence le GHISF a méconnu ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

14. Si cette irrégularité est, par application de l'article L. 551-18 du code de justice administrative, de nature à entraîner l'annulation de ces stipulations de l'avenant litigieux, une telle annulation se heurte en l'espèce à une raison impérieuse d'intérêt général, tenant à l'obligation légale faite aux établissements de santé de bénéficier d'une assurance destinée à les garantir pour leur responsabilité civile et aux conséquences disproportionnées, au regard des manquements commis, qu'aurait une annulation rétroactive de l'avenant sur la couverture assurantielle des sinistres ayant été susceptibles de survenir depuis sa signature. En outre, compte tenu, d'une part, de l'obligation d'assurance des établissements de santé, laquelle fait obstacle à ce qu'une résiliation soit prononcée avec un effet immédiat, et, d'autre part, de la durée d'exécution du contrat restant à courir, il y a lieu, dans

les circonstances de l'espèce, de faire application des dispositions de l'article L. 551-19 du code de justice administrative et d'infliger au GHSIF une pénalité financière de 5 000 euros.

Référence 4 : **Conclusions du rapporteur public sur CE (8/3 CR) 4 octobre 2021, Société sportive professionnelle Olympique de Marseille, n° 440428 ;**

1. La décision que vous rendrez dans ce dossier mettra enfin un terme au litige indemnitaire qui oppose la société anonyme sportive professionnelle Olympique de Marseille à la commune de Marseille, à la suite d'événements tragiques survenus au Stade Vélodrome en juillet 2009. Dans le cadre de la préparation d'un concert de la chanteuse Madonna, qui devait se tenir au Stade Vélodrome, la toiture de la structure temporaire destinée à servir de scène s'est effondrée, causant la mort de deux ouvriers et en blessant huit autres.

L'organisation de ce concert était pilotée par la société Live Nation France, filiale de la société américaine d'organisation et de promotion de spectacles Live Nation. Cette société, grande absente du débat contradictoire devant vous (elle n'a produit aucun mémoire), est appelée en garantie par la commune de Marseille.

L'EFFONDREMENT D'UN ÉQUIPEMENT AU STADE VÉLODROME, CONTRAIGNANT L'OM À DÉLOCALISER UN MATCH

Le Stade Vélodrome, qui appartient à la commune de Marseille et constitue un ouvrage public, est mis à disposition de la société Olympique de Marseille aux termes d'une convention pluriannuelle qui prévoit que le club dispose, moyennant redevance, de l'enceinte élargie, incluant la totalité des gradins et aménagements intérieurs, tant pour les rencontres officielles définies par le calendrier de la ligue que pour les matchs de coupe de France ou les rencontres amicales. En dehors des périodes où le stade est mis à la disposition de l'Olympique de Marseille, la commune en conserve la disposition ; elle en assure l'entretien et la gestion et exploite les différentes activités susceptibles de s'y dérouler pendant ces périodes.

C'est dans ce cadre que la commune de Marseille a conclu avec la société Live Nation France un contrat prévoyant la mise à disposition du Stade Vélodrome pour une durée de six jours, du 15 au 21 juillet 2009, pour le concert de Madonna prévu le 19 juillet. L'accident est survenu le 16 juillet. Le concert prévu a alors été annulé et, compte tenu notamment des délais nécessaires à l'enquête judiciaire, il est apparu que la première rencontre du championnat de ligue 1, qui devait se tenir le 16 août avec un match opposant Marseille à Lille, ne pourrait être jouée comme prévu au Stade Vélodrome. Cette rencontre a finalement été délocalisée au stade de la Mosson à Montpellier.

Estimant avoir subi divers préjudices du fait de la délocalisation de ce match, la société Olympique de Marseille a saisi en 2013 le tribunal administratif d'une demande tendant à la condamnation de la commune de Marseille à lui verser la somme de 1 003 325 € à titre de réparation. Le tribunal a rejeté la demande, en jugeant que la commune n'avait pas commis de faute et que l'accident avait constitué un cas de force majeure de nature à l'exonérer de toute responsabilité à l'égard de l'Olympique de Marseille. La solution a été confirmée en appel, sur un autre terrain.

La cour a jugé que la décision de délocaliser le match à Montpellier résultait d'une décision de l'Olympique de Marseille

prise avant même que la commune ait pris une quelconque décision d'indisponibilité du Stade Vélodrome et que le préjudice subi par l'Olympique de Marseille lui était entièrement imputable. Par une décision du 24 avril 2019, vous avez censuré pour dénaturation cette appréciation de la cour en jugeant qu'il ressortait du dossier que le club s'étant borné, en préparant la délocalisation du match à Montpellier, à tirer les conséquences du fait que le Stade Vélodrome ne pourrait être disponible le 16 août.

Statuant sur renvoi, la cour de Marseille a jugé, comme le tribunal administratif, que le manquement de la commune de Marseille à ses obligations contractuelles résultait de la force majeure, qui l'exonérait de toute responsabilité à l'égard de la société Olympique de Marseille. La cour a également écarté l'argumentation de l'Olympique de Marseille sur le terrain de la responsabilité sans faute de la commune et elle a donc rejeté l'appel. L'Olympique de Marseille s'est, de nouveau, pourvue en cassation.

L'affaire comporte également un volet pénal. Par un jugement du 17 février 2021, le tribunal correctionnel de Marseille a, en particulier, condamné la présidente de l'époque de la société Live Nation France à deux ans d'emprisonnement avec sursis, 20 000 € d'amende et deux ans d'interdiction d'exercer la profession d'organisation de spectacles ; le patron de l'entreprise propriétaire de la scène et chargée de son montage a également été condamné à deux ans d'emprisonnement avec sursis et 15 000 € d'amende.

La société Live Nation France, pour sa part, a été reconnue coupable d'homicides involontaires dans le cadre du travail, de blessures involontaires avec incapacité supérieure à trois mois dans le cadre du travail et de blessures involontaires avec incapacité n'excédant pas trois mois dans le cadre du travail et condamnée à une amende de 150 000 € ; une amende de 5 000 € pour infraction à la réglementation générale sur l'hygiène et la sécurité du travail lui a également été infligée.

UN ÉVÉNEMENT DE FORCE MAJEURE ?

2. Le pourvoi pose une intéressante question sur l'appréciation de la force majeure en matière contractuelle. La cour de Marseille a estimé que les trois conditions cumulatives caractérisant la force majeure étaient satisfaites : l'extériorité de l'événement par rapport à la volonté ou à l'activité des parties, son imprévisibilité (événement dont la survenue ou l'ampleur des conséquences n'étaient pas raisonnablement envisageables), son irrésistibilité (impossibilité de le surmonter compte tenu des moyens disponibles).

Un mot d'abord des discussions doctrinales sur la question de l'abandon de la condition tenant à ce que l'événement soit extérieur aux parties. Deux éléments ont alimenté une controverse à ce sujet : d'une part, cette condition n'apparaît pas dans les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui ont, en revanche, confirmé l'exigence cumulative des deux autres conditions ; d'autre part, l'article 1218 du code civil, issu de la réforme du droit des contrats opérée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, n'énonce pas cette condition.

Il nous semble toutefois qu'elle n'a pas été abandonnée, mais seulement aménagée. D'une part, le communiqué de la Cour de cassation accompagnant les arrêts du 14 avril 2006 rappelait l'attachement de la Cour de cassation à ce critère et des arrêts postérieurs l'ont effectivement relevé comme une condition nécessaire. D'autre part, l'article 1218 du code civil énonce bien trois conditions pour qu'il y ait force majeure en matière contractuelle : l'événement qui empêche l'exécution de son obligation par le débiteur doit échapper au contrôle de ce débiteur

(aménagement, nous semble-t-il, de la condition d'extériorité) ; il doit n'avoir pu être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat (condition d'imprévisibilité, appréciée, en matière contractuelle, à la date du contrat 8) ; enfin, il faut que les effets de l'événement n'aient pu être évités par des mesures appropriées (condition d'irrésistibilité).

Dans l'arrêt contesté, la cour de Marseille a centré l'analyse sur l'effondrement de la structure scénique et les événements tragiques qui en ont découlé. Sans remettre en cause ce cadre de réflexion, la société Olympique de Marseille et la commune débattent essentiellement sur le point de savoir si les conditions d'imprévisibilité et d'irrésistibilité pouvaient ou non être regardées comme satisfaites. Nous dirons quelques mots de ce débat un peu plus tard, mais il nous semble qu'il faut d'abord s'intéresser à la troisième condition. La cour a jugé cette condition d'extériorité satisfaites en relevant que la commune de Marseille était étrangère à l'opération de montage de la structure scénique et que l'événement à l'origine de la faute contractuelle échappait donc à son contrôle.

Mais fallait-il raisonner, pour apprécier l'existence de la force majeure, en zoomant ainsi sur l'élément directement à l'origine du manquement de la commune et en occultant en conséquence le reste du panorama, en particulier l'existence du contrat conclu entre la commune et la société Live Nation France ?

LA CONDITION D'EXTÉRIORITÉ

Sur cette question de méthode, nous n'avons pas trouvé de jurisprudence topique. Le cas le plus proche est celui des préposés ou substitués du débiteur, dont les faits ne peuvent, selon la Cour de cassation, constituer la force majeure, faute d'extériorité par rapport au débiteur. La société Live Nation n'a certes pas ce type de lien avec la commune, mais l'effondrement de la scène pendant son montage ne peut être regardé comme un événement totalement extérieur à la commune : c'est cette dernière qui a souhaité accueillir le concert de Madonna et a conclu à cet effet le contrat avec la société Live Nation, mettant à sa disposition le Stade Vélodrome et ses installations techniques.

En vertu de ce contrat, un certain nombre d'obligations étaient à la charge de la commune de Marseille (mettre le Stade Vélodrome en « configuration concert », assurer la protection de la pelouse...) et ses services techniques avaient un droit de regard sur les aménagements qui seraient réalisés à l'intérieur du Stade Vélodrome. Il était prévu que les logos de la commune de Marseille et du Stade Vélodrome figurent sur les supports de communication élaborés pour l'occasion. Si on dézoome un peu, pour se placer au niveau de l'organisation du concert de Madonna, il nous semble difficile de juger que cet événement échappait totalement au contrôle de la commune de Marseille.

Deux autres considérations nous paraissent militer en ce sens. La première est que la société Olympique de Marseille aurait pu intenter une action contre la société Live Nation devant le juge judiciaire, en alléguant de ce que cette dernière avait commis une faute dans le montage de la structure scénique et, si les conditions étaient réunies, obtenir ainsi une indemnisation des préjudices qu'elle soutenait avoir subis. L'Olympique de Marseille a choisi une autre voie, qui est de se retourner contre son débiteur contractuel, la commune de Marseille, quitte pour celui-ci à exercer le cas échéant une action récursoire contre la société Live Nation. Reconnaître la force majeure revient à fermer toute perspective d'indemnisation par cette voie. Dès lors que cette voie de recours nous paraît avoir été, tout comme la première, ouverte à l'Olympique de Marseille, il ne nous paraît pas logique qu'elle

ne puisse pas aboutir, pour cette société, au même résultat que l'autre.

La seconde considération tient à la conception traditionnellement stricte des situations caractérisant la force majeure, celle-ci constituant, rappelons-le, un élément exonérateur de toute responsabilité. Comme le rappelle l'Olympique de Marseille, certains auteurs vont jusqu'à affirmer que les événements qui sont le fait de l'homme ne peuvent remplir les caractéristiques de la force majeure. Ici, l'événement, dans son intégralité, est imputable au fait de l'homme.

C'est d'ailleurs pourquoi nous doutons aussi que la condition d'imprévisibilité soit satisfaite. Le montage d'une structure scénique d'une telle importance est une opération complexe et un accident ou incident technique, s'il est heureusement rare, ne peut être exclu ; l'opération faisant intervenir des ouvriers, il ne peut non plus être exclu que l'accident conduise à des blessés, voire des morts.

Nous vous proposons donc de juger que la cour de Marseille a inexactly qualifié les faits en jugeant que la force majeure était établie. Vous annulez l'arrêt et devez garder l'affaire pour la régler au fond.

3. Vous pourrez d'abord écarter deux fins de non-recevoir présentées par la commune. Les moyens d'appel sont présentés avec suffisamment de précision. Et le défaut de qualité pour agir du représentant légal de la société Olympique de Marseille a été, en tout état de cause, régularisé par les écritures de l'Olympique de Marseille devant le Conseil d'État, présentées par la SCP Waquet, Farge, Hazan pour la société sportive professionnelle Olympique de Marseille, représentée par M. Jacques-Henri Eyraud, son président.

Vous serez alors saisis de la demande présentée au tribunal administratif par la société Olympique de Marseille. Vous devrez d'abord examiner deux fins de non-recevoir soulevées par la commune.

Vous pourrez facilement écarter celle tirée de ce que M. Labruno, président du directoire de la société Olympique de Marseille, n'aurait pas justifié de sa qualité pour introduire la demande soumise au tribunal administratif le 20 juin 2013.

La commune soutenait également que la demande indemnitaire de l'Olympique de Marseille était irrecevable, faute de réclamation préalable. Il est vrai que la société n'avait pas formé de réclamation auprès de la commune avant de saisir le tribunal administratif et qu'elle n'a présenté une telle réclamation que par courrier du 14 mars 2017, envoyé en recommandé avec accusé de réception. Vous jugez toutefois qu'aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à un requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration lorsqu'il a formé, postérieurement à l'introduction de son recours juridictionnel, une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue, et ce quelles que soient les conclusions du mémoire en défense de l'administration.

Au cas présent, vous ne disposez pas de l'accusé de réception de la demande par la commune mais celle-ci ne soutient pas qu'une décision implicite de rejet ne serait pas née avant que le tribunal ne statue, par jugement du 23 mai 2017. Vous pourrez donc écarter cette fin de non-recevoir.

L'ABSENCE DE DISPONIBILITÉ DU STADE VÉLODROME CONSTITUE UNE FAUTE CONTRACTUELLE COMMISE PAR LA COMMUNE DE MARSEILLE

Vous jugerez ensuite que la commune de Marseille a commis une faute de nature à engager sa responsabilité contractuelle en ne remplissant pas l'obligation qui était la sienne de mettre le Stade Vélodrome à la disposition de l'Olympique de Marseille pour la rencontre de ligue 1 qui devait se tenir le 16 août 2009. Il ressort des stipulations de la convention conclue entre l'Olympique de Marseille et la commune, en particulier de son article 4.1, que cette dernière était tenue à une obligation de résultat sur ce point. Et, comme vous l'avez jugé par votre première décision, la décision d'organiser le match à Montpellier ne résulte pas d'un choix de l'Olympique de Marseille, mais de la circonstance que la commune n'était pas en mesure de remplir son obligation contractuelle.

L'examen des demandes indemnitaires de l'Olympique de Marseille, s'il revêt bien sûr une grande importance pour les parties, est très classique sur le plan juridique et nous insisterons donc seulement sur les points qui peuvent faire débat.

L'Olympique de Marseille a présenté des conclusions à hauteur de 1 003 225 € au total, correspondant à deux ensembles de préjudices : les dépenses supplémentaires occasionnées par le déplacement du match à Montpellier et les recettes non perçues de ce fait. S'agissant de la TVA sur les dépenses supplémentaires, il n'y a pas lieu de la prendre en compte, dès lors que l'Olympique de Marseille a pu la déduire ; les recettes non perçues doivent, bien évidemment, être évaluées hors TVA.

En ce qui concerne les dépenses supplémentaires, vous pourrez regarder comme en lien direct avec la faute de la commune :

– le coût de la location du stade de la Mosson (29 290 €), dont il faudra retrancher l'économie de 73 082 € sur la redevance d'occupation du Stade Vélodrome ;

– les frais exposés pour le déplacement et l'hébergement à Montpellier des salariés de l'Olympique de Marseille et des « stadiers » qu'elle emploie ; ces frais ne sont toutefois suffisamment justifiés qu'à hauteur de 2 819 € sur les 10 526 € demandés. En effet, l'Olympique de Marseille a fourni une liste de ses salariés présents en août 2009, et n'apporte aucune explication sur le rôle de MM. Di Napoli, Bobin, Cazadamont et Chalchitis, qui ne figurent pas sur cette liste ;

– les surcoûts liés aux frais de régie technique et d'organisation et aux frais de publicité pour annoncer la délocalisation du match (56 670 € au total) ;

– les surcoûts liés aux frais de personnels intérimaires (18 860 €) ;

– les surcoûts liés aux frais de transport des stadiers et supporters (87 509 €). Le transport des supporters en car jusqu'au lieu du match est une pratique courante lorsque la distance est assez courte et, en l'espèce, cela a sûrement permis de limiter la perte de recettes de billetterie.

Tout cela conduit à un montant d'indemnisation au titre des dépenses supplémentaires de 122 066 €.

S'agissant des pertes de recettes, pourront être retenus :

– le manque à gagner lié à la capacité d'accueil plus faible du stade de la Mosson 14 ; sur la base d'une évaluation réaliste du nombre de spectateurs qui auraient assisté au match au Stade Vélodrome (entre 55 000 et 56 000), ce manque à gagner s'élève à 318 710 € HT ;

– la perte nette sur les recettes de restauration, dont l'Olympique de Marseille perçoit un pourcentage (21 111 €).

En revanche, le montant de 9 500 € au titre des pertes d'exploitation des boutiques situées dans le Stade Vélodrome n'est en rien justifié et ne pourra être retenu.

L'Olympique de Marseille demande également que soit pris en compte le dédommagement de ses abonnés, qui ont dû payer leur billet pour le match à Montpellier, alors que leur statut d'abonné leur aurait permis d'assister gratuitement au match au Stade Vélodrome et qui n'ont pas tous été en mesure d'assister au match à Montpellier, compte tenu de la capacité d'accueil plus faible du stade. En compensation, l'Olympique de Marseille a choisi d'offrir à ses abonnés des invitations gratuites pour le match OM-FC Copenhague, comptant pour le 16e de finale de l'Europa League, ce qui lui a coûté environ 500 000 €.

Si elle fait valoir que ce geste était nécessaire pour éviter des contestations en justice, elle n'apporte pas de précisions sur les clauses contractuelles qui lui auraient imposé de dédommager ses abonnés, au surplus sous la forme qu'elle a choisie. Le communiqué diffusé à ce sujet par l'Olympique de Marseille indiquait au contraire : « Même si la responsabilité du Club ne peut être mise en cause, ni aucune obligation de remboursement exigée, afin de ne pas pénaliser davantage ses abonnés, le Club a décidé de leur offrir une compensation sur un prochain match de Coupe au Vélodrome ». Dans ces conditions, le lien entre la faute de la commune et la dépense considérée n'est pas suffisamment établi.

Enfin, la décision de l'Olympique de Marseille de prendre des mesures de compensation pour les annonceurs louant habituellement les panneaux publicitaires au Stade Vélodrome et bénéficiant d'encarts publicitaires dans le programme officiel de la rencontre n'a pas non plus un lien suffisamment direct avec la faute de la commune (6 400 €).

Vous retiendrez donc un préjudice au titre des pertes de recettes de 339 821 €, ce qui conduit à un montant total d'indemnité que vous pourrez fixer à la somme de 465 000 €. Cette somme portera intérêts au taux légal à compter du 20 juin 2013, date d'enregistrement de la demande devant le tribunal administratif de Marseille 15. La capitalisation des intérêts ayant été demandée à cette même date par l'Olympique de Marseille, vous pourrez l'accorder à compter du 20 juin 2014.

L'APPEL EN GARANTIE PAR LA VILLE DE MARSEILLE DE L'OPÉRATEUR À L'ORIGINE DE L'ACCIDENT

Il reste à statuer sur les conclusions de la commune aux fins d'appel en garantie de la société Live Nation France.

Contrairement à ce que soutenait la société devant les juges du fond, la circonstance qu'elle soit un tiers à la relation contractuelle liant l'Olympique de Marseille à la commune et que la demande de l'Olympique de Marseille ne soit pas directement dirigée contre elle ne fait pas obstacle à ce que la commune de Marseille l'appelle en garantie. Signalons que vous êtes compétents pour vous prononcer sur cette action, dès lors que le contrat liant la commune à la société Live Nation France portait occupation du domaine public.

Cette société n'est pas non plus fondée à soutenir que, faute qu'elle ait été partie à l'instance ayant donné lieu à votre décision du 24 avril 2019, l'arrêt de la cour de Marseille que vous avez annulé par cette décision est la seule décision du juge

administratif qui lui est opposable. Enfin, l'appel en garantie n'est pas atteint par la prescription pour avoir été formé par la commune plus de cinq ans après les faits. Le point de départ pour décompter le délai de prescription doit être, non la date de l'accident, mais la date à laquelle la commune a reçu communication de la demande présentée par l'Olympique de Marseille devant le tribunal administratif.

Nous vous proposons de faire droit intégralement à l'appel en garantie. Le contrat liant la commune à la société Live Nation France stipulait que cette société, organisatrice de la manifestation, serait responsable des dommages de toute nature pouvant survenir du fait ou à l'occasion de l'exécution de la convention. Elle devait justifier d'un contrat d'assurance responsabilité civile et la ville de Marseille dégageait toute responsabilité. Compte tenu des clauses de ce contrat, la commune pouvait former appel en garantie contre la seule société Live Nation France, alors même que cette dernière a eu recours à d'autres sociétés pour les diverses opérations nécessaires à la préparation du stade.

Par ailleurs, aucun manquement ou négligence ne nous paraît pouvoir être retenu, en l'état du dossier qui vous est soumis, à l'égard de la commune. Celle-ci n'avait pas de raison de douter du professionnalisme de la société Live Nation pour l'organisation d'événements tels que le concert projeté. Le contrat conclu avec cette société comportait, en son article 7, des stipulations montrant que la commune avait entendu disposer d'un droit de regard sur les aménagements qui seraient réalisés dans le Stade Vélodrome et sur les entreprises spécialisées qui interviendraient pour réaliser ces aménagements.

Il n'est pas soutenu, et il ne ressort pas du dossier, que la commune aurait fait preuve de négligence ou accepté de prendre le moindre risque dans le cadre de cette mission de supervision. Enfin, un délai important devait, normalement, séparer la libération du Stade Vélodrome après le concert de Madonna, prévue le 21 juillet, et le match OM-Lille (16 août). Enfin, compte tenu de l'intervention du jugement du tribunal correctionnel de Marseille, les conclusions subsidiaires de la commune tendant à ce qu'il soit sursis à statuer jusqu'à l'intervention d'une décision du juge judiciaire quant à la responsabilité pénale de la société Live Nation France sont devenues sans objet.

En ce qui concerne les frais d'instance, vous pourrez mettre à la charge de la commune de Marseille le versement à l'Olympique de Marseille de la somme de 6 000 € au titre des frais engagés devant le Conseil d'État et devant les juridictions du fond. Vous rejetterez les conclusions présentées au même titre par la commune et par la société Live Nation France.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt du 6 mars 2020 de la cour administrative d'appel de Marseille et du jugement du 23 mai 2017 du tribunal administratif de Marseille ;
- à ce que la commune de Marseille soit condamnée à verser à la société anonyme sportive professionnelle Olympique de Marseille la somme de 465 000 € en réparation des préjudices qu'elle a subis ;
- à ce que la société Live Nation France garantisse la commune de Marseille de cette condamnation ;
- à ce que la commune de Marseille verse à l'Olympique de Marseille la somme de 6 000 € au titre des frais d'instance ;
- au rejet des conclusions présentées au même titre par la commune et par la société Live Nation France ;
- au rejet du surplus des conclusions de la demande présentée par l'Olympique de Marseille au tribunal administratif de Marseille.

Référence 5 : CE (8/3 CR) 4 octobre 2021, Société sportive professionnelle Olympique de Marseille, n° 440428 ;

Vu la procédure suivante :

La société sportive professionnelle Olympique de Marseille a demandé au tribunal administratif de Marseille de condamner la commune de Marseille à lui verser la somme de 1 003 325 euros, majorée des intérêts au taux légal ainsi que la capitalisation de ceux-ci, en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de l'indisponibilité du stade Vélodrome le 16 août 2009. Par un jugement n° 1304062 du 23 mai 2017, ce tribunal a rejeté cette demande.

Par un arrêt n° 17MA03262 du 23 mai 2018, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté l'appel formé par la société Olympique de Marseille contre ce jugement.

Par une décision n° 421909 du 24 avril 2019, le Conseil d'Etat a annulé cet arrêt et renvoyé l'affaire devant la cour administrative d'appel de Marseille.

Par un arrêt n° 19MA02108 du 6 mars 2020, la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté à nouveau l'appel formé par la société Olympique de Marseille.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire en réplique et un nouveau mémoire, enregistrés les 6 mai 2020, 3 août 2020, 22 mars 2021 et 16 avril 2021 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Olympique de Marseille demande au Conseil d'Etat :

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

Vu :

- le code civil ;
- le code de commerce ;
- le code du sport ;
- le code de justice administrative ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Marseille a conclu le 1er juillet 2009 avec la société sportive professionnelle Olympique de Marseille une convention de mise à disposition du stade Vélodrome, valable pour la période du 1er juillet 2009 au 30 juin 2011, en vue de l'organisation des rencontres de football programmées du club de l'Olympique de Marseille. La commune de Marseille a également conclu avec la société Live Nation France une convention de mise à disposition de ce même stade pour la période du 15 au 21 juillet 2009 en vue de l'organisation d'un concert. Le 16 juillet 2009, au cours des opérations de montage de la scène de spectacle édiflée en vue de cette manifestation, la structure métallique de la scène s'est effondrée, occasionnant le décès de deux personnes. A la suite de cet accident, le match de football devant opposer, le 16 août 2009, l'Olympique Marseille et le Lille Olympique Sporting Club n'a pu avoir lieu au stade Vélodrome, mais s'est tenu au stade de la Mosson à Montpellier. La société Olympique de Marseille a demandé à la commune de Marseille de lui verser la somme de 1 003 325 euros en réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait de l'indisponibilité du stade Vélodrome le 16 août 2009. Par un jugement du 23 mai 2017, le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa demande. La société Olympique de Marseille se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 6 mars 2020 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille, statuant sur renvoi après annulation d'un premier arrêt par une décision du Conseil d'Etat

du 24 avril 2019, a rejeté l'appel qu'elle avait formé contre ce jugement.

2. Pour juger que l'effondrement de la structure scénique prévue pour le concert et l'accident mortel qui s'en est suivi constituaient un cas de force majeure de nature à exonérer la commune de Marseille de toute responsabilité au regard du manquement aux obligations contractuelles résultant des stipulations de l'article 4.1 de la convention que celle-ci avait conclue le 1er juillet 2009 avec la société Olympique de Marseille, qu'elle a regardé comme établi dès lors que la commune n'a pas été à même de mettre le stade Vélodrome à disposition de cette société pour la rencontre sportive prévue le 16 août 2009, la cour administrative d'appel de Marseille s'est fondée sur la circonstance que l'effondrement de la structure scénique et l'accident mortel qui s'en est suivi n'avaient pas pour origine une faute de la commune de Marseille, laquelle était étrangère à l'opération de montage de cette structure, et résultaient de faits qui étaient extérieurs à cette commune et avaient le caractère d'un événement indépendant de sa volonté, qu'elle était impuissante à prévenir et empêcher. En statuant ainsi, alors que l'indisponibilité du stade, bien qu'elle résulte de fautes commises par la société Live Nation France et les sous-traitants de cette dernière dans le montage de la structure scénique, n'aurait pu survenir sans la décision initiale de la commune de Marseille de mettre le stade Vélodrome à disposition de cette société pour l'organisation d'un concert, la cour a inexactement qualifié les faits soumis à son appréciation.

3. Il s'ensuit, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur les autres moyens du pourvoi, que la société Olympique de Marseille est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

4. Aux termes du second alinéa de l'article L. 821-2 du code de justice administrative : " Lorsque l'affaire fait l'objet d'un second pourvoi en cassation, le Conseil d'État statue définitivement sur cette affaire ". Le Conseil d'État étant saisi, en l'espèce, d'un second pourvoi en cassation, il lui incombe de régler l'affaire au fond.

Sur la recevabilité de l'appel de la société Olympique de Marseille :

5. En premier lieu, la présentation d'une action par un avocat ou un avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation ne dispense pas le juge administratif de s'assurer, le cas échéant, lorsque la partie en cause est une personne morale, que le représentant de cette personne morale justifie de sa qualité pour engager cette action. Une telle vérification n'est toutefois pas normalement nécessaire lorsque la personne morale requérante est dotée, par des dispositions législatives ou réglementaires, de représentants légaux ayant de plein droit qualité pour agir en justice en son nom. Il résulte des dispositions combinées des articles L. 225-64 et L. 225-66 du code de commerce applicables aux sociétés anonymes disposant d'un directoire et d'un conseil de surveillance, ainsi que, par renvoi, de celles mentionnées au 3° de l'article L. 122-2 du code du sport applicables aux sociétés disposant de tels organes, que le président du directoire ou le directeur général unique ainsi que, le cas échéant, le directeur général, sont investis des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et représentent la société dans ses rapports avec les tiers. Ils ont ainsi, de plein droit, qualité pour agir en justice au nom de la société.

6. Il résulte de l'instruction que M. Jacques-Henri Eyraud, président du directoire de la société Olympique de Marseille à la date du pourvoi qu'il a formé devant le Conseil d'État au nom de cette société, a conclu à ce que le Conseil d'État, réglant l'affaire au fond, fasse droit à la requête d'appel de cette société. Par suite,

l'intéressé doit, en tout état de cause, être regardé comme s'étant approprié dans ce cadre les conclusions de cette requête. Il s'ensuit que le moyen tiré de ce que la société Olympique de Marseille n'aurait pas été représentée par une personne ayant qualité pour former l'appel objet de la présente instance doit être écarté.

7. En deuxième lieu, aux termes de l'article R. 411-1 du code de justice administrative : " La juridiction est saisie par requête. La requête (...) contient l'exposé des faits et moyens, ainsi que l'énoncé des conclusions soumises au juge ". La requête d'appel présentée par la société Olympique de Marseille satisfaisant à ces exigences, la fin de non-recevoir soulevée par la commune de Marseille doit être écartée.

Sur la recevabilité de la demande formée devant le tribunal administratif par la société Olympique de Marseille :

8. En premier lieu, il résulte de ce qui est dit au point 5 que M. A..., alors président du directoire de la société Olympique de Marseille, avait qualité pour introduire la demande soumise au tribunal administratif le 20 juin 2013.

9. En deuxième lieu, aucune fin de non-recevoir tirée du défaut de décision préalable ne peut être opposée à un requérant ayant introduit devant le juge administratif un contentieux indemnitaire à une date où il n'avait présenté aucune demande en ce sens devant l'administration lorsqu'il a formé, postérieurement à l'introduction de son recours juridictionnel, une demande auprès de l'administration sur laquelle le silence gardé par celle-ci a fait naître une décision implicite de rejet avant que le juge de première instance ne statue. Il résulte de l'instruction que la société Olympique de Marseille a demandé le 14 mars 2017 à la commune de Marseille de l'indemniser du préjudice qu'elle estimait avoir subi du fait de l'indisponibilité du stade Vélodrome pour la rencontre du 16 août 2009. Cette demande ayant été rejetée par le silence gardé par la commune de Marseille avant que le tribunal administratif statue, le 23 mai 2017, celle-ci n'est ainsi pas fondée à soutenir que la demande indemnitaire de la société Olympique de Marseille serait irrecevable faute de liaison du contentieux.

Sur la responsabilité contractuelle de la commune de Marseille :

10. Aux termes de l'article 2 de la convention conclue le 1er juillet 2009 entre la commune de Marseille et la société Olympique de Marseille : " La convention a pour objet de déterminer les conditions dans lesquelles le stade Vélodrome est mis à disposition de l'OM pour l'organisation de ses rencontres programmées de football. La ville de Marseille conserve la disposition du stade Vélodrome et en assure l'entretien gros et menu, la gestion ainsi que l'exploitation des différentes activités susceptibles de s'y dérouler en dehors des périodes de mise à disposition prévues par la convention. ". Aux termes de l'article 4.1 de cette même convention : " La ville de Marseille met le stade Vélodrome à la disposition de l'OM pour l'organisation des rencontres programmées dans les conditions définies par la convention. L'OM est le " club résident " de football du stade Vélodrome, prioritaire en cette qualité pour l'utilisation du stade Vélodrome dans le cadre des rencontres officielles (...). La ville de Marseille prend les mesures appropriées pour que le stade Vélodrome puisse permettre l'organisation des rencontres officielles dans des conditions compatibles avec les normes impératives ". Selon l'article 1er de cette même convention, les " normes impératives " s'entendent de " toute réglementation ou norme impérative applicable aux enceintes sportives recevant du public émanant des autorités administratives compétentes ainsi que toute prescription ou décision en matière de sécurité des

spectateurs et des sportifs édictées par les autorités nationales, européennes et internationales du football dont la mise en œuvre est nécessaire pour permettre l'organisation des rencontres de l'OM dans le stade ".

11. Il résulte de l'instruction que le match devant opposer l'Olympique de Marseille au Lille Olympique Sporting Club le 16 août 2009, joué au titre de la deuxième journée du championnat de France de ligue 1, constituait une rencontre programmée au sens des stipulations de la convention citées au point 10. La commune de Marseille n'ayant pas été en mesure de mettre le stade Vélodrome à disposition de la société Olympique de Marseille en vue de cette rencontre sportive, cette dernière, qui s'est trouvée contrainte d'organiser la rencontre dans un autre lieu sans que cela résulte, contrairement à ce qui est soutenu en défense, de sa seule initiative, est fondée à soutenir que la commune de Marseille a manqué aux obligations mises à sa charge par les stipulations de l'article 4.1 de la convention conclue avec ce club sportif. En l'absence de stipulation ou, comme il a été dit au point 2 et contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, de circonstances relevant de la force majeure de nature à exonérer la commune de sa responsabilité contractuelle, la société Olympique de Marseille est fondée à demander la réparation du préjudice qui en est résulté pour elle.

Sur l'évaluation du préjudice :

12. En premier lieu, il résulte de l'instruction qu'en raison des capacités d'accueil du stade de la Mosson, limitées à 32 900 places, la rencontre sportive organisée à Montpellier le 16 août 2009 s'est déroulée en présence d'un nombre de spectateurs notablement inférieur à celui qui aurait pu être accueilli dans le cadre d'un match organisé au stade Vélodrome à une telle période de l'année. Il y a lieu de déterminer le montant du préjudice qui en est résulté en se référant à la rencontre ayant opposé l'Olympique de Marseille et l'Association de la Jeunesse Auxerroise le 17 août 2008, laquelle est représentative, en termes de nombre de spectateurs, des matchs de l'Olympique de Marseille qui se sont déroulés au stade Vélodrome au cours des mois d'août des années 2006 à 2010. La perte de recettes qui en résulte peut être évaluée sur cette base à 308 780 euros hors taxes au titre de la vente de places aux spectateurs, somme à laquelle il convient d'ajouter un manque à gagner pouvant être estimé à 21 111 euros hors taxes au titre des prestations de restauration qui leur sont délivrées sur place et dont la société Olympique de Marseille bénéficie par convention à hauteur de 20 % et à 9 930 euros hors taxes au titre des pertes sur les ventes de places " VIP ". En revanche, les justificatifs produits par cette société sont insuffisants pour établir d'éventuelles pertes liées à l'exploitation de la boutique vendant sur place des produits à l'effigie du club.

13. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction qu'en raison de la délocalisation à Montpellier de la rencontre sportive qui s'est déroulée le 16 août 2009, la société Olympique de Marseille a exposé des frais de déplacement et d'hébergement pour ses salariés et les stadiers auxquels elle a recours. Elle justifie de ces frais à concurrence de la somme de 2 819 euros hors taxes, les autres dépenses de déplacement et d'hébergement dont la société demande l'indemnisation à ce titre n'étant assorties d'aucun justificatif ou concernant des personnels non répertoriés dans la liste des salariés du club versée au dossier par la société Olympique de Marseille et ne pouvant, par suite, être retenues. Il y a également lieu de l'indemniser des dépenses qu'elle a exposées pour une somme de 87 509 euros hors taxes aux fins d'assurer le transport de supporters à Montpellier.

14. En troisième lieu, la société Olympique de Marseille expose avoir engagé une somme totale de 56 670 euros hors taxes pour

l'achat d'encarts publicitaires destinés à informer le public de la délocalisation du match, pour le transport et l'entreposage au stade de la Mosson de matériels et de panneaux d'affichage publicitaires et pour l'achat de banderoles. Il résulte de l'instruction que ces dépenses ont directement été supportées pour l'organisation de cette rencontre sportive et doivent ainsi donner lieu à indemnisation.

15. En quatrième lieu, il résulte de l'instruction qu'en raison de l'indisponibilité du stade Vélodrome le 16 août 2009, la société Olympique de Marseille a été contrainte de prendre à sa charge les frais inhérents à la location du stade de la Mosson à Montpellier pour une somme de 29 290 euros hors taxes. Elle est par suite fondée à demander à en être indemnisée.

16. En cinquième lieu, la société Olympique de Marseille justifie avoir exposé des dépenses liées au recrutement de personnels intérimaires à Montpellier, pour la tenue du guichet ou des opérations de manutention, pour un montant dépassant de 18 860 euros hors taxes les charges habituellement supportées au titre de ces mêmes postes de dépenses lors des rencontres comparables organisées dans l'enceinte du stade Vélodrome. Cette somme doit par suite être prise en compte pour le calcul du montant du préjudice indemnisable.

17. En sixième lieu, la société Olympique de Marseille n'établit pas que la délivrance gratuite aux abonnés de places pour un match contre le FC Copenhague et la parution gratuite, dans les publications du club, de publicité pour des partenaires qui ont pu être affectés par la délocalisation du match procéderait d'obligations contractuelles à l'égard de ces personnes et non de choix commerciaux de sa part. Il n'y a, par suite, pas lieu d'en tenir compte pour déterminer le montant du préjudice ouvrant droit à indemnisation.

18. En septième lieu, l'indemnisation à accorder à la société Olympique de Marseille doit être réduite à hauteur des dépenses dont elle a été dispensée pour la location du stade Vélodrome du fait de cette délocalisation. Celles-ci doivent être évaluées, sur la base de la même hypothèse de fréquentation que celle retenue au point 12, à 73 082 euros hors taxes.

19. Il résulte de tout ce qui précède que la société Olympique de Marseille est fondée à soutenir que la commune de Marseille doit être condamnée à lui verser, à titre d'indemnité, une somme qu'il y a lieu de fixer à 461 887 euros. La société Olympique de Marseille a droit, ainsi qu'elle le demande, aux intérêts au taux légal afférents à cette indemnité à compter du 20 juin 2013, date à laquelle elle a saisi le tribunal administratif de Marseille. La capitalisation des intérêts ayant été demandée par cette société à la même date, il y a lieu de faire droit à cette demande à compter du 20 juin 2014, date à laquelle était due pour la première fois une année d'intérêts ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date.

Sur l'appel en garantie de la société Live Nation France :

20. En premier lieu, la commune de Marseille n'ayant pas expressément abandonné, dans l'instance ayant donné lieu à l'arrêt attaqué, rendu par la cour administrative d'appel sur renvoi après annulation d'un premier arrêt par une décision du Conseil d'Etat du 24 avril 2019, les conclusions qu'elle a formées devant le tribunal administratif tendant à ce que la société Live Nation France soit condamnée à la garantir des indemnisations mises à sa charge, le Conseil d'Etat, réglant l'affaire au fond après annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel, demeure, contrairement à ce que soutient cette société, saisi de ces conclusions, la circonstance que celle-ci n'ait pas été partie à

l'instance ayant donné lieu à la décision précitée du Conseil d'Etat étant dépourvue d'incidence à cet égard.

21. En deuxième lieu, la circonstance que la société Olympique de Marseille n'a formé aucune demande tendant à la condamnation de la société Live Nation France à l'indemniser du préjudice qu'elle a subi à raison de l'impossibilité d'organiser au stade Vélodrome la rencontre programmée le 16 août 2019 est sans incidence sur la recevabilité de l'appel en garantie formé par la commune de Marseille à l'égard de cette société. Par ailleurs, ayant été formé le 18 octobre 2016, soit moins de cinq ans après la requête par laquelle la société Olympique de Marseille a sollicité la mise à la charge de la commune de Marseille de l'indemnisation contre laquelle cette commune demandait à être garantie, la société Live Nation France n'est pas fondée à soutenir que cet appel en garantie serait atteint par la prescription prévue par l'article 2224 du code civil.

22. En troisième lieu, aux termes des stipulations de l'article 6 de la convention de mise à disposition du stade Vélodrome pour le concert devant se tenir le 19 juillet 2009, " La société Live Nation France organisatrice de la manifestation est responsable des dommages de toute nature pouvant survenir du fait ou à l'occasion de l'exécution de la présente convention ". Par suite, nonobstant les manquements qui auraient pu être commis par les sous-traitants auxquels a recouru la société Live Nation France pour le montage du dispositif scénique prévu pour la tenue du concert, il y a lieu d'accueillir les conclusions de la commune de Marseille tendant à ce que cette société soit appelée en garantie. En l'absence, au vu de l'instruction, de négligences de la commune de Marseille de nature à atténuer les responsabilités incombant à la société Live Nation France en application des stipulations précitées, cette société garantira la commune du montant total des sommes mises à sa charge par la présente décision.

23. Il résulte de tout ce qui précède que la société Olympique de Marseille est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Marseille a rejeté sa requête et à demander la condamnation de la commune de Marseille à lui verser, en réparation du préjudice qu'elle a subi, une somme de 461 887 euros assortis des intérêts au taux légal à compter du 20 juin 2013, ces intérêts étant capitalisés à compter du 20 juin 2014 ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date, la commune étant elle-même fondée à demander à être garantie par la société Live Nation France de la totalité des sommes mises à sa charge.

Référence 6 : CE, 10 juillet 2020, Société Lacroix Signalisation c/ Seine-Maritime, n°420045 ;

Vu la procédure suivante :

Sous le n° 1500940, le département de la Seine-Maritime a demandé au tribunal administratif de Rouen, à titre principal, d'une part, d'annuler les marchés n°s 99-673, 99-677, 99-678, 99-682, 99-685, 99-687, 99-689, 99-690, 99-692 et 99-694 conclus avec le groupement composé de la société Lacroix Signalisation et de la société Normandie Signalisation et, d'autre part, de condamner la société Lacroix Signalisation à lui restituer la somme de 2 630 016,11 euros et à lui verser celle de 407 070,14 euros au titre de l'indisponibilité de la somme précédente ou, à titre subsidiaire, de la condamner à lui verser la somme de 1 932 479,48 euros au titre du surcoût des marchés qu'a entraîné le comportement dolosif de cette société, la condamnation étant assortie dans tous les cas des intérêts au taux légal à compter de la date d'enregistrement de la demande et de leur capitalisation. Par un jugement n° 1500940 du 31 janvier 2017, le tribunal

administratif de Rouen a fait droit aux conclusions principales du département, à l'exception de la somme demandée au titre de l'indisponibilité de la somme correspondant à la restitution des marchés.

Sous le n° 1500943, le département de la Seine-Maritime a demandé au tribunal administratif de Rouen, à titre principal, d'une part, d'annuler le marché n° 2006-311 conclu avec la société Lacroix Signalisation, et, d'autre part, de condamner cette dernière à lui restituer la somme de 1 741 563,49 euros et à lui verser celle de 136 251,10 euros au titre de l'indisponibilité de la somme précédente ou, à titre subsidiaire, à lui verser la somme de 954 785,94 euros au titre du surcoût des marchés qu'a entraîné le comportement dolosif de cette société, la condamnation étant assortie dans tous les cas des intérêts au taux légal à compter de la date d'enregistrement de la demande et de leur capitalisation. Par un jugement n° 1500943 du 31 janvier 2017, le tribunal administratif de Rouen a fait droit aux conclusions principales du département, à l'exception de la somme demandée au titre de l'indisponibilité de la somme correspondant à la restitution des marchés.

Sous le n° 1500944, le département de la Seine-Maritime a demandé au tribunal administratif de Rouen, à titre principal, d'une part, d'annuler le marché n° 2003-257 conclu avec la société Lacroix Signalisation et, d'autre part, de condamner cette dernière à lui restituer, à titre principal, la somme de 862 209,41 euros et à lui verser celle de 40 958,69 euros au titre de l'indisponibilité de la somme précédente ou, à titre subsidiaire, à lui verser la somme de 247 888,95 euros au titre du surcoût des marchés qu'a entraîné le comportement dolosif de cette société, la condamnation étant assortie dans tous les cas des intérêts au taux légal à compter de la date d'enregistrement de la demande et de leur capitalisation. Par un jugement n° 1500944 du 31 janvier 2017, le tribunal administratif de Rouen a fait droit aux conclusions principales du département, à l'exception de la somme demandée au titre de l'indisponibilité de la somme correspondant à la restitution des marchés.

Par un arrêt n°s 17DA00561, 7DA00562, 17DA00563 du 22 février 2018, la cour administrative d'appel de Douai a, sur appel de la société Lacroix Signalisation, réformé ces trois jugements en ne faisant droit qu'aux conclusions subsidiaires du département de la Seine-Maritime, à hauteur respectivement des sommes de 1 525 409,34 euros, 818 534,84 euros et 206 930,26 euros et en rejetant le surplus des conclusions des parties.

Par un pourvoi sommaire, un mémoire complémentaire, un mémoire complémentaire rectificatif et un nouveau mémoire, enregistrés les 23 avril, 20 juillet, 27 juillet 2018 et le 22 juin 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, la société Lacroix Signalisation demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler cet arrêt en tant qu'il fait droit aux conclusions subsidiaires du département et la condamne à l'indemniser de ses préjudices ;

2°) réglant l'affaire au fond, de faire droit à ses conclusions appel ;

3°) de mettre à la charge du département de la Seine-Maritime la somme de 7 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Vu :

- le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

- la directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014 ;

- le code civil ;

- le code de commerce ;

- le code des marchés publics ;

- le code de justice administrative et l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020 ;

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de la Seine-Maritime a conclu avec la société Lacroix Signalisation le 2 novembre 1999, le 11 avril 2003 et le 15 mars 2006 des marchés portant sur la fourniture et l'installation de panneaux de signalisation routière verticale. Par une décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a condamné huit entreprises, dont la société Lacroix Signalisation, pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition et le prix des marchés ayant un tel objet. Eu égard à la méconnaissance de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité instituant la communauté européenne, la société Lacroix Signalisation s'est vu infliger une sanction pécuniaire de 7,72 millions d'euros. Par un arrêt du 29 mars 2012, la cour d'appel de Paris a confirmé la condamnation de la société Lacroix Signalisation. Par une décision du 28 mai 2013, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en cassation présenté par cette société contre cet arrêt. Par trois jugements du 31 janvier 2017, le tribunal administratif de Rouen, saisi par le département de la Seine-Maritime, a annulé les marchés que ce dernier avait conclus avec la société Lacroix Signalisation en 1999, 2003 et 2006 et a condamné cette société à restituer au département l'intégralité des sommes versées dans le cadre de ces marchés, soit respectivement 2 630 016,11 euros, 1 741 563,49 euros et 862 209,41 euros. Par un arrêt du 22 février 2018, la cour administrative d'appel de Douai a, sur appel de la société Lacroix Signalisation, réformé ces trois jugements en ne faisant droit qu'aux conclusions subsidiaires du département de la Seine-Maritime tendant à obtenir une indemnité pour réparer le surcoût lié aux pratiques anticoncurrentielles de la société Lacroix Signalisation, et elle a condamné cette dernière à verser au département les sommes de 1 525 409,34 euros, 818 534,84 euros et 206 930,26 euros, tout en rejetant le surplus des conclusions des parties. La société Lacroix Signalisation se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il fait droit aux conclusions subsidiaires du département et la condamne à l'indemniser de ses préjudices. Par la voie du pourvoi incident, le département de la Seine-Maritime conclut à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions principales tendant à obtenir la restitution de l'intégralité des sommes versées à l'occasion des marchés conclus en 1999, 2003 et 2006 avec la société Lacroix Signalisation.

2. Lorsqu'une personne publique est victime, de la part de son cocontractant, de pratiques anticoncurrentielles constitutives d'un dol ayant vicié son consentement, elle peut saisir le juge administratif, alternativement ou cumulativement, d'une part, de conclusions tendant à ce que celui-ci prononce l'annulation du marché litigieux et tire les conséquences financières de sa disparition rétroactive, et, d'autre part, de conclusions tendant à la condamnation du cocontractant, au titre de sa responsabilité quasi-délictuelle, à réparer les préjudices subis en raison de son comportement fautif.

3. En cas d'annulation du contrat en raison d'une pratique anticoncurrentielle imputable au cocontractant, ce dernier doit restituer les sommes que lui a versées la personne publique mais peut prétendre en contrepartie, sur un terrain quasi-contractuel, au remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à celle-ci, à l'exclusion, par suite, de toute marge bénéficiaire. Si, en cas d'annulation du contrat, la personne publique ne saurait obtenir, sur le terrain quasi-délictuel, la réparation du préjudice lié au surcoût qu'ont impliqué les pratiques anticoncurrentielles dont elle a été victime, dès lors que cette annulation entraîne par elle-même l'obligation pour le cocontractant de restituer à la personne publique toutes les dépenses qui ne lui ont pas été utiles, elle peut, en revanche, demander la réparation des autres préjudices que lui aurait causés le comportement du cocontractant.

4. Il ressort des termes mêmes de l'arrêt attaqué que la cour, après

avoir confirmé l'annulation des marchés litigieux par le tribunal administratif, compte tenu du vice affectant le consentement du département de la Seine-Maritime et résultant des pratiques anticoncurrentielles de la société Lacroix Signalisation, a jugé, pour rejeter les conclusions principales du département tendant à la restitution des sommes versées, que cette annulation impliquait seulement que soient réparés, sur le terrain quasi-délictuel, les préjudices subis par le département du fait des agissements dolosifs de la société. Il résulte de ce qui a été dit au point 3 qu'elle a ainsi entaché son arrêt d'erreur de droit.

5. Il résulte de ce qui précède, et sans qu'il besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que le département de la Seine-Maritime est fondé à demander, dans le cadre de son pourvoi incident, l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il rejette ses conclusions principales tendant à la restitution des sommes versées à la société Lacroix Signalisation. Il n'y a pas lieu, par voie de conséquence, de statuer sur les conclusions du pourvoi de la société Lacroix Signalisation, désormais dénommée Lacroix City Saint Herblain, tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il fait droit aux conclusions subsidiaires du département et la condamne à l'indemniser de ses préjudices.

Référence 7 : CE, 27 mars 2020, Société Lacroix contre département de l'Orne n°421758 ; CE, 27 mars 2020, Société signaux Girod, n° 421833 ; CE, 27 mars 2020, Société signalisation France, n° 420491 ;

- CE, 27 mars 2020, Société Lacroix contre département de l'Orne n°421758

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de l'Orne a conclu le 28 avril 1999, le 3 avril 2002 et le 1er avril 2005 avec la société Signature S.A., devenue la société Signalisation France, trois marchés à bons de commande en vue de l'acquisition de panneaux de signalisation routière et d'équipements annexes. La société Lacroix Signalisation, qui n'a pas soumissionné aux marchés de 1999 et 2005, a présenté une offre pour le marché passé en 2002. Par une décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a condamné huit entreprises, dont les sociétés Signature, Signaux Girod, Lacroix Signalisation et Franche-Comté Signaux, pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition et le prix de marchés de signalisation routière verticale. La société Lacroix Signalisation s'est vu infliger une sanction pécuniaire de 7,72 millions d'euros. Par un arrêt du 29 mars 2012, la cour d'appel de Paris a rejeté son recours contre cette sanction. Par une ordonnance du 30 juillet 2013, le juge des référés du tribunal administratif de Caen a ordonné une expertise afin de déterminer le surcoût qu'ont entraîné pour le département de l'Orne les pratiques anticoncurrentielles de la société Signalisation France lors de la passation des trois marchés litigieux. Dans son rapport du 31 mars 2014, l'expert a estimé ce surcoût à la somme de 2 239 819 euros. Par un jugement du 6 avril 2017, le même tribunal a condamné les sociétés Signalisation France, Lacroix Signalisation, Signaux Girod et Franche-Comté Signaux, d'une part, à verser solidairement au département de l'Orne la somme de 2 239 819 euros et, d'autre part, à prendre en charge les frais et honoraires de l'expertise à hauteur de 26 461,08 euros. La société Lacroix Signalisation se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 27 avril 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté son appel contre ce jugement.

2. En premier lieu, si une personne publique est, en principe,

irrecevable à demander au juge administratif de prononcer une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont elle dispose ne fait pas obstacle, lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, à ce qu'elle saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement. L'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de sociétés en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec l'une d'entre elles, à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence, doit être regardée, pour l'application de ces principes, comme trouvant son origine dans le contrat, y compris lorsqu'est recherchée la responsabilité d'une société ayant participé à ces agissements dolosifs sans conclure ensuite avec la personne publique. Par suite, en jugeant recevable la demande introduite par le département de l'Orne devant le tribunal administratif de Caen tendant à obtenir la condamnation de la société Lacroix Signalisation à l'indemniser du surcoût lié à des pratiques anticoncurrentielles lors de la passation des marchés conclus les 28 avril 1999, le 3 avril 2002 et le 1er avril 2005 avec la société Signature S.A., devenue la société Signalisation France, la cour n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique.

3. En deuxième lieu, lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire. Ainsi qu'il a été dit au point 1, par une décision du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a condamné la société requérante, ainsi que sept autres entreprises, pour avoir participé entre 1997 et 2006 à une entente visant à se répartir au niveau national les marchés publics de signalisation routière et à en augmenter les prix. Par un arrêt, devenu définitif, en date du 29 mars 2012, la cour d'appel de Paris a confirmé cette sanction dans son principe en se bornant à diminuer son quantum pour certaines des entreprises concernées, mais non pour la société Lacroix Signalisation. En déduisant de ces constats, par un arrêt suffisamment motivé, d'une part, que le comportement fautif de la société Lacroix Signalisation était en lien direct avec le surcoût supporté par le département de l'Orne lors de l'exécution des marchés à bons de commande passés en 1999, 2002 et 2005 et, d'autre part, que sa responsabilité solidaire était engagée, alors même qu'elle n'avait présenté qu'une offre en 2002 et aucune en 1999 et 2005, la cour n'a pas commis d'erreur de droit et n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis.

4. En troisième lieu, la société requérante n'a pas présenté devant les juges du fond de conclusions tendant à ce que soit déterminée la part de la contribution à la dette de chacune des sociétés condamnées solidairement. Elle ne peut, par suite, utilement soutenir devant le juge de cassation que la cour administrative d'appel de Nantes aurait entaché son arrêt d'erreur de droit en ne procédant pas à cette répartition.

5. En dernier lieu, il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le moyen tiré de ce que le tribunal administratif de Caen, dans son jugement du 6 avril 2017, aurait commis une erreur de droit et méconnu son office en omettant de tenir compte, lorsqu'il a prononcé la condamnation solidaire de la société à indemniser le département de l'Orne, de la provision mise à la charge de la société Signalisation France par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Caen du 26 février

2015, n'a pas été invoqué devant la cour. Par suite, la requérante ne peut utilement soulever le moyen tiré de l'absence de prise en compte de l'ordonnance du 26 février 2015 lors de sa condamnation solidaire pour contester le bien-fondé de l'arrêt qu'il attaque.

6. Il résulte de ce qui précède que le pourvoi de la société Lacroix Signalisation doit être rejeté.

- CE, 27 mars 2020, Société signaux Girod, n° 421833

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de l'Orne a conclu le 28 avril 1999, le 3 avril 2002 et le 1er avril 2005 avec la société Signature S.A., devenue la société Signalisation France, trois marchés à bons de commande en vue de l'acquisition de panneaux de signalisation routière et d'équipements annexes. La société Signaux Girod, qui n'a pas soumissionné aux marchés de 1999 et 2005, a présenté une offre pour le marché passé en 2002. Par une décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a condamné huit entreprises, dont les sociétés Signature, Signaux Girod, Lacroix Signalisation et Franche-Comté Signaux, pour s'être entendues entre 1997 et 2006 sur la répartition et le prix de marchés de signalisation routière verticale. Par une ordonnance du 30 juillet 2013, le juge des référés du tribunal administratif de Caen a ordonné une expertise afin de déterminer le surcoût qu'ont entraîné pour le département de l'Orne les pratiques anticoncurrentielles de la société Signalisation France lors de la passation des trois marchés litigieux. Dans son rapport du 31 mars 2014, l'expert a estimé ce surcoût à la somme de 2 239 819 euros. Par un jugement du 6 avril 2017, le même tribunal a condamné les sociétés Signalisation France, Lacroix Signalisation, Signaux Girod et Franche-Comté Signaux, d'une part, à verser au département de l'Orne la somme de 2 239 819 euros et, d'autre part, à prendre en charge les frais et honoraires de l'expertise à hauteur de 26 461,08 euros. La société Signaux Girod se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 27 avril 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté son appel contre ce jugement.

2. En premier lieu, lorsqu'une personne publique est victime, à l'occasion de la passation d'un marché public, de pratiques anticoncurrentielles, il lui est loisible de mettre en cause la responsabilité quasi-délictuelle non seulement de l'entreprise avec laquelle elle a contracté, mais aussi des entreprises dont l'implication dans de telles pratiques a affecté la procédure de passation de ce marché, et de demander au juge administratif leur condamnation solidaire. Ainsi qu'il a été dit au point 1, par une décision du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a condamné la société requérante, ainsi que sept autres entreprises, pour avoir participé entre 1997 et 2006 à une entente visant à se répartir au niveau national les marchés publics de signalisation routière et à en augmenter les prix. Par un arrêt, devenu définitif, en date du 29 mars 2012, la cour d'appel a confirmé cette sanction dans son principe en se bornant à diminuer son quantum pour certaines des entreprises concernées, mais non pour la société Signaux Girod. En déduisant de ces constats, par un arrêt suffisamment motivé, d'une part, que le comportement fautif de la société Signaux Girod était en lien direct avec le surcoût supporté par le département de l'Orne lors de l'exécution des marchés à bons de commande passés en 1999, 2002 et 2005 et, d'autre part, que sa responsabilité solidaire était engagée, alors même qu'elle n'avait présenté qu'une offre en 2002 et aucune en 1999 et 2005, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

3. En deuxième lieu, en relevant que le marché conclu par le département de l'Orne le 1er avril 2005, renouvelable chaque année civile pour une durée maximale de quatre ans, avait produit

ses effets jusqu'en 2008, et qu'il convenait de retenir cette date pour évaluer le préjudice subi par celle collectivité, alors même que l'entente dans le secteur de la signalisation routière avait pris fin en 2006, la cour administrative d'appel, qui a implicitement mais nécessairement jugé que le département ne pouvait être regardé comme ayant eu une connaissance suffisamment certaine de l'existence et du démantèlement de cette entente dès 2006, n'a pas entaché son arrêt d'insuffisance de motivation, d'erreur de qualification juridique ou de dénaturation des pièces du dossier.

4. En troisième lieu, en évaluant, au vu de l'ensemble des pièces du dossier, et notamment du rapport d'expertise, à la somme de 2 239 819 euros le préjudice subi par le département de l'Orne, après avoir effectué une comparaison à prix et produits constants entre les marchés conclus entre 1999 et 2005 et le marché conclu en 2009, et en tenant compte notamment de la baisse du prix de certaines matières premières après le démantèlement de l'entente, la cour n'a pas entaché son arrêt de dénaturation.

5. En dernier lieu, en jugeant que les montants respectifs des amendes prononcées par l'Autorité de la concurrence à l'encontre des entreprises sanctionnées pour leur participation à une entente dans le secteur de la signalisation routière, qui avaient été fixés compte tenu de leur part de responsabilité dans l'atteinte globale à l'économie, ne pouvaient, eu égard à leur objet, servir de clef de répartition pour déterminer la part de chacune d'entre elles dans le préjudice effectivement subi par le département de l'Orne, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

6. Il résulte de tout ce qui précède que la société Signaux Girod n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.

- CE, 27 mars 2020, Société signalisation France, n° 420491

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département de la Manche a conclu le 21 janvier 2002 et le 31 mars 2005 avec la société Signature S.A., devenue la société Signalisation France, des marchés de fourniture et de pose de panneaux de signalisation routière. Par une décision n° 10-D-39 du 22 décembre 2010, l'Autorité de la concurrence a infligé à la société Signature une sanction pécuniaire de 18,4 millions d'euros pour s'être entendue, avec sept autres sociétés, sur la répartition et le prix des marchés de signalisation routière entre 1997 et 2006. Par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, cette sanction a été ramenée à 10 millions d'euros. Par une ordonnance n° 1402286 du 27 février 2015, modifiée par une ordonnance du 5 octobre 2015, le tribunal administratif de Caen, saisi par le département de la Manche, a désigné un expert pour évaluer le préjudice subi par ce dernier en raison des pratiques anticoncurrentielles de la société Signature. Dans son rapport du 20 janvier 2016, l'expert a évalué le surcoût acquitté par le département à 2 235 742 euros pour les marchés conclus en 2002 et 2005 avec la société Signature. Par un jugement du 6 avril 2017, le tribunal administratif de Caen a condamné la société Signalisation France à verser au département cette somme, ainsi que les frais d'expertise, taxés à un montant de 16 069,52 euros toutes taxes comprises. La société Signalisation France se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 16 mars 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel formé par cette société contre ce jugement.

2. En premier lieu, si une personne publique est, en principe, irrecevable à demander au juge administratif de prononcer une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont elle dispose ne fait pas obstacle, lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, à ce qu'elle saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement. L'action tendant à l'engagement de la responsabilité quasi

délictuelle d'une société en raison d'agissements dolosifs susceptibles d'avoir conduit une personne publique à contracter avec elle à des conditions de prix désavantageuses, qui tend à la réparation d'un préjudice né du contrat lui-même et résultant de la différence éventuelle entre les termes du marché effectivement conclu et ceux auxquels il aurait dû l'être dans des conditions normales de concurrence, doit être regardée, pour l'application de ces principes, comme trouvant son origine dans le contrat. Par suite, en jugeant recevable la demande introduite par le département de la Manche devant le tribunal administratif de Caen tendant à obtenir la condamnation de la société Signalisation France à l'indemniser du surcoût lié à des pratiques anticoncurrentielles lors de la passation des marchés conclus les 21 janvier 2002 et 31 mars 2005 avec la société Signature S.A., devenue la société Signalisation France, la cour n'a pas entaché son arrêt d'erreur de droit.

3. En deuxième lieu, aux termes de l'article 2270-1 du code civil, en vigueur jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : " Les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation. " Aux termes de l'article 2224 du même code, résultant de la loi du 17 juin 2008 : " Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ". Aux termes du II de l'article 26 de cette loi : " Les dispositions de la présente loi qui réduisent la durée de la prescription s'appliquent aux prescriptions à compter du jour de l'entrée en vigueur de la présente loi, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ". Enfin, aux termes de l'article L. 481-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles : " Toute personne physique ou morale formant une entreprise (...) est responsable du dommage qu'elle a causé du fait de la commission d'une pratique anticoncurrentielle (...) ". Aux termes de l'article L. 482-1 du même code : " L'action en dommages et intérêts fondée sur l'article L. 481-1 se prescrit à l'expiration d'un délai de cinq ans. Ce délai commence à courir du jour où le demandeur a connu ou aurait dû connaître de façon cumulative : / 1° Les actes ou faits imputés à l'une des personnes physiques ou morales mentionnées à l'article L. 481-1 et le fait qu'ils constituent une pratique anticoncurrentielle ; / 2° Le fait que cette pratique lui cause un dommage ; / 3° L'identité de l'un des auteurs de cette pratique (...) ". Aux termes de l'article 12 de cette ordonnance : " I. Les dispositions de la présente ordonnance entrent en vigueur le lendemain de sa publication (...). II. Les dispositions de la présente ordonnance qui allongent la durée d'une prescription s'appliquent lorsque le délai de prescription n'était pas expiré à la date de son entrée en vigueur. Il est alors tenu compte du délai déjà écoulé ".

4. Il résulte de ces dispositions que, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, les actions fondées sur la responsabilité quasi-délictuelle des auteurs de pratiques anticoncurrentielles se prescrivaient par dix ans à compter de la manifestation du dommage. Après l'entrée en vigueur de cette loi, la prescription de ces conclusions est régie par les dispositions de l'article 2224 du code civil fixant une prescription de cinq ans. S'appliquent, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 9 mars 2017, les dispositions de l'article L. 482-1 du code de commerce posant une même prescription.

5. La cour administrative d'appel de Nantes a estimé, au terme de son appréciation souveraine des pièces du dossier, que le département de la Manche n'avait eu connaissance de manière suffisamment certaine de l'étendue des pratiques

anticoncurrentielles dont il avait été victime qu'à compter de la décision du 22 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence. En en déduisant que l'action engagée par cette collectivité devant le tribunal administratif de Caen le 16 février 2015, soit dans le délai de cinq ans fixé par l'article 2224 du code civil, n'était pas prescrite, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a pas commis d'erreur de droit.

6. En troisième lieu, il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel, qui n'était pas tenue de répondre explicitement à l'ensemble des arguments invoqués par la société requérante pour remettre en cause les conclusions du rapport d'expertise, s'est fondée, pour évaluer l'ampleur du préjudice subi par le département au titre du surcoût lié aux pratiques anticoncurrentielles, sur la comparaison entre les marchés passés pendant l'entente et une estimation des prix qui auraient dû être pratiqués sans cette entente, en prenant notamment en compte la chute des prix postérieure à son démantèlement ainsi que les facteurs exogènes susceptibles d'avoir eu une incidence sur celle-ci. En estimant implicitement qu'en l'espèce cette chute des prix ne résultait pas de l'augmentation de la pondération du critère du prix dans les marchés postérieurs ou de la réduction alléguée des marges bénéficiaires des entreprises concernées, la cour, dont l'arrêt est suffisamment motivé sur ce point, n'a pas dénaturé les pièces du dossier.

7. Il résulte de tout ce qui précède que la société Signalisation France n'est pas fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque.